# Nuove Autonomie

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXXIV – Nuova serie
Numero Speciale 2/2026

## DIRITTO ALLA SALUTE E PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA: NUOVE SFIDE PER IL SETTORE PUBBLICO

a cura di Laura Lamberti

con il coordinamento redazionale
di Simona Terracciano e Maria Pia d'Antuono

ATTI DEL CONVEGNO INTERNAZIONALE
THE RECOGNITION AND THE IMPLEMENTATION OF ESSENTIAL LEVELS OF CARE IN THE ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES: NEW CHALLENGES FOR THE PUBLIC SECTOR

DEL 3 E 4 LUGLIO 2025, CASERTA
DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE, UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DELLA CAMPANIA LUIGI VANVITELLI

Questo numero monografico speciale della Rivista Nuove Autonomie è stato pubblicato grazie ai fondi del progetto "The recognition and the implementation of Essential Levels of Care in the Assisted Reproductive Technologies: new challenges for the public sector" (ELCART), sovvenzionato grazie al "Bando per il finanziamento di progetti di ricerca fondamentale e applicata" dell'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli.

# INDICE

*Prefazione* 7

Laura Lamberti
*La tutela del diritto alla salute procreativa tra approccio olistico, equità di accesso e divari regionali* 13

Loredana Giani
*Genere, rispetto e falsa neutralità: spunti per una rilettura critica dei modelli* 39

Antonio Tisci
*Genealogia di una tecnica e genesi di un problema giuridico. La fecondazione artificiale tra sapere medico e razionalizzazione normativa (XVIII–XX Secolo)* 61

Micaela Di Giorgio
*La procreazione eterologa tra etica religiosa e secolarizzazione del diritto: storia, conflitti e nuovi paradigmi della filiazione* 87

Marco Francesco Errico
*PMA ed etica: la prospettiva del Comitato nazionale per la bioetica* 117

Ludovica Russo
*Appunti in tema di embrioni sovrannumerari* 137

Donatella Morana
*L'effettività del diritto (fondamentale) alla salute nella dimensione territoriale, tra attuazione legislativa e giurisprudenza costituzionale* 161

Maria Pia Iadicicco
*La garanzia incompiuta di alcuni interessi costituzionali coinvolti nella PMA* 181

Paola Corradino
*La* governance *multilivello della PMA: profili amministrativi e garanzie di accesso alle cure* 209

Cristina Agliata
*Fecondazione medicalmente assistita tra indirizzi statali e determinazioni regionali. "Nuovi" LEA e "vecchi" interrogativi* 235

Alessandra Piconese
*Il principio di buona amministrazione nella gestione integrata del servizio di procreazione medicalmente assistita tra interesse pubblico e interessi privati* 249

Ludovico Castiglione
*La comunicazione come funzione amministrativa nel governo della procreazione medicalmente assistita* 273

Simona Terracciano
*La tutela delle situazioni giuridiche soggettive fondamentali da parte del giudice amministrativo: spunti di riflessione in relazione alla procreazione medicalmente assistita* 297

Fortunato Gambardella
*Sul carattere vincolante delle linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita* 319

Vanessa Manzetti
*Ripensare la procreazione medicalmente assistita (PMA): tra legislazione nazionale, finanziamenti e modelli regionali. L'esempio della Toscana* 333

Valeria De Oto
*Nuovi eventi di danno nella procreazione medicalmente assistita e responsabilità medica* 379

TOMMASO BELFIORE

*Sul consenso procreativo quale criterio attributivo dello* status filiationis *nella procreazione medicalmente assistita. Nota a Corte di Cassazione, 5 giugno 2025, n. 15075* 421

STEFANO DEPLANO

*Sul rapporto di filiazione intenzionale da gestazione per altri tra «qualificazione ottimale in concreto» dell'interesse del minore e novella dell'art. 12, comma 6, legge 19 febbraio 2004, n. 40* 435

MARIA PIA D'ANTUONO

*Procreazione medicalmente assistita e* governance *sanitaria: un'analisi comparata Italia – Spagna tra vuoti normativi e tutela dei diritti fondamentali* 455

LUIS MIGUEL GARCÍA LOZANO

*La riproduzione assistita in Spagna: analisi e proposte di cambiamento di fronte alla evoluzione nella regolazione e gestione europea* 481

CARMINE PETTERUTI

*La procreazione assistita nel costituzionalismo europeo tra rimedi giurisprudenziali e strumenti partecipativi. Profili di comparazione tra Italia e Francia* 505

FRANCO GAETANO SCOCA

*Relazione conclusiva* 533

# *Prefazione*

Il volume raccoglie le ricerche realizzate nell'ambito del progetto *The recognition and the implementation of Essential Levels of Care in the Assisted Reproductive Technologies: new challenges for the public sector* (ELCART), sovvenzionato grazie al «Bando per il finanziamento di progetti di ricerca fondamentale e applicata» promosso dall'Università della Campania *Luigi Vanvitelli*. Oggetto di approfondimento è stato il ruolo delle pubbliche amministrazioni nella tutela del diritto alla salute procreativa latamente intesa, muovendo dalla centrale analisi dell'impatto, nell'ordinamento italiano, del riconoscimento e dell'effettiva attuazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) quali livelli essenziali di assistenza (LEA). Sono stati affrontati nodi cruciali quali il pluralismo istituzionale del sistema sanitario deputato ad assicurare tale tutela, il rapporto tra sanità pubblica e privata, la garanzia di equità nell'accesso alle tecniche di PMA. L'indagine si è estesa alle disuguaglianze sociali e territoriali, ai fenomeni di migrazione sanitaria e alle questioni giusprivatistiche inerenti allo *status* del minore e alle nuove forme di genitorialità.

Al progetto hanno partecipato, accanto agli studiosi dei profili giuridici che hanno indagato il tema sotto l'angolo visuale normativo e giurisprudenziale, anche esperti degli aspetti filosofici e bioetico-sociologici. Si è così instaurato un dialogo costante che ha trovato, nel contesto del Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università della Campania e del progetto ELCART, una sede ideale di scambio e confronto i cui esiti sono stati presentati nell'ambito del Convegno internazionale tenutosi a Caserta, presso il Rettorato dell'Università della Campania, il 3 e 4 luglio 2025.

Gli studi presentati nel *panel Profili etici, politici e sociali della procreazione medicalmente assistita* sono stati oggetto di specifica pubblicazione nel volume G.M. Ambrosio e C. Sargiotta (a cura di), *Demiurghi della vita. Profili etici, politici e sociali della procreazione medicalmente assistita*, Mimesis, 2026. La presente opera raccoglie, invece, le riflessioni condotte dagli studiosi che hanno partecipato ai *panel* giuridici dal titolo *PMA: profili giuridici nazionali e comparati* e *L'organizzazione sanitaria per la PMA: come rendere effettivo un diritto*, ai quali è seguita una tavola rotonda.

Gli approfondimenti contenuti nel volume, la cui valenza interdisci-

plinare ha rappresentato un valore fondamentale per la messa a fuoco delle tematiche indagate, hanno seguito differenti e complementari linee di ricerca. Il contributo di apertura è stato diretto ad un inquadramento generale del tema[1], al fine di illustrare i molteplici profili di rilievo e complessità che si riferiscono alla salute procreativa, nella sua dimensione individuale ma anche collettiva, valorizzando l'importanza di un approccio olistico di cura e prevenzione, che si fondi su una corretta informazione e che colleghi la sfida demografica ai principi del rispetto e della medicina di genere, per la prevenzione integrata dell'infertilità tra ambiente e stili di vita. Sono state esaminate, inoltre, le perduranti difficoltà connesse alla dinamica del finanziamento dei livelli essenziali di assistenza e alla profonda disomogeneità territoriale nell'offerta e nell'effettivo accesso alle prestazioni. Un primo orizzonte di indagine si è concentrato sui fondamenti biogiuridici ed etici della riproduzione umana, aprendo la trattazione con la riflessione di Loredana Giani sulla medicina di genere e l'intersezionalità che muove dall'elevazione del "rispetto" a categoria giuridica in grado di guidare scelte normative e organizzative. Il rispetto delle differenze costituisce, in particolare, fondamento dell'eguaglianza costituzionale, poiché «la medicina di genere (…) mette in discussione il modello del paziente neutro e mostra come l'applicazione di protocolli standardizzati possa produrre esiti diseguali e, quindi, ingiusti»[2]. In questo contesto si è provveduto, nei due contributi di Antonio Tisci e Micaela Di Giorgio, a ricostruire la faticosa secolarizzazione del diritto di fronte all'avanzare del progresso scientifico; un processo nell'ambito del quale «la libertà procreativa trova una prima legittimazione implicita nelle norme che tutelano la salute, la vita privata e familiare, l'integrità psico-fisica e, più tardi, nell'idea moderna di dignità della persona»[3]. In questa evoluzione storica, si evidenzia come «la fecondazione artificiale entra stabilmente nel discorso medico non solo come pratica, ma come oggetto controverso»[4]. In tale scenario si inserisce anche la riflessione di Marco Francesco Errico sul delicato ruolo di mediazione valoriale affidato al Comitato nazionale per

[1] L. Lamberti, *La tutela del diritto alla salute procreativa alla prova dell'effettività tra approccio olistico, equità di accesso e divari regionali*, 13.

[2] L. Giani, *Genere, rispetto e falsa neutralità: spunti per una rilettura critica dei modelli*, 39.

[3] A. Tisci, *Genealogia di una tecnica e genesi di un problema giuridico. La fecondazione artificiale tra sapere medico e razionalizzazione normativa (XVIII – XX secolo)*, 61.

[4] M. Di Giorgio, *La procreazione eterologa tra etica religiosa e secolarizzazione del diritto: storia, conflitti e nuovi paradigmi della filiazione*, 87.

la bioetica, che tuttavia «non sempre riesce a raggiungere una univocità e comunanza nelle decisioni da assumere» a causa della realtà estremamente controversa che inerisce alla PMA[5]. All'interno di questa cornice teorica è stato quindi approfondito, da Ludovica Russo, il complesso dibattito sullo statuto degli embrioni, che muove dal principio per il quale «l'embrione è titolare di una dignità che, pur non traducendosi in piena soggettività giuridica, fonda un vincolo indisponibile alla sua integrità»[6].

Richiamati i fondamenti costituzionali della materia e il percorso ermeneutico compiuto dalla Consulta per conciliare universalità e globalità del diritto (fondamentale) alla tutela della salute e vincoli di bilancio, Donatella Morana ha concentrato la sua riflessione sulla *governance* sanitaria. È stata indagata l'architettura amministrativa, attraverso la traduzione del diritto alla salute nella dimensione territoriale, con l'analisi delle numerose complessità che discendono dal funzionamento del sistema multilivello[7]. L'analisi condotta da Maria Pia Iadicicco ha illustrato le tensioni, tuttora irrisolte, che caratterizzano il sistema della procreazione medicalmente assistita a oltre vent'anni dall'entrata in vigore della legge 19 febbraio 2004, n. 40. Sono stati approfonditi, infatti, sia il recente riconoscimento da parte della Corte costituzionale del *best interest of the child* e del consenso procreativo quale criterio attributivo dello *status filiationis* (nella prospettiva della tutela giuridica dei minori nati all'estero attraverso pratiche che in Italia sono vietate), sia le persistenti difficoltà nel reale accesso ai trattamenti consentiti, dovute al lungo ritardo prima nell'aggiornamento dei LEA e poi nell'assolvimento di tutti i compiti necessari per darne concreta attuazione[8]. La difficile attuazione dei livelli essenziali di assistenza e le difficoltà di funzionamento della *governance* multilivello che caratterizza la PMA sono state messe a fuoco da Paola Corradino, la quale ha fatto emergere «la fragilità del rapporto tra uniformità formale e attuale disuguaglianza sostanziale»[9], mentre lo specifico e rilevante profilo della necessaria assistenza farmacologica è stato approfondito da Cristina

[5] M.F. Errico, *PMA ed etica: la prospettiva del Comitato nazionale per la bioetica*, 117.

[6] L. Russo, *Appunti in tema di embrioni sovrannumerari*, 137.

[7] D. Morana, *L'effettività del diritto (fondamentale) alla salute nella dimensione territoriale, tra attuazione legislativa e giurisprudenza costituzionale*, 161.

[8] M.P. Iadicicco, *La garanzia incompiuta di alcuni interessi costituzionali coinvolti nella PMA*, 181.

[9] P. Corradino, *La* governance *multilivello della PMA: profili amministrativi e garanzie di accesso alle cure*, 209.

Agliata[10]. Un elemento di convergenza, identificato in più contributi e specificamente dettagliato da Alessandra Piconese, ha riguardato le opportunità offerte dal PNRR e dalla sanità territoriale, la cui riorganizzazione si pone il fine di «garantire la piena accessibilità, in condizioni di uguaglianza e appropriatezza, ai livelli essenziali di assistenza»[11]. Particolarmente significativa è stata anche l'analisi, condotta da Ludovico Castiglione, sul ruolo strategico affidato ad una corretta informazione istituzionale che in questo modo «diventa il luogo nel quale il diritto alla procreazione medicalmente assistita si misura nella sua capacità di tradursi in esperienza concreta, accessibile e consapevole»[12].

Strettamente connessa alla verifica delle inefficienze organizzative è stata poi l'analisi dedicata alla tutela giurisdizionale e all'esatto inquadramento delle linee guida in tema di PMA. Il primo aspetto è stato approfondito da Simona Terracciano, la quale ha evidenziato il ruolo decisivo assunto dal giudice amministrativo a difesa dei diritti, la cui pretesa sarebbe vana in mancanza «dell'infungibile intermediazione del potere (non repressivo, ma conformativo) dell'amministrazione [che] riempia di contenuto un diritto altrimenti (...) solo nominalmente proclamato»[13]. La controversa natura vincolante delle linee guida, indagate da Fortunato Gambardella, ha portato a verificare come la relativa evoluzione giurisprudenziale evidenzi anche in questo caso la crisi che attraversa tale modello regolatorio[14]. A completamento delle indagini generali sulla materia, Vanessa Manzetti ha provveduto ad esaminare l'esperienza della Regione Toscana quale caso di studio paradigmatico dell'attuazione, a livello territoriale, delle molte complessità che riguardano l'inveramento del diritto alla salute procreativa[15].

Una specifica linea di ricerca ha riguardato le conseguenze legali e

[10] C. Agliata, *Fecondazione medicalmente assistita tra indirizzi statali e determinazioni regionali. "Nuovi" LEA e "vecchi" interrogativi*, 235.

[11] A. Piconese, *Il principio di buona amministrazione nella gestione integrata del servizio di procreazione medicalmente assistita tra interesse pubblico e interessi privati,* 249.

[12] L. Castiglione, *La comunicazione come funzione amministrativa nel governo della procreazione medicalmente assistita*, 273.

[13] S. Terracciano, *La tutela delle situazioni giuridiche soggettive fondamentali da parte del giudice amministrativo: spunti di riflessione in relazione alla procreazione medicalmente assistita*, 297.

[14] F. Gambardella, *Sul carattere vincolante delle linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita,* 319.

[15] V. Manzetti, *Ripensare la procreazione medicalmente assistita (PMA) tra legislazione nazionale e modelli regionali. L'esempio della Toscana*, 333.

sociali della PMA sulle dinamiche familiari e sulla responsabilità medica. In tale prospettiva civilistica sono state indagate, da Valeria De Oto, le nuove fattispecie di danno (come la dispersione di gameti o l'errore diagnostico preimpianto), contesto in cui «assume rilievo la lesione della dimensione esistenziale della persona, determinata dall'irrevocabile dissociazione tra patrimonio genetico e genitorialità giuridica»[16]. Uno specifico *focus* è stato condotto da Tommaso Belfiore in ordine alla posizione assunta, a seguito della svolta nella giurisprudenza costituzionale, dalla Corte di Cassazione[17] mentre, allargando l'orizzonte alla gestazione per altri (GPA), Stefano Deplano ha esaminato le restrizioni normative italiane che si pongono in tensione con il rispetto del *best interest of the child*, sostenendo la necessità che i legami familiari sostanziali prevalgano su automatismi astratti[18].

La trama dell'indagine è stata arricchita da una preziosa prospettiva comparatistica. Questo sguardo sovranazionale ha provveduto ad analizzare il diritto europeo con attenzione specifica alla normativa e alla prassi spagnola e a quella francese. Nello studio di Maria Pia d'Antuono si è messa a fuoco la maggiore coerenza e inclusività del modello spagnolo rispetto alla frammentarietà normativa italiana[19]; l'approfondimento di Luis Miguel García Lozano ha indagato la maturità normativa dell'ordinamento iberico in ordine alla definizione dello *status* giuridico dell'embrione e del pre-embrione, quale snodo fondamentale tra tutela della vita in formazione e sviluppo biomedico[20]; Carmine Petteruti ha posto, infine, a confronto il modello italiano con quello francese in cui, tra le molteplici riflessioni, si è rilevato come la legge francese di bioetica del 2021 «non si occup[i] più di regolamentare le tecniche biomediche sulla base dei rischi che queste potrebbero comportare, ma, al contrario, pone tali tecniche al servizio delle aspirazioni sociali»[21].

---

[16] V. De Oto, *Nuovi eventi di danno nella procreazione medicalmente assistita e responsabilità medica*, 379.

[17] T. Belfiore, *Sul consenso procreativo quale criterio attributivo dello* status filiationis *nella procreazione medicalmente assistita. Nota a Corte di Cassazione, 5 giugno 2025, n. 15075*, 421.

[18] S. Deplano, *Sul rapporto di filiazione intenzionale da gestazione per altri tra «qualificazione ottimale in concreto» dell'interesse del minore e novella dell'art. 12, comma 6, legge 19 febbraio 2004, n. 40*, 435.

[19] M.P. d'Antuono, *Procreazione medicalmente assistita e* governance *sanitaria: un'analisi comparata Italia - Spagna tra vuoti normativi e tutela dei diritti fondamentali*, 455.

[20] L.M. García Lozano, *La riproduzione assistita in Spagna: analisi e proposte di cambiamento di fronte alla evoluzione nella regolazione e gestione europea*, 481.

[21] C. Petteruti, *La procreazione assistita nel costituzionalismo europeo tra rimedi giurisprudenziali e strumenti partecipativi. Profili di comparazione tra Italia e Francia*, 505.

La ricerca è stata completata dalla relazione conclusiva di Franco Gaetano Scoca[22] che, esaltando l'approccio multidisciplinare dello studio condotto, ha evidenziato come la reale valenza precettiva dell'articolo 32 della Costituzione configuri più propriamente un "diritto alle cure", inevitabilmente condizionato dalla disponibilità delle risorse finanziarie. In tale cornice, la definizione dei livelli essenziali di assistenza trascende il mero dato tecnico per assurgere a profonda scelta etica e sociale, destinata tuttavia a scontrarsi con la rigidità dei bilanci e con i limiti fisiologici dell'intervento giurisdizionale. Per arginare le profonde diseguaglianze generate dalle asimmetrie territoriali, è stata sottolineata la necessità di adottare strumenti di perequazione e di compartecipazione differenziata, capaci di conciliare universalità e sostenibilità economica. Quanto, infine, allo specifico ambito delle diverse tecniche procreative, si è riaffermata la centralità del preminente interesse del minore, riconoscendo il suo diritto a conoscere le proprie origini biologiche, quale presupposto ineludibile per il pieno sviluppo della personalità umana.

Al Prof. Scoca, maestro e guida, e a tutti gli Autori, vanno i miei più sentiti ringraziamenti per il prezioso contributo offerto alle riflessioni su un tema così rilevante e ricco di implicazioni per la società.

[22] F.G. Scoca, *Relazione conclusiva*, 533.

# La tutela del diritto alla salute procreativa tra approccio olistico, equità di accesso e divari regionali

di Laura Lamberti

Sommario: 1. Note introduttive. – 2. La dimensione individuale e collettiva del diritto alla salute con riguardo alla PMA. – 3. Salute procreativa e risorse finanziarie: l'inclusione nei LEA e le perduranti difficoltà attuative del sistema di finanziamento. – 4. L'emersione di un quadro con ancora troppe ombre.

## 1. *Note introduttive*

Il tema della procreazione medicalmente assistita costituisce ambito di significativo rilievo ed estrema delicatezza, in ordine al quale le considerazioni giuridiche devono trovare necessaria sintesi rispetto ai profili sociali ed etici. Per questa ragione è apparso importante realizzare un approfondimento dei molti aspetti che esso coinvolge[1], al fine di operare una ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale. L'obiettivo è verificare lo stato di attuazione dei principi costituzionali e normativi che sovrintendono al settore, evidenziando le maggiori criticità ma anche le possibili soluzioni rispetto ad un tema, la nascita della vita, che costituisce aspetto cruciale per l'essere umano.

L'incessante avanzamento delle acquisizioni medico scientifiche ha comportato un importante superamento degli ostacoli alla realizzazione dei progetti procreativi. Parallelamente, il quadro normativo di riferimento, costituito dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40[2], ha subito, negli anni, numerosi correttivi ad opera della Corte costituzionale, impegnata ad assicurare tutele e garanzie agli aspiranti genitori[3]. L'opera ermeneutica

[1] La ricerca, che ha coinvolto studiosi di diverse discipline, è stata realizzata in chiave multi e interdisciplinare nell'ambito del progetto *The recognition and the implementation of Essential Levels of Care in the Assisted Reproductive Technologies: new challenges for the public sector* (ELCART), sovvenzionato grazie al «Bando per il finanziamento di progetti di ricerca fondamentale e applicata» promosso dall'Università della Campania *Luigi Vanvitelli*.

[2] Per un'ampia ricostruzione dell'*iter* di formazione della l. n. 40/2004 e delle difficoltà connesse alla sua interpretazione e applicazione cfr. F. Angelini, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Napoli, 2020, 9 e ss.

[3] I continui interventi operati dalla Corte costituzionale sulla l. n. 40/2004 prendono le mosse dalla sentenza 10 marzo 2005, n. 45, nella quale la Consulta, riconoscendo

realizzata dalla Consulta è stata costantemente orientata alla ricerca di letture costituzionalmente compatibili. Muovendo dalla concezione degli strumenti di procreazione medicalmente assistita quali mezzi per curare una condizione di infertilità o di sterilità clinica, la Corte ha progressivamente aperto alla considerazione di profili non legati a specifiche patologie connesse alla fertilità, in una visione più ampia ed estesa di salute procreativa. Tale cammino ermeneutico è stato compiuto considerando le evoluzioni della giurisprudenza sovranazionale, in costante confronto con la Corte di giustizia e la Corte EDU[4] che, accanto alle specifiche pratiche procreative, si sono spinte a considerare la più ampia e complessa evoluzione dei legami familiari e dell'identità genitoriale.

Accanto ai dibattuti profili relativi all'esatta perimetrazione delle regole in tema di genitorialità, con specifico riferimento ai requisiti individuati dalla legge per l'accesso alle cure, sono stati oggetto di approfondimento anche i numerosi aspetti problematici inerenti alla concreta fruibilità delle tecniche di PMA per i soggetti la cui teorica possibilità di accesso, in base alla l. n. 40/2004, non è controversa. Ciò è dovuto alla profonda crisi attraversata dall'organizzazione del sistema sanitario e alla difficile relazione tra pubblico e privato, deflagrata durante l'emergenza pandemica, ma anche all'inadeguata disponibilità e destinazione delle risorse finanziarie necessarie[5]. L'irrisolto tema del finanziamento costituisce un fattore di

la necessarietà di tale disciplina quale primo riferimento legislativo organico nella delicata sfera della procreazione, ha dichiarato l'inammissibilità del referendum abrogativo. Ciò in quanto il testo normativo coinvolge una molteplicità di valori costituzionali, il cui contemperamento è indispensabile per assicurare *standard* minimi di tutela e garanzia.

[4] Cfr., *ex multis*, Corte EDU, Grande Camera, 3 novembre 2011, ric. n. 57813/00, *S.H. e altri c. Austria* (sui limiti alla fecondazione eterologa e il margine di apprezzamento degli Stati); Corte EDU, 28 agosto 2012, ric. n. 54270/10, *Costa e Pavan c. Italia* (sulla diagnosi genetica preimpianto e l'incoerenza normativa del sistema italiano); Corte EDU, 25 settembre 2012, ric. n. 33783/09, *Godelli c. Italia* (sul parto in anonimato e il diritto a conoscere le proprie origini biologiche); Corte EDU, 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11, *Mennesson c. Francia* e ric. n. 65941/11, *Labassée c. Francia* (sulla gestazione per altri e lo *status* giuridico dei minori nati all'estero); Corte EDU, Grande Camera, 27 agosto 2015, *Parrillo c. Italia* (sullo statuto dell'embrione crioconservato, il divieto di donazione alla ricerca scientifica e la tutela della vita privata); Corte EDU, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia* (sulla gestazione per altri, l'allontanamento del minore e la tutela della vita familiare).

[5] Sulle criticità del sistema sanitario, cfr. A. Pioggia, *Quale sostenibilità per il servizio sanitario italiano?*, in *Dir. amm.*, 2024, 3, 721 ss., la quale evidenzia come l'aziendalizzazione abbia sostituito «ad una concezione di sanità come risorsa della collettività, con la quale

permanente difficoltà prestazionale, generando profonde disuguaglianze nell'accesso alle cure, nel contesto delle diverse realtà regionali. Nel campo della procreazione medicalmente assistita, questo *vulnus* è stato esasperato dalla prolungata esclusione delle relative procedure dall'elenco dei livelli essenziali di assistenza (LEA). Sebbene questa lacuna sia stata colmata nel 2017[6], la sua effettiva traduzione in capacità erogativa, nei diversi territori regionali, stenta ancora ad affermarsi a causa dei continui rinvii e ritardi nella messa a regime del sistema.

## 2. *La dimensione individuale e collettiva del diritto alla salute con riguardo alla PMA*

Fondamento dell'assistenza sanitaria, rispetto alla procreazione medicalmente assistita, è il diritto alla tutela della salute sancito dall'art. 32 della Costituzione. L'interpretazione di questo precetto si è evoluta con il mutare della società, facendo emergere un caleidoscopio di possibili declinazioni, sia come fondamentale diritto dell'individuo che come interesse della collettività[7]. In base al dettato costituzionale il diritto alla salute si esplica nella sua dimensione negativa, intesa come diritto all'integrità mentale e fisica e conseguente libertà rispetto a trattamenti sanitari non voluti[8], e positiva, quale fondamento della pretesa a ricevere prestazioni

si era data linfa al dibattito sull'istituzione del Servizio sanitario nazionale nel 1978, (…) una idea produttiva e prestazionale della sanità», ricordando come la difficile esperienza pandemica si sia innestata su un sistema già fragile, con risposte che non sono diventate soluzioni permanenti. Secondo l'Autrice i problemi più significativi, come le liste d'attesa e i divari territoriali nell'erogazione dei LEA, sono sostanzialmente rimasti irrisolti, con una deriva organizzativa che si scontra con politiche di bilancio che hanno ridotto la tutela a mero fattore contabile. Si sottolinea, pertanto, la necessità di non appiattire il «concetto di sostenibilità sulla dimensione solo economica», proponendo un'idea che combini la necessaria cautela nell'utilizzazione delle risorse con la «permanenza nel tempo di un sistema che soddisf[i] i bisogni delle persone».

[6] Con l'emanazione del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 12 gennaio 2017 recante «Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 50».

[7] Rispetto alla dimensione ultra-individuale dell'interesse alla salute si veda da ultimo R. Cavallo Perin, *L'interesse della collettività alla tutela della salute*, in *Dir. Amm.*, 2024, 3, 745 ss.

[8] Naturale declinazione del diritto alla salute, come diritto di libertà, è il principio

sanitarie idonee a preservare o ristabilire il benessere psicofisico anche riproduttivo[9].

Nel dibattito dottrinario, con riferimento alla dimensione individuale del diritto alla salute procreativa, particolare attenzione è stata dedicata al cammino compiuto dalla Corte costituzionale per integrare e correggere le rigidità e i vuoti che hanno caratterizzato la l. n. 40/2004 fin dalla sua entrata in vigore. Tale disciplina che, come detto, fu concepita per assolvere alla stretta finalità di offrire una risposta terapeutica alle diagnosi di sterilità o infertilità, è stata profondamente riscritta dai giudici per sanare le lacune che ne vanificavano lo scopo. Pietre miliari di questa evoluzione sono state le pronunce che hanno dichiarato l'incostituzionalità dei limiti alla produzione embrionaria e del correlato obbligo di un loro contestuale impianto[10]; del divieto di utilizzazione di gameti donati da terzi, quale unica possibilità per sopperire alla sterilità di uno o entrambi i potenziali genitori[11]; e, infine, della preclusione al ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, con diagnosi genetica preimpianto, per le coppie che, pur non affette da patologie connesse alla fertilità, fossero portatrici di malattie a trasmissione genetica[12].

Si tratta di una giurisprudenza estremamente significativa[13] che si

---

del consenso informato, il quale rappresenta il fondamento della relazione tra medico e paziente e costituisce un presupposto indefettibile per la sottoposizione a trattamenti sanitari e pratiche terapeutiche. Il riferimento normativo della materia è oggi rappresentato dalla legge 22 dicembre 2017, n. 219, anche se tale principio, in realtà, permeava l'ispirazione di normative precedenti, tra le quali anche la stessa legge 23 dicembre 1978, n. 833. Sul tema, anche con specifico riguardo al fondamento costituzionale del consenso informato, cfr. D. Morana, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2023, 162.

[9] La dimensione positiva della tutela della salute consente la sua qualificazione come un diritto a prestazioni positive. In quest'ottica deve essere letta la necessaria inclusione delle tecniche di PMA nell'alveo dei livelli essenziali di assistenza, avvenuta nel 2017, la quale costituisce un presupposto necessario perché tale garanzia sia assicurata.

[10] Corte costituzionale 8 maggio 2009, n. 151.

[11] Corte costituzionale 10 giugno 2014, n. 162.

[12] Corte costituzionale 5 giugno 2015, n. 96.

[13] Sulla quale si vedano L. d'Avack, *La Consulta orienta la legge sulla P.M.A. verso la tutela dei diritti della madre*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 1021 ss.; M. Manetti, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, 2009, 1688 ss.; G. Razzano, *L'essere umano allo stato embrionale e i contrappesi alla sua tutela. In margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 151/2009 e all'ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009*, in *Giur. it.*, 2010, 1265 ss.; G. D'Amico, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3 luglio 2014; V. Baldini, *Diritto alla genitorialità e*

lega alla linea ricostruttiva assunta dalla Corte a proposito delle pratiche terapeutiche. Come efficacemente evidenziato, queste pronunce colpiscono «la pretesa del legislatore di stabilire in termini tassativi, attraverso scelte normative prefissate e non valutabili dal tecnico sanitario alla luce di validate conoscenze scientifiche, l'*an* e il *quomodo* della praticabilità delle tecniche di procreazione assistita»[14].

Posizioni più caute e in linea con l'ispirazione della l. n. 40/2004, che lega la possibilità di ricorso alle tecniche di PMA ad esigenze (anche latamente) terapeutiche[15], sono state assunte dalla Corte in ordine a questioni di legittimità costituzionale volte a porre in discussione i requisiti normativi di accesso. In tali occasioni la Consulta ha respinto i dubbi di costituzionalità ogni qualvolta il nesso con la cura dell'infertilità, o con la tutela della salute della coppia, venisse prospettato in un'accezione ritenuta rispettivamente eccessivamente estensiva o labile[16].

---

*sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in www.*dirittifondamentali.it*. Per una dettagliata analisi delle pronunce richiamate nel testo e dei riferimenti dottrinali ad esse correlate si vedano, in questo volume, i contributi di D. Morana, *L'effettività del diritto (fondamentale) alla salute nella dimensione territoriale, tra attuazione legislativa e giurisprudenza costituzionale*, 161 e M.P. Iadicicco, *La garanzia incompiuta di alcuni interessi costituzionali coinvolti nella PMA*, 181.

[14] D. Morana, *L'effettività del diritto (fondamentale) alla salute nella dimensione territoriale, tra attuazione legislativa e giurisprudenza costituzionale*, cit., 166 la quale evidenzia che «scelte legislative di questo tipo danno di fatto luogo a ipotesi in cui tali tecniche finiscono per essere sganciate dalla loro funzione primaria, vale a dire assicurare la strumentalità e l'adeguatezza del rimedio terapeutico rispetto alla garanzia del diritto alla salute nel singolo caso concreto, nella qual cosa del resto consiste l'appropriatezza del rimedio stesso» e conclude rilevando che, sotto questo profilo, «le previsioni della l. n. 40/2004 trovate illegittime dalla Corte si pongono come esempi emblematici di scelte normative non attuative, o addirittura disattuative, dell'art. 32 Cost., e aventi pertanto conseguenze ostative nei confronti dell'effettività del relativo diritto».

[15] M.P. Iadicicco, *La garanzia incompiuta di alcuni interessi costituzionali coinvolti nella PMA*, cit., 183 ricorda come «in tutte le pronunce caducatorie del giudice costituzionale sulla l. n. 40/2004, ad eccezione della Corte cost. n. 68/2025, è stata rilevata la violazione dell'art. 32 Cost. e, precisamente, un'irragionevole compressione del diritto alla salute della donna, non giustificata dall'esigenza di preservare in misura meno gravosa altri interessi di rilievo costituzionale».

[16] Cfr. Corte costituzionale 23 ottobre 2019, n. 221 in cui la Corte ha precisato che la nozione di salute non può estendersi fino a soddisfare qualsiasi aspirazione di genitorialità. In dottrina su questa pronuncia si vedano C. Tripodina, *Contrórdine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è "incoercibile". La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa*, in *Giur. cost.*, 2019, 2622 ss; N. Vinai, *Il confine. La*

L'analisi delle pronunce della Corte costituzionale e delle Corti di merito evidenzia come il dibattito sulla necessità di riformare la disciplina della procreazione medicalmente assistita sia tuttora aperto e ricco di diverse chiavi di lettura[17]. Accanto alla ricostruzione maggioritaria, che considera correttamente ascritta all'alveo della tutela della salute[18] la possibilità di ottenere accesso alle tecniche di PMA, vi è la diversa prospettiva che individua il fondamento di tale accessibilità nel principio di libertà personale e autodeterminazione, configurabile, in tale contesto, come possibilità di scegliere in che modo poter diventare genitore. Si tratta di un profilo di estrema complessità che intercetta temi etico-sociali sui quali il dibattito è aperto. In proposito attenta dottrina[19] evidenzia le difficoltà che emergono rispetto alla configurabilità di un vero e proprio "diritto a diventare genitore" inteso come nuovo diritto umano universale e inviolabile, fondato sull'art. 2 della Costituzione, o come una forma di assoluta libertà e autodeterminazione riproduttiva, sottolineando la difficoltà ad aderire ad una impostazione puramente individualistica[20]. Tale

*sentenza n. 221 del 2019 ed i suoi echi di sistema*, in *federalismi.it*, 2021, 6, 282 ss; A. Cossiri, *Coppie omosessuali e divieto di assistenza medica al concepimento*, in *Giur. cost*., 2019, 2633 ss.; M. Manetti, *La decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità da PMA*, in *Giur. cost*., 2019, 2613 ss.

[17] Aspetto che si coglie chiaramente dalla lettura delle differenti prospettive giuridiche, ma anche etiche e scientifiche, seguite negli approfondimenti contenuti nel presente volume.

[18] Grazie all'introduzione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, omologa ed eterologa, nel decalogo delle prestazioni che integrano livelli essenziali di assistenza ad opera del DPCM 12 gennaio 2017, appaiono definitivamente destituite di fondamento le ricostruzioni dottrinarie che negano la riconducibilità, di alcune di esse, all'alveo dell'art. 32 in ragione della inidoneità di tali metodiche a curare "tecnicamente" l'impossibilità di procreare. Si tratta, evidentemente, di posizioni arretrate rispetto alla corretta ricostruzione della nozione di tutela della salute che, naturalmente, comprende anche tutte quelle attività terapeutiche volte a gestire malattie non clinicamente curabili (si pensi alle malattie infiammatorie croniche) che, tuttavia, costituiscono evidentemente espressione di assistenza medica indispensabile per la tutela della salute dei soggetti che ne sono affetti.

[19] M.P. Iadicicco, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020, 34 e anche Id., *Prospettive e problematiche della riconduzione della PMA al diritto costituzionale alla salute*, in *Corti supreme e salute*, 2021, 2, 421.

[20] Sul tema si veda la sentenza della Corte costituzionale 11 marzo 2025, n. 69 che dichiara non fondate le questioni sollevate, dal Tribunale di Firenze, in ordine all'art. 5 della l. n. 40/2004, nella parte in cui vieta l'accesso alle tecniche di PMA alle persone sin-

orientamento muove dalla necessità di concepire l'autodeterminazione quale principio necessariamente connesso alla dimensione relazionale, in cui l'individuo è inquadrato dal tessuto di principi che informano la Carta costituzionale, non come una monade, ma come una persona la cui tutela è assicurata quale parte di una rete di relazioni e valori sociali. Per queste ragioni, il processo procreativo non può essere ridotto a una pretesa del singolo, dovendosi necessariamente fondare su una dinamica relazionale[21].

In linea con l'ordine concettuale che valorizza la centralità della relazione, si può leggere il cambio di prospettiva adottato dalla Corte costituzionale nella sentenza 22 maggio 2025, n. 68. In tale pronuncia la Consulta, nel sindacare la legittimità costituzionale dell'art. 8 della l. n. 40/2004, a fronte della constatata inerzia del legislatore, ha assunto, quale parametro di giudizio, l'interesse superiore del minore nato da PMA eterologa effettuata all'estero da coppie di donne, entrambe consenzienti, consentendo il riconoscimento del nato da parte della madre intenzionale.

La decisione è stata dettata dall'esigenza di sanare la situazione deteriore in cui il minore si trova a causa dei rigidi limiti soggettivi di accesso imposti dalla l. n. 40/2004. Il fulcro del bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti è stato appunto individuato nella preminente e inderogabile necessità di tutelare l'interesse del nato, consentendo il riconoscimento automatico, fin dalla nascita, dello stato di figlio anche nei confronti della

gole. La Consulta non ritiene che «il solo interesse orientato alla genitorialità della donna possa evidenziare la manifesta irragionevolezza e sproporzione di una scelta legislativa che, nel solco del principio di precauzione, si fa carico soprattutto dell'interesse dei futuri nati» punto 10.2 considerato in diritto. Si esclude che il richiamo al diritto alla salute (art. 32 Cost.) imponga l'appagamento di qualsiasi aspirazione soggettiva a divenire genitore in quanto «tale interesse non è espressione di una libertà che abbia la stessa latitudine di ciò che la tecnica potenzialmente consente, né fonda una pretesa costitutiva di un diritto alla genitorialità» punto 10.1 considerato in diritto.

[21] Così ancora M.P. Iadicicco, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020, 17, 43 e 236, la quale nello sviluppare tale impostazione, richiama le riflessioni di S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 250 ss. sul rilievo che il percorso dell'esistenza dia «continua rilevanza alla costruzione di legami sociali» tracciando un limite intrinseco all'autodeterminazione. Nello stesso senso, rispetto alla difficoltà di configurare un assoluto diritto alla genitorialità, F.G. Scoca, *Relazione conclusiva,* in questo volume, 537, il quale chiarisce che essere genitori rappresenta «una capacità di fatto, una dimensione esistenziale, una relazione umana, non un diritto in senso tecnico-giuridico», escludendo la configurabilità di un «diritto ad avere un figlio che possa essere fatto valere *erga omnes*».

madre intenzionale. Fondamento della decisione è la configurazione della responsabilità procreativa che deriva dal consenso prestato, in via preventiva, rispetto all'utilizzazione delle tecniche di PMA. Tale consenso fonda lo *status filiationis* determinando l'emersione di una responsabilità genitoriale piena e non revocabile.

Si tratta di un significativo cambio di approccio rispetto alla giurisprudenza precedente in tema di gestazione per altri[22] in cui, pur ricorrendo la necessità di tutelare il miglior interesse del minore, la Consulta ha sistematicamente rinviato la decisione al legislatore. In particolare, nella sentenza 9 marzo 2021, n. 33, la Corte costituzionale, chiamata a dirimere la complessa questione dello *status* giuridico del minore procreato tramite maternità surrogata, e la conseguente ammissibilità del riconoscimento da parte del cosiddetto genitore d'intenzione, aveva fermamente sollecitato un intervento normativo. I giudici costituzionali avevano evidenziato, infatti, che l'opera di armonizzazione del sistema normativo spettasse in via primaria alla discrezionalità del legislatore, chiamato a operare un delicato bilanciamento tra la necessità di preservare l'intento deterrente contro tale pratica e la tutela dei diritti fondamentali del fanciullo. Rilevando una pluralità di opzioni regolative astrattamente legittime, in settori ad altissima complessità sistematica, il Giudice delle leggi aveva esercitato un *self-restraint*, demandando alle Camere l'adozione di misure idonee a colmare il *vulnus* protettivo nei confronti degli interessi del minore. Come chiaramente riconosciuto dalla Consulta, lo snodo fondamentale che, nel contesto della sent. n. 68/2024, ha permesso il bilanciamento operato

[22] Si vedano, al riguardo, le pronunce della Corte costituzionale 18 dicembre 2017, n. 272 e 28 marzo 2022, n. 79. Con la prima, il Giudice delle leggi ha vagliato la legittimità del divieto di gestazione per altri, statuendo che lo scopo di disincentivare tale percorso, a salvaguardia della dignità della donna, rappresenta un limite di ordine pubblico alla luce del quale bilanciare lo *status* del nato. Nella seconda, la Consulta si è espressa nuovamente sul trattamento giuridico di tale pratica, ribadendo che il relativo divieto è posto a presidio della dignità femminile. Ciononostante, sul piano delle tutele del nato, la pronuncia ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'esclusione dei rapporti civili con i parenti dell'adottante (il genitore d'intenzione); tale preclusione, infatti, priva, «il minore della rete di tutele personali e patrimoniali scaturenti dal riconoscimento giuridico dei legami parentali». Per queste ragioni, la Corte ha rimosso l'ostacolo rappresentato dall'esclusione di legami giuridico-parentali tra il minore adottato e i membri della famiglia dell'adottante. Sul tema si vedano le riflessioni condotte da S. Deplano, *Sul rapporto di filiazione intenzionale da gestazione per altri tra «qualificazione ottimale in concreto» dell'interesse del minore e novella dell'art. 12, comma 6, legge 19 febbraio 2004, n. 40*, in questo volume, 435.

consiste nell'assenza di interessi antagonisti di rango costituzionale[23]. A differenza della pratica della maternità surrogata[24], dove sussiste l'esigenza costituzionale di tutelare la dignità della donna gestante, disincentivando il fenomeno, nella PMA eterologa tra due donne, infatti, non vi sono princìpi supremi che si pongono in antagonismo rispetto al superiore interesse del minore.

L'analisi condotta dimostra l'importanza che il tema della capacità procreativa, e dell'accessibilità alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, assume rispetto alla dimensione individuale del diritto alla salute riproduttiva, connessa all'aspirazione ad un progetto genitoriale quale imprescindibile elemento di realizzazione esistenziale. Questa è la prospettiva certamente più conosciuta e indagata, in particolare rispetto all'interpretazione della normativa di riferimento. Accanto alla visione appena richiamata, che conserva primaria centralità, sembra tuttavia opportuno considerare anche il rilievo che l'infertilità e le difficoltà procreative assumono per la collettività sotto una pluralità di aspetti, tra i quali anche il complesso fenomeno dell'inverno demografico che caratterizza la natalità nel nostro Paese. Il prolungato e ormai strutturale periodo di diminuzione delle nascite, che emerge dai dati demografici degli ultimi anni, ha portato gli attori politici ed istituzionali ad interrogarsi sulla necessità di intervenire affrontando la questione con un approccio sinergico, anche in considerazione delle ricadute che esso produce a medio e lungo termine. Appare necessario agire sia sul piano della prevenzione dei fattori che determinano problemi di fertilità, sia su quello dell'ampliamento dell'accessibilità alle tecniche di procreazione medicalmente assistita[25].

Come evidenziato sulla base dei dati clinici[26], tra i fattori epidemio-

[23] Sul punto si veda M.P. Iadicicco, *La garanzia incompiuta di alcuni interessi costituzionali coinvolti nella PMA*, cit., 190, la quale opera un'approfondita disamina del tema richiamando, sul punto, l'argomentazione della Consulta che, negando l'incidenza, in astratto, dell'orientamento sessuale sull'idoneità genitoriale, afferma che non riconoscere lo *status filiationis* al minore costituirebbe una discriminazione inaccettabile.

[24] Sulla quale è intervenuta, da ultimo, la legge 4 novembre 2024, n. 169 recante «Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano».

[25] Intendendo l'ampliamento nell'accesso alle tecniche di PMA in senso lato e quindi con riferimento sia ai numeri di cicli e all'avanzamento delle tecniche concretamente utilizzabili, sia ai molti servizi di supporto e cura accessori che hanno un'importanza determinante per il buon esito dei trattamenti stessi.

[26] Analisi realizzata da P. De Franciscis nel corso della *Lectio magistralis* tenuta nel

logici di questa crescente criticità sanitaria, il più rilevante è certamente costituito dal ritardo con cui si intraprende la ricerca del concepimento, una tendenza spiccatamente italiana, ma che accomuna, di fatto, tutti i Paesi a sviluppo avanzato[27]. Le ragioni che portano a questo ritardo si radicano in una pluralità di fattori che corrispondono a concrete difficoltà di accesso e stabilizzazione nel mondo del lavoro, a problematiche di accesso alla casa e all'evoluzione dei modelli culturali e relazionali che hanno modificato profondamente l'ordine di priorità rispetto alla realizzazione dei progetti genitoriali. Oltre al fattore anagrafico, all'aumento dell'infertilità concorrono ulteriori elementi, tra i quali la rinnovata incidenza delle infezioni sessualmente trasmissibili e la progressiva riduzione della fertilità maschile. A tali cause si affiancano stili di vita e condizioni cliniche che incidono negativamente sulla capacità procreativa quali la sempre maggiore diffusione dell'obesità, il tabagismo, il consumo eccessivo di alcol e le dipendenze da stupefacenti. Rispetto a questo quadro, un elemento di significativo allarme è costituito, poi, dall'esposizione agli agenti inquinanti e agli effetti della cattiva alimentazione, che agiscono sia come fattori aggravanti delle patologie appena richiamate sia come autonome cause incidenti. Si tratta di fattori che concorrono a determinare uno scenario clinico complesso, nel cui contesto le difficoltà procreative non rappresentano più una circostanza rara ma riguardano un numero sempre maggiore di persone[28].

La necessità di approcciare in maniera olistica al descritto quadro clinico, in cui le problematiche connesse alla fertilità sono condizionate da fattori concorrenti, che trascendono la dimensione individuale assumendo portata sistemica, si pone in piena coerenza con il nuovo modello di tutela della salute fondato sull'approccio *One Health*[29]. Tale paradigma, che

primo seminario di studio del progetto ELCART, Caserta 30 ottobre 2024.

[27] Il Prof. De Franciscis, appartenente all'U.O.C. Ginecologia e Ostetricia, Centro PMA dell'Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli* e membro del progetto, ha evidenziato come le ricadute cliniche di tale ritardo anagrafico siano ampiamente documentate e si traducano, *in primis*, in un fisiologico declino del potenziale riproduttivo, che riduce progressivamente le probabilità di concepimento spontaneo e determina, al contempo, un innalzamento del rischio di esiti clinici avversi durante la gestazione.

[28] Ibidem.

[29] Sul tema cfr. L. Violini (a cura di), *One Health. Dal paradigma alle implicazioni giuridiche*, Torino, 2022; D. Morana, *One Health, tutela costituzionale della salute e ragionevoli bilanciamenti: spunti dalla giurisprudenza*, in *Corti Supreme e salute*, 2025, 2, 587; F. Gambardella, *La tutela integrata della salute e dell'ambiente per l'approccio* one health, Napoli, 2025.

postula l'interdipendenza tra salute umana, animale e ambientale, può trovare una significativa applicazione nel contesto della salute riproduttiva, in cui la tutela del benessere psicofisico della persona non può prescindere dalla cura dell'ambiente circostante. Tale fattore produce riflessi diretti, in termini preventivi e protettivi, sui menzionati rischi di infertilità[30]. Per dare concreta attuazione a questa prospettiva occorre promuovere campagne informative mirate[31]. L'obiettivo è superare la diffusa inconsapevolezza delle pazienti che intraprendono percorsi di PMA circa il proprio stato di infertilità, condizione che emerge perlopiù solo nel momento in cui si tenta di realizzare il progetto procreativo. Tale ritardo diagnostico induce peraltro a ritenere che l'effettiva incidenza delle patologie riproduttive sia di gran lunga superiore a quella rilevata dalle stime istituzionali.

Il confronto con i Paesi che hanno politiche di genere e di sostegno alle famiglie più efficaci evidenzia l'urgenza di un cambio di paradigma nelle misure pubbliche per la donna e la natalità. La realtà socioculturale ed economica del nostro Paese non mette le donne in condizione di scegliere realmente i tempi di realizzazione dei progetti genitoriali, cosa che incide direttamente sulle problematiche che possono insorgere per la loro riuscita. Tutto ciò determina un effetto sistemico che alimenta l'impoverimento della popolazione, costituendo fattore di enorme freno per uno sviluppo fisiologico del sistema Paese. Alla luce di quanto detto appare determinante la riflessione che reclama la necessità di approcciare alle politiche sanitarie riferendosi alla nozione di "rispetto" come categoria

[30] Sul punto si vedano le linee di indirizzo del Ministero della salute, che delineano un modello integrato di prevenzione, in cui la tutela della sfera riproduttiva si fonda anche sul nesso causale tra fattori intrinseci e determinanti esterne. Sul piano epidemiologico, si evidenzia come l'esposizione sistematica ad agenti chimici e inquinanti, dispersi nell'ambiente e nei contesti lavorativi, incida direttamente sull'efficienza gametica e sulla funzionalità endocrina. Si promuove, quindi, un'azione preventiva olistica e coordinata tra controlli clinici periodici e campagne educative, volta a preservare la capacità procreativa lungo l'intero corso della vita. Per l'accesso ai dati epidemiologici, alle relazioni sulla denatalità e alle linee guida per la sicurezza lavorativa e gli stili di vita sani cfr.: https://www.salute.gov.it/new/it/tema/salute-riproduttiva/; https://www.salute.gov.it/new/it/tema/salute-riproduttiva/fattori-ambientali/; https://www.salute.gov.it/new/it/tema/salute-riproduttiva/stili-di-vita; https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_notizie_2083_listaFile_itemName_0_file.pdf.; https://health.ec.europa.eu/endocrine-disruptors/overview_en

[31] Sul tema cfr. L. Castiglione, *La comunicazione come funzione amministrativa nel governo della procreazione medicalmente assistita*, in questo volume, 273.

giuridica centrale nel contesto della medicina di genere[32]. Emancipando il concetto di rispetto dalla sua accezione puramente teorica e assumendolo quale parametro critico con cui vagliare il sapere clinico e istituzionale, esso cessa di essere una mera disposizione interpersonale, divenendo un efficace criterio di validazione degli assunti scientifici e normativi. Da questo presupposto emerge la necessaria rilettura del dogma della presunta neutralità medica, fondata su un paradigma maschile innalzato a misura universale.

L'applicazione di protocolli clinici, che non tengono conto delle specificità biologiche, sociali e relazionali, non garantisce alcuna reale imparzialità, ma opera piuttosto come un dispositivo di invisibilizzazione. Il mancato riconoscimento di tali differenze si converte in una forma sofisticata e sistemica di non rispetto, che marginalizza i corpi non conformi e pregiudica la stessa appropriatezza delle cure e l'effettività del diritto alla salute[33].

Con specifico riguardo alla tutela della salute procreativa, queste concorrenti prospettive fanno emergere un interesse della collettività alla sua cura, quale valore rilevante rispetto alla creazione di un sistema di prevenzione e tutela che permetta il migliore sviluppo della persona.

La piena comprensione e condivisione di questo nuovo paradigma rappresenta un presupposto necessario affinché l'ordinamento nel suo complesso, e il Servizio sanitario nazionale in particolare, acquisiscano una reale capacità di prevenire le cause di infertilità e tutelare il benessere psicofisico degli individui. Il raggiungimento di questo traguardo produrrebbe un riflesso diretto sulla salute procreativa, consentendo di ricondurre l'accesso alle tecniche di PMA alla loro naturale dimensione di opzione terapeutica residuale, anziché di necessità sempre più diffusa, con evidenti ricadute positive tanto per i singoli quanto per l'intera società. Per questa ragione appare evidente la necessità di politiche sinergiche che muovano dalla corretta distribuzione delle risorse e dall'efficace capacità

[32] Secondo L. Giani, *Genere, rispetto e falsa neutralità: spunti per una rilettura critica dei modelli*, in questo volume, 49, «le analisi sui modelli di genere mostrano come la costruzione sociale del femminile continui a incorporare aspettative di cura e disponibilità che, soprattutto in contesti di scarsità, si traducono in maggiore esposizione alla precarietà, al lavoro non retribuito e alla dipendenza economica. Parallelamente, la povertà agisce come moltiplicatore di tali diseguaglianze, limitando l'accesso ai diritti fondamentali e alle opportunità di partecipazione sociale».

[33] Ibidem.

organizzativa dell'amministrazione sanitaria, con attenzione prioritaria alla corretta informazione e alla prevenzione, per poter assicurare l'effettività della tutela del diritto alla salute procreativa.

## 3. *Salute procreativa e risorse finanziarie: l'inclusione nei LEA e le perduranti difficoltà attuative del sistema di finanziamento*

La tutela della salute, anche procreativa, intesa nella sua dimensione positiva, quale pretesa a ricevere le necessarie prestazioni sanitarie, trova il proprio fondamento programmatico nella Costituzione ma necessita, per la definizione del suo contenuto[34], di una puntuale traduzione normativa che si è dovuta confrontare con le numerose difficoltà che caratterizzano il nostro sistema sanitario. Ciò sia in relazione all'ineludibile tensione antagonista rispetto alle risorse disponibili per la concreta erogazione delle prestazioni, sia in ordine alla corretta distribuzione di compiti e funzioni nell'alveo della realtà istituzionale plurale e multilivello che caratterizza il sistema stesso.

Quanto all'aspetto del finanziamento occorre ricordare che all'ispirazione universalistica e globale del servizio sanitario, emergente dalla legge 23 dicembre 1978, n. 833[35], si è contrapposta la necessità di bilanciamen-

[34] Sul punto cfr. D. Morana, *L'effettività del diritto (fondamentale) alla salute nella dimensione territoriale, tra attuazione legislativa e giurisprudenza costituzionale*, cit., 162, la quale ricorda che «tra i principali compiti con cui il legislatore è tenuto a misurarsi si colloca, in primo luogo, l'obiettivo di garantire la disponibilità di risorse, non soltanto finanziarie, ma anche umane e organizzative. Negli ultimi anni, infatti, è divenuto sempre più evidente come il tema (che è insieme di ordine quantitativo e qualitativo) delle professionalità impiegate e quello dell'organizzazione svolgano un ruolo non subordinato rispetto a quello – pure essenziale – dell'allocazione dei necessari mezzi economici, al fine destrutturare un servizio sanitario in grado di attestarsi su *standard* adeguati».

[35] L'architettura del Servizio sanitario nazionale (SSN) poggia sui pilastri valoriali dell'accesso universale e della globalità dell'offerta assistenziale, traducendosi nella predisposizione di un apparato amministrativo istituito, attraverso la l. n. 833/1978, con lo scopo di promuovere, tutelare e ripristinare la salute psicofisica della popolazione, avvalendosi di un modello organizzativo improntato all'equità, diretto a superare le disuguaglianze e a garantire ai cittadini le medesime opportunità di accesso e fruizione dei percorsi di cura. Quanto alla distribuzione delle funzioni, in ordine all'organizzazione amministrativa della salute, essa si fonda sulla logica del pieno decentramento che vede, in capo allo Stato, le funzioni di programmazione affidando, alla dimensione regionale, la predisposizione delle strutture e dei servizi a livello territoriale.

to rispetto alle risorse disponibili[36] che ha portato all'elaborazione della discussa teoria del diritto alla salute come finanziariamente condizionato[37].

[36] Come noto il sistema sanitario è stato profondamente riformato al fine di contenere la spesa pubblica e migliorare l'efficienza con l'emanazione dei decreti legislativi 30 dicembre 1992, n. 502 e 7 dicembre 1993, n. 517. Tali provvedimenti normativi hanno operato l'aziendalizzazione del sistema e introdotto il concetto di livelli uniformi di assistenza, qualificati come essenziali nel successivo decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229, con il quale la riforma è stata completata. L'assetto multilivello emergente dal quadro normativo inaugurato con la l. n. 833/1978, ha trovato ulteriore conferma e valorizzazione a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, la quale ha incardinato la materia "tutela della salute" nell'alveo della potestà legislativa concorrente. Da questa evoluzione, tuttavia, sembrano essere scaturite rilevanti criticità operative, sovente acuite dall'intreccio di competenze tra i diversi soggetti istituzionali coinvolti. Particolarmente arduo è il tentativo di conciliare le spinte alla differenziazione regionale con l'imperativo di preservare un'adeguata uniformità del sistema. Tale aspetto problematico tende ad assumere un rilievo determinante qualora si osservi il profilo economico-finanziario dei rapporti tra livelli di governo, rispetto al quale la Corte costituzionale è più volte intervenuta, da ultimo, in maniera esaustiva e sistematica, in occasione della pronuncia sulla legge in tema di autonomia differenziata (sulla quale si veda *infra* nel testo). Quanto alle più recenti riforme del sistema, operate a seguito della pandemia e della conseguente emanazione del PNRR, occorre ricordare il DM 23 maggio 2022, n. 77, che ha introdotto il «Regolamento recante la definizione di modelli e *standard* per lo sviluppo dell'assistenza territoriale nel Servizio sanitario nazionale»; il decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 200, recante il «Riordino della disciplina degli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico» e il decreto legge 30 aprile 2022, n. 36 recante «Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)», convertito, con modificazioni, dalla legge 29 giugno 2022, n. 79 che ha istituito il Sistema nazionale prevenzione salute dai rischi ambientali e climatici (SNPS). Il 12 gennaio 2026 è stato, inoltre, approvato dal Consiglio dei ministri il disegno di legge recante «Delega al Governo per l'adozione di misure in materia di riorganizzazione e potenziamento dell'assistenza territoriale e ospedaliera e revisione del modello organizzativo del Servizio sanitario nazionale» (A.S. n. 1825) il cui *iter* dovrà concludersi entro dicembre 2026.

[37] Corte costituzionale 16 ottobre 1990, n. 455 in cui si afferma che «al pari di ogni diritto a prestazioni positive, il diritto a ottenere trattamenti sanitari, essendo basato su norme costituzionali di carattere programmatico impositive di un determinato fine da raggiungere, è garantito a ogni persona come un diritto condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento» punto 3 considerato in diritto. Sul tema in dottrina, senza pretese di completezza, cfr. F. Merusi, *I servizi pubblici negli anni 80*, in Aa.Vv., *Servizi pubblici instabili,* Bologna, 1990, 30-31; R. Ferrara, voce *Salute* (*diritto alla*), in *Dig. disc. pubb*., XIII, Torino, 1997; E. Cavasino, *Il diritto alla salute come diritto "a*

Tale impostazione, secondo cui l'esercizio dei diritti sociali risulterebbe necessariamente condizionato dalle disponibilità finanziarie, si è affermata alla fine del secolo scorso ad opera della giurisprudenza costituzionale. Come correttamente evidenziato, questa ricostruzione rappresentava un tentativo di conciliare «la assolutezza del diritto alla salute sancita dalla Carta Costituzionale, intollerante ad alcuna intrusione nella ricostruzione delle relative guarentigie che sarebbero sottratte alla disponibilità da parte della P.A., e il ruolo costituzionale assegnato alla stessa P.A. quale soggetto chiamato a farsi carico della cura degli interessi generali (di tutti gli interessi generali) utilizzando (per tutti) risorse pubbliche in un'ottica sistemica che non ne consente l'affermazione in termini di prevalenza assoluta di alcuni sugli altri»[38].

La concreta traduzione del contenuto del diritto alla salute, sancito dalla Carta costituzionale, è stata realizzata grazie all'individuazione dei livelli essenziali di assistenza (LEA). Già l'art. 3, comma 2, della l. n. 833/1978 prevedeva la definizione, contestuale al Piano sanitario, dei «livelli delle prestazioni sanitarie che devono essere, comunque garantite a tutti i cittadini», con la precisazione che essi fossero uniformi sul territorio nazionale, eliminando differenze strutturali e differenziazioni tra Regioni. Con il decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 si è poi stabilita la necessità di rapportare i «livelli uniformi di assistenza sanitaria» al «volume delle risorse a disposizione» fino alla previsione, ad opera del successivo decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229, di individuazione contestuale delle risorse finanziarie destinate al Servizio sanitario nazionale e dei livelli di assistenza che vengono qualificati come essenziali. Anche in ragione di tale evoluzione normativa, il corretto inquadramento dei LEA[39] è stato estremamente dibattuto, in particolare, nel confronto tra il tradizionale

*prestazioni". Considerazioni sull'effettività della tutela*, in E. Cavasino, G. Scala e G. Verde (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, 2013, 335; L. Carlassare, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, 3, 153; G. Urbano, *Equilibrio di bilancio e governance sanitaria*, Bari, 2016.

[38] M. D'Orsogna, *Povertà sanitaria e welfare generativo: nuovi orizzonti e nuove sfide per la tutela della salute*, in *Dir. amm.*, 2024, 4, 923.

[39] Per una ricostruzione storico evolutiva del tema cfr. M. Atripaldi, *Diritto alla salute e livelli essenziali di assistenza (LEA)*, in *federalismi.it – Osservatorio di diritto sanitario*, 2017; V. Antonelli, *La garanzia dei livelli essenziali di assistenza nei primi 40 anni del SSN*, in *federalismi.it*, 2018, 7.

concetto di uniformità e il successivo parametro dell'appropriatezza[40], quest'ultimo in grado di conciliare la fisiologica differenziazione territoriale che scaturisce dal riparto delle competenze tra Stato e Regioni.

L'identificazione, attraverso i LEA, delle prestazioni e dei servizi sanitari da garantire ai consociati avrebbe dovuto fornire una chiave di sintesi per la continua torsione tra prestazioni sanitarie dovute e risorse finanziarie disponibili. Così tuttavia non è stato a causa delle difficoltà connesse ai sistemi di finanziamento della spesa e di allocazione delle risorse e alla richiamata conflittualità tra ambiti di competenze dei diversi livelli istituzionali. In ordine a tali temi la Corte costituzionale ha realizzato un significativo percorso ermeneutico alla ricerca di un possibile equilibrio tra vincoli di bilancio ed effettività della tutela. Nella storica sentenza del 7 luglio 1999, n. 309 la Consulta ha affermato che, sebbene l'attuazione del diritto sia finanziariamente condizionata, esiste un perimetro che non può essere valicato poiché «le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana»[41]. Tale nucleo incomprimibile ha progressivamente trovato oggettivazione anche grazie alla definizione dei LEA che necessariamente lo comprendono, affiancando ad esso una sfera di tutela ulteriore e non costituzionalmente necessitata che, tuttavia, una volta determinata dall'ordinamento, si impo-

[40] La nozione di appropriatezza, concepita come il rapporto favorevole tra i benefici clinici attesi e gli effetti collaterali negativi, è stata elaborata considerando il duplice profilo dell'appropriatezza clinica, riferita all'efficacia delle cure scientificamente validate (in ordine alla quale essenziale è il ruolo svolto dal Sistema nazionale linee guida su cui cfr. F. Gambardella, *Sul carattere vincolante delle linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita*, in questo volume, 319) e dell'appropriatezza organizzativa, volta a ottimizzare la sicurezza del paziente e l'efficienza nell'uso delle risorse pubbliche. Sul tema A. Piogia, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2024, 67, evidenzia come, sotto il profilo dogmatico, sia più corretto configurare l'appropriatezza quale criterio guida che quale principio astratto. Secondo questa ricostruzione essa opera sul livello macro-decisionale, come parametro per escludere dal Servizio sanitario nazionale le prestazioni prive di comprovata efficacia scientifica e su quello micro-operativo, come un insieme di raccomandazioni cliniche flessibili. In ordine a tale ultimo aspetto, l'Autrice evidenzia il ruolo della responsabilità professionale del medico, al quale spetta di calibrare il trattamento sulle specificità del caso concreto e sulla libertà di autodeterminazione del malato, traducendosi in un'appropriatezza individuale che supera ogni standardizzazione.

[41] Corte costituzionale n. 309/1999, punto 3 considerato in diritto.

ne come limite per le Regioni[42]. Alle prestazioni ricomprese nei LEA possono poi aggiungersi prestazioni e servizi ulteriori, che le Regioni, dotate della necessaria disponibilità economica, decidano di dedicare a specifici ambiti di assistenza[43].

Rispetto al tema del finanziamento dei livelli essenziali di assistenza e al condizionamento finanziario della tutela della salute, un'evoluzione significativa si deve alla sentenza 10 aprile 2020, n. 62, in cui i giudici costituzionali hanno identificato un definitivo confine rispetto alle competenze normative regionali volte a limitare l'erogazione delle prestazioni essenziali per ragioni di disavanzo. Riemerge, in ordine a tale profilo, il principio di omogeneità connessa all'uguaglianza nell'accesso alla tutela. La Corte, infatti, ha chiarito che la competenza esclusiva dello Stato, nella determinazione dei LEA, risponde proprio all'esigenza di assicurare un'omogeneità di tutele svincolata dalle capacità finanziarie delle diverse Regioni. Al fine di identificare il percorso ermeneutico progressivamente individuato sul tema dalla Consulta, la giurisprudenza successiva può essere letta in

[42] In questa direzione si è espressa da ultimo la Corte costituzionale nella sentenza 3 dicembre 2024, n. 192 in cui si afferma che «il nucleo minimo del diritto è un limite derivante dalla Costituzione e va garantito da questa Corte, anche nei confronti della legge statale, a prescindere da considerazioni di ordine finanziario (…) invece, i LEP sono un vincolo posto dal legislatore statale, tenendo conto delle risorse disponibili, e rivolto essenzialmente al legislatore regionale e alla pubblica amministrazione; la loro determinazione origina, poi, il dovere dello stesso Stato di garantirne il finanziamento» punto 14 considerato in diritto.

[43] Circa il corretto inquadramento degli *extra* LEA occorre richiamare le riflessioni di A. Pioggia, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, cit., 62, per la quale la loro previsione non comporta l'introduzione di «differenziazioni nel godimento dei diritti, dal momento che questi sono pienamente assicurati in maniera uniforme dall'erogazione identica delle prestazioni necessarie a soddisfarli, ma semplicemente di offrire utilità ulteriori in termini di maggiori vantaggi». Sulla complessa vicenda della stretta limitazione del ricorso agli *extra* LEA nelle Regioni in piano di rientro cfr. A. Pitino, *La recente giurisprudenza costituzionale sugli extra LEA: segnali di apertura che rafforzano l'esigibilità del diritto alla salute nelle Regioni in Piano di rientro?*, in D. Morana (a cura di), *La salute tra i diritti e nei territori. Questioni costituzionali nel rapporto Stato-Regioni*, Torino, 2025, 37 ss. L'Autrice, operando una lettura critica della giurisprudenza costituzionale sul tema ed evidenziando le timide aperture registratesi di recente, sottolinea la necessità di adottare una prospettiva di regionalismo cooperativo che si basi sull'appropriatezza delle cure e sulla flessibilizzazione del divieto di prestazioni aggiuntive a saldi invariati. Ciò al fine di assicurare l'uniformità nel diritto alla salute e il superamento delle diseguaglianze territoriali.

coerenza e completamento rispetto all'approccio espresso nella sentenza n. 62/2020. In particolare, la sentenza 3 dicembre 2024, n. 192 affronta i cruciali temi dell'uguaglianza nelle prestazioni e della corretta programmazione economica, nell'ambito del generale e complesso tema dell'autonomia differenziata. La pronuncia restituisce un'importante indicazione di metodo per ricondurre la dialettica tra diritti e vincoli di bilancio ad una sintesi virtuosa. Riaffermando il dovere dello Stato di associare alla definizione dei livelli essenziali delle prestazioni[44] il loro finanziamento, la Consulta ricorda che l'allocazione delle risorse deve avvenire ancorandosi rigidamente ai costi e ai fabbisogni *standard*. In questa prospettiva, la Corte censura meccanismi contabili, come il mero riferimento alla spesa storica, che non sono idonei a promuovere la virtuosità amministrativa, potendo «cristallizzare anche la spesa derivante dall'eventuale inefficienza insita nella funzione»[45], in evidente contrasto con le disposizioni dell'art. 97 Cost.

Nella stessa prospettiva può essere letta la sentenza del 6 dicembre 2024, n. 195, che affronta il differente tema dell'illegittimità dei tagli automatici alla sanità, in cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale

[44] La Corte si riferisce ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (di esclusiva competenza statale *ex* art. 117, lett. m) richiamando i LEA quanto alla necessità di una loro definizione specifica. I due concetti sono intimamente connessi, ancorché non coincidenti. Nel primo caso, infatti, ci si riferisce all'affermazione del principio costituzionale di uguaglianza rispetto alle prestazioni dei diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, nel secondo al mezzo attraverso il quale, nel contesto sanitario, viene identificato il decalogo delle prestazioni che tale principio (dovrebbe) invera(re). Sul tema la Consulta afferma che «Il vizio alla base dell'art. 3, comma 1[della legge 26 giugno 2024, n. 86], sta nella pretesa di dettare contemporaneamente criteri direttivi – *per relationem* – con riferimento a numerose e variegate materie. Poiché ogni materia ha le sue peculiarità e richiede distinte valutazioni e delicati bilanciamenti, una determinazione plurisettoriale di criteri direttivi per la fissazione dei LEP, che non moduli tali criteri in relazione ai diversi settori, risulta inevitabilmente destinata alla genericità. Del resto, fino alla legge n. 197 del 2022 la determinazione dei LEP è stata compiuta in modo distinto per ciascuna materia: si vedano i LEA in materia sanitaria (da ultimo, DPCM 12 gennaio 2017, recante "Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502")» punto 9.2 considerato in diritto.

[45] Ne deriverebbe, infatti, un inaccettabile «effetto di deresponsabilizzazione in ordine all'esercizio regionale delle funzioni trasferite», tollerando il paradosso per cui «anche una gestione inefficiente delle stesse potrebbe, infatti, finire per essere sostanzialmente ripianata "a piè di lista" dallo Stato» punto 22.3 considerato in diritto.

di disposizioni che consentivano allo Stato, in caso di mancato versamento del contributo regionale alla finanza pubblica, di rivalersi riducendo in modo indiscriminato le risorse spettanti alle Regioni, comprese quelle destinate alla sanità e alle politiche sociali. La Corte ha così censurato la possibilità di applicare sanzioni automatiche o riduzioni indiscriminate sui bilanci locali, riaffermando la necessità di una preventiva e rigorosa istruttoria tecnica diretta a verificare la concreta sostenibilità finanziaria delle manovre di coordinamento. La giurisprudenza costituzionale, quindi, pur non operando una aperta revisione del criterio di condizionamento finanziario dei diritti sociali sta progressivamente delineando ambiti e confini posti a riparo dalle congiunture economiche[46].

L'analisi giurisprudenziale evidenzia che l'inserimento di una prestazione nel perimetro dei LEA costituisce la concretizzazione della tutela costituzionale del benessere psicofisico delle persone, da cui discende il dovere inderogabile, per tutte le istituzioni competenti, di assicurare tali cure con assoluta preminenza rispetto a qualsiasi vincolo di bilancio. Ciononostante, occorre riconoscere che l'inclusione della PMA (omologa ed eterologa) ad opera del DPCM 12 gennaio 2017 non ha ancora garantito, nei fatti, un reale passaggio dal diritto affermato a quello inverato. Tale risultato incontra ancora ostacoli dovuti alle aporie organizzative e alla dialettica conflittuale dei vincoli di bilancio che caratterizzano la prestazione dei servizi sanitari. Una specifica *impasse* istituzionale si è realizzata con l'adozione del nomenclatore tariffario, lo strumento attuativo indispensabile per quantificare i rimborsi delle prestazioni. I relativi decreti, approvati con estremo ritardo solo a metà del 2023, hanno subito continui slittamenti della loro entrata in vigore, posticipata prima al 2024 e successivamente al 2025. Questo stallo è stato causato dalle contestazioni delle Regioni circa l'assenza di coperture finanziarie congrue, nonché da un'animata vicenda giudiziaria nata a seguito dell'impugnazione, dinanzi al TAR Lazio, del tariffario da parte degli enti privati accreditati, i quali lamentavano l'assoluta inadeguatezza economica delle somme previste per procedure complesse come la PMA[47].

La diversa capacità prestazionale, che le differenti realtà regionali sono

[46] In questo senso D. Morana, *L'effettività del diritto (fondamentale) alla salute nella dimensione territoriale, tra attuazione legislativa e giurisprudenza costituzionale*, cit., 171.

[47] Sul tema cfr. M.P. Iadicicco, *La garanzia incompiuta di alcuni interessi costituzionali coinvolti nella PMA*, cit., 199.

in grado di assicurare, rispetto alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, rappresenta una ferita non sanata del nostro sistema sanitario che si spera potrà essere almeno mitigata grazie alle riforme e agli investimenti conseguenti all'attuazione del PNRR[48]. Una prospettiva in questa direzione è costituita dall'implementazione della medicina di prossimità, realizzata con il decreto ministeriale 23 maggio 2022, n. 77[49]. L'analisi del quadro attuale, tuttavia, restituisce una evidente violazione delle garanzie di uguaglianza costituzionalmente previste, che si rinnova quotidianamente attraverso le disparità nei tempi di attesa per l'accesso alle cure e nei modi della loro prestazione, e che trova la sua massima espressione nei casi di "povertà sanitaria"[50]. Il sintagma si riferisce all'incapacità del Servizio sanitario nazionale di assicurare reale accesso alle cure a chi è privo di risorse adeguate. La povertà sanitaria, unita alle differenze territoriali e culturali, trasforma l'universalismo formale in un'esclusione sostanziale per i più vulnerabili[51]. Essa costituisce l'emblematico «fallimento della c.d. amministrazione di risultato perché rende tangibile la conclamata ineffettività della garanzia amministrativa della salute»[52]. Questa intollerabile

[48] Sulla natura giuridica del PNRR cfr. N. Lupo, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: un nuovo procedimento euro-nazionale*, in *federalismi.it – paper*, 15 febbraio 2023.

[49] Regolamento recante la definizione di modelli e *standard* per lo sviluppo dell'assistenza territoriale nel Servizio sanitario nazionale sul quale cfr. R. Balduzzi, *Gli standard (e il modello) dell'assistenza sanitaria territoriale: prime considerazioni*, in *Corti supreme e salute*, 2022, 2, 461; B. Gagliardi, *Il modello a rete come principio d'organizzazione per l'adeguatezza in sanità*, in *Dir. Amm.*, 2024, 3, 785; D. Morana (a cura di) *La salute tra i diritti e nei territori. Questioni costituzionali nel rapporto Stato-Regioni*, cit., 2025.

[50] M. D'Orsogna, *Povertà sanitaria e welfare generativo: nuovi orizzonti e nuove sfide per la tutela della salute*, cit., 923.

[51] Ibidem.

[52] Ibidem. Per l'interrelazione tra i temi di povertà sanitaria e medicina di genere cfr. L. Giani, *Genere, rispetto e falsa neutralità: spunti per una rilettura critica dei modelli*, cit., 48, la quale rileva che «la potenzialità euristica della categoria di genere emerge con particolare chiarezza quando essa è messa in relazione con altri fattori di vulnerabilità». L'Autrice sottolinea, inoltre, «l'ulteriore livello di complessità [che] emerge quando il genere viene analizzato in una prospettiva interferenziale, e cioè in relazione ad altri fattori di vulnerabilità, come la condizione economica. La povertà e il genere non operano infatti come variabili indipendenti, ma si intrecciano secondo dinamiche che amplificano le diseguaglianze. (…) In tale quadro, il genere si configura come fattore strutturante della povertà, mentre la povertà stessa incide sulle possibilità concrete di autodeterminazione e accesso ai diritti. Ne derivano forme di esclusione che colpiscono in modo particolare le donne e, ancor più, le soggettività che si collocano ai margini dei modelli normativi dominanti».

sperequazione assume un connotato di odiosa iniquità quando riguarda la possibilità di accesso alle tecniche di PMA, perché priva coloro che versano in tali condizioni della possibilità di accedere alla più ancestrale forma di speranza rappresentata dalla promessa della vita che si perpetua.

La mancanza, in alcune realtà regionali, dei centri e delle competenze in grado di soddisfare le richieste di accesso alle pratiche di PMA, ha determinato il trasferimento di un numero sempre maggiore di soggetti verso realtà territoriali dotate di queste possibilità, dando luogo al fenomeno della migrazione sanitaria. Si tratta di un fenomeno sistemico che non riguarda solo lo specifico ambito della PMA, ma che in esso assume proporzioni particolarmente significative. Come dimostra la Relazione del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita – anno 2025 (riferita ai dati di attività del 2023), la realtà attuativa in tema di PMA è profondamente frammentata con una drastica sperequazione, tra i diversi territori, in ordine alla disponibilità dei trattamenti[53], alla natura giuridica degli enti erogatori[54] e alle richiamate dinamiche di mobilità sanitaria[55]. La necessità di allontanarsi dalla propria residenza per ottenere

[53] La distribuzione dei 316 centri autorizzati ad operare sul territorio nazionale appare fortemente sbilanciata. Più della metà delle cliniche (53,4%) risulta localizzata in quattro contesti regionali (Lombardia, Campania, Lazio e Veneto) anche se occorre rilevare che questa dislocazione non riflette fedelmente i volumi prestazionali effettivi. Quanto agli interventi di maggiore complessità (II e III livello), infatti, il 69% si concentra in cinque Regioni, con una distribuzione, però, non omogenea perché in Lombardia vengono effettuati un quarto dei cicli complessivi, seguita nell'ordine da Lazio, Toscana, Campania ed Emilia-Romagna.

[54] Per quanto riguarda il profilo della proprietà delle strutture, si rileva una profonda divergenza tra le diverse politiche sanitarie locali. Mentre al Nord si registra una maggiore incidenza di presidi a gestione pubblica, nel Lazio e nel Mezzogiorno dominano le realtà private. Un profilo particolarmente esemplificativo della carenza sistemica riguarda l'offerta privata convenzionata, che in linea generale costituisce un elemento per l'erogazione delle cure a carico del Servizio sanitario nazionale: nell'intera Penisola si contano appena 17 centri convenzionati per le procedure avanzate, quasi integralmente ripartiti tra Lombardia (9 strutture) e Toscana (5 strutture).

[55] Meta preferenziali di questo flusso migratorio sono le reti pubbliche o convenzionate, presenti in Toscana e Lombardia, ovvero i centri privati della Regione Lazio. Paradigmatico è ad esempio il sistematico dirottamento dell'utenza presente in Umbria, verso la vicina Toscana, a causa della limitatezza dell'offerta territoriale di centri per la PMA. La Toscana, d'altronde, si pone come un esempio particolarmente avanzato e virtuoso in tema di procreazione medicalmente assistita come efficacemente descritto da

assistenza, a causa della profonda asimmetria nell'offerta di strutture e prestazioni, determina importanti ricadute negative sulla stessa efficacia dei trattamenti. Come evidenziato, una condizione di equilibrio psicofisico, più facilmente raggiungibile nel proprio ambiente di vita, costituisce una naturale precondizione per la buona riuscita delle tecniche in parola. Occorre tuttavia segnalare che la sperequazione territoriale nell'erogazione delle tecniche di PMA, e la conseguente disparità di trattamento che deriva dal non poter usufruire delle prestazioni nella propria Regione, comporta ricadute sistemiche anche sulle prospettive di miglioramento delle differenze territoriali. Sotto il profilo contabile, infatti, questo flusso migratorio attiva una dinamica di compensazione e rimborso della mobilità passiva, in base alla quale la Regione di residenza dell'utente è tenuta a coprire i costi delle cure erogate altrove, rimborsando la Regione attrattrice sulla base delle tariffe convenzionali stabilite. Questo meccanismo, pur costituendo una soluzione alla mancata possibilità di cura nelle Regioni carenti, produce un sistematico e massiccio trasferimento di risorse pubbliche proprio da queste realtà in favore di quelle attrattive. La mobilità passiva finisce, quindi, per impoverire i bilanci sanitari delle amministrazioni già in difficoltà, sottraendo loro le risorse finanziarie che potrebbero essere impiegate per investire e riqualificare la propria offerta assistenziale[56]. La compensazione della mobilità passiva si converte dunque in un fattore patologico che cristallizza e aggrava il divario territoriale, allontanando la prospettiva di un accesso equo e uniforme.

## 4. *L'emersione di un quadro con ancora troppe ombre*

Le analisi condotte confermano la perdurante esistenza di criticità nell'attuazione di una piena garanzia in tema di accesso alla PMA. Accan-

V. Manzetti, *Ripensare la procreazione medicalmente assistita (PMA) tra legislazione nazionale e modelli regionali. L'esempio della Toscana*, in questo volume, 333.

[56] Sul punto, sia pure con specifico riguardo al settore delle malattie rare, cfr. C. Petrillo, *Le malattie rare ed il ruolo delle Regioni*, in D. Morana (a cura di) *La salute tra i diritti e nei territori. Questioni costituzionali nel rapporto Stato-Regioni*, cit., 126. L'Autrice evidenzia come l'attuale modello contabile, basato sulla remunerazione della singola prestazione "a tariffa" rischi di aggravare ulteriormente il divario, suggerendo la necessità di un finanziamento statale "a funzione" dei Centri di riferimento per le malattie rare e del potenziamento strategico della telemedicina quale concreto strumento di eguaglianza territoriale.

to agli innegabili progressi compiuti, sia sul piano tecnico che giuridico, emergono numerosi aspetti che necessitano di interventi correttivi.

Nonostante il grande impegno profuso dai medici e dagli specialisti che operano in questo settore, sussistono molte disuguaglianze territoriali, che riguardano l'accesso alle cure, con specifico rilievo del problema connesso alle liste di attesa, ma anche dell'idoneità delle strutture ad assicurare le prestazioni relative alle tecniche di II e III livello. Le ragioni di tali difficoltà sono strettamente connesse alle carenze organizzative e di organico che affliggono il settore pubblico, orientando la domanda verso il privato, oltre alle richiamate differenze della capacità prestazionale delle diverse Regioni.

Sebbene appaia con estrema chiarezza la necessità di una revisione sistematica della l. n. 40/2004, la delicatezza e la problematicità dei temi coinvolti hanno portato il legislatore a procrastinare un'azione riformatrice, continuamente supplita dagli interventi ermeneutici della Corte costituzionale. Tuttavia, in attesa che si individui un percorso di riforma in grado di allineare l'ordinamento italiano agli *standard* europei, un accesso più equo e omogeneo alla PMA può essere realizzato attivando le leve programmatorie e gestionali a disposizione del Servizio sanitario nazionale.

Come illustrato nel corso di questo approfondimento, e come messo in luce nei contributi che hanno animato il dibattito condotto nell'ambito della ricerca, il primo profilo sul quale operare riguarda l'effettiva attuazione del finanziamento delle strutture preposte all'erogazione delle prestazioni di procreazione medicalmente assistita. L'inclusione di tali metodiche nei LEA non è, infatti, ancora riuscita a segnare una reale svolta nella garanzia di accesso ed erogazione delle cure, che deve essere perseguita con una programmazione virtuosa, fondata sul reale fabbisogno della popolazione.

Il secondo profilo muove dal presupposto che l'organizzazione delle strutture e dei servizi rappresenta precondizione indispensabile per assicurare effettività e appropriatezza delle tutele. Questo porta alla necessità di perseguire con convinzione il passaggio ad una visione olistica e intersettoriale della procreazione medicalmente assistita, anche grazie alla piena realizzazione del sistema di medicina di prossimità.

L'integrazione dei saperi scientifici e l'interconnessione dei servizi possono, infatti, avvicinare l'assistenza, in tema di prevenzione delle cause

di infertilità e di prestazione delle tecniche di PMA, all'ambiente di vita degli assistiti. In questa prospettiva si muove il DM n. 77/2022, consentendo di superare la frammentazione del modello tradizionale, incentrato sulla realtà ospedaliera, e di realizzare un sistema a rete, diffuso sul territorio, fondato sulla continuità assistenziale, sull'integrazione sociosanitaria e sull'azione coordinata di équipe multidisciplinari. Con la modifica del sistema organizzativo, nella prospettiva della medicina di prossimità, infatti, l'amministrazione sanitaria si apre a logiche di sussidiarietà orizzontale e di *welfare* generativo, in cui il paziente assume un ruolo più consapevole e partecipativo del proprio percorso di cura, con riflessi particolarmente significativi rispetto ai servizi di procreazione medicalmente assistita. In primo luogo, perché la rinnovata attenzione all'interdipendenza tra salute umana e determinanti ambientali può favorire un'azione capillare di educazione e di prevenzione precoce dell'infertilità, radicandola direttamente nelle comunità locali. In secondo luogo, perché il superamento di una gestione frammentata, in favore di moduli organizzativi interconnessi, può garantire una presa in carico globale della coppia. Il complesso *iter* della PMA necessita di un'integrazione costante tra competenze clinico-specialistiche, assistenza territoriale e ineludibile supporto psicologico e sociale. Per questo, innestare i percorsi di procreazione medicalmente assistita all'interno di una rete territoriale efficiente può determinare dinamiche virtuose, in grado di assicurare una reale personalizzazione del trattamento e ridurre i divari nell'erogazione delle prestazioni, che oggi, comprimono l'effettività e l'equità del diritto alla salute procreativa.

## Abstract

Il contributo analizza l'evoluzione e lo stato dell'arte della procreazione medicalmente assistita (PMA) in Italia, dall'introduzione della sua disciplina normativa alla verifica dell'effettiva esigibilità delle sue prestazioni. L'analisi prende le mosse dal quadro giurisprudenziale che, riformando i rigidi divieti della legge n. 40/2004, ha delineato una nozione estesa di salute procreativa, fondata sull'art. 32 della Costituzione e sull'interesse superiore del minore. La salute procreativa viene quindi analizzata nella sua duplice dimensione individuale e collettiva, quest'ultima declinata anche in termini di prevenzione dell'infertilità secondo il modello multidimensionale *One Health*. Viene poi esaminato il tema del finanziamento, rilevando che l'inserimento della PMA nei livelli essenziali di assistenza (LEA), ad opera del DPCM 12 gennaio 2017, non è riuscito a risolvere i sistemici problemi che caratterizzano l'organizzazione sanitaria. Le difformità nella capacità prestazionale delle diverse Regioni e i conseguenti divari territoriali concorrono a determinare forme di povertà sanitaria e di mobilità interregionale, che incide negativamente sulle risorse delle amministrazioni sanitarie di provenienza. Lo studio, sulla scorta delle riforme conseguenti alla crisi pandemica, si sofferma sulle possibili soluzioni che possono derivare da una programmazione virtuosa e dalla valorizzazione della medicina di prossimità. Ciò al fine di ricondurre la tutela della salute procreativa a una logica di rete e di sussidiarietà in grado di ridurre le differenze nell'erogazione delle prestazioni e assicurare effettività al diritto alla salute procreativa.

The essay analyses the evolution and state of the art of assisted reproductive technology (ART) in Italy, from the introduction of its regulatory framework to the verification of the actual accessibility of its services. The analysis takes as its starting point the jurisprudential framework which, by dismantling the strict prohibitions of Law No. 40/2004, has outlined an expanded the concept of reproductive health, grounded in Article 32 of the Constitution and the best interests of the child. Reproductive health is then analysed in its dual individual and collective dimensions, the latter also framed in terms of infertility prevention according to the multidimensional One Health model. The issue of funding is subsequently examined, noting that the inclusion of ART within the Essential

Levels of Care (LEA) by the Prime Ministerial Decree of January 12, 2017, has failed to resolve the systemic problems characterizing healthcare organization. Discrepancies in the service delivery capacity of the different regions and the resulting territorial gaps contribute to creating forms of health poverty and interregional patient mobility, which negatively impacts the resources of the healthcare administrations of origin. Drawing on the reforms following the pandemic crisis, the study focuses on potential solutions arising from effective planning and the enhancement of community-based healthcare. This is intended to realign the protection of reproductive health with a network- and subsidiarity-based logic capable of reducing disparities in service delivery and ensuring the actual effectiveness of the right to reproductive health.

# Genere, rispetto e falsa neutralità: spunti per una rilettura critica dei modelli

di Loredana Giani

Sommario: 1. Rispetto come principio strutturante tra diritto e sapere scientifico. – 2. Eguaglianza sostanziale e intersezionalità: il rispetto nella prospettiva di genere. – 3. Il paradigma di genere come strumento di analisi critica delle asimmetrie giuridiche. – 4. La selezione dei destinatari delle prestazioni come banco di prova della neutralità. – 5. Il rispetto tra eredità costituente e responsabilità scientifica.

## 1. *Rispetto come principio strutturante tra diritto e sapere scientifico*

Il presente contributo vuole offrire una lettura del paradigma della cura attraverso la lente della medicina di genere a partire da una nozione largamente diffusa nel discorso pubblico, ma non sempre adeguatamente compresa nella sua effettiva portata e, talvolta, persino svuotata nel suo significato originario: il rispetto.

Tale concetto non si esaurisce nella dimensione morale o nelle relazioni interpersonali, ma investe i presupposti stessi su cui si fondano i sistemi di conoscenza, le istituzioni e le pratiche collettive. Esso incide, infatti, sui criteri attraverso i quali si stabilisce ciò che viene considerato rilevante, ordinario o meritevole di protezione.

Senza soffermarsi in modo analitico sull'origine etimologica del termine, può tuttavia ricordarsi che "rispetto" deriva dal latino "*respectus*", collegato al verbo "*respicere*", vale a dire "guardare di nuovo", "rivolgere attenzione". In questa accezione il rispetto implica un atto consapevole di attenzione nei confronti dell'altro: uno sguardo non superficiale, ma capace di riconoscere valore e dignità[1].

Non si tratta, dunque, di un sentimento indistinto, né di una mera formalità, bensì di una postura relazionale ed etica che presuppone il riconoscimento dell'altro considerato nella sua dimensione caratterizzante, nei suoi diritti, nella sua integrità e nella sua irriducibilità. Ma il riferimento

[1] Sulla dimensione etico-sociale del rispetto come categoria relazionale e istituzionale cfr. R. Sennett, *Rispetto. La dignità umana in un mondo di diseguali*, Bologna, 2004, *passim*, ove il rispetto è ricostruito come precondizione di un ordine sociale giusto e non come mera cortesia formale.

alla dimensione individuale non consente di ridurre il rispetto a una disposizione puramente soggettiva o a un atteggiamento individuale, perché ciò comporterebbe un impoverimento della sua portata. Proprio perché il rispetto presuppone il riconoscimento dell'altro nella sua concreta situazione, esso non può restare affidato alla sola buona volontà dei singoli: richiede assetti strutturali che ne garantiscono l'effettività anche là dove la relazione interpersonale non è possibile o non è sufficiente. La dimensione che si assume in questa sede è correlata a una diversa prospettiva in cui considerare il rispetto legata alla dimensione pubblica. Questo cambio di prospettiva consente di collocare il rispetto quale parametro orientativo delle politiche, in particolare di quelle sanitarie e distributive, in linea con la dimensione valoriale della nostra Carta costituzionale che ne presuppone la immanenza come precondizione per la garanzia dell'effettività dei diritti fondamentali degli individui.

In tale prospettiva, il rispetto si collega direttamente alla configurazione costituzionale del diritto alla salute come diritto fondamentale della persona e, al tempo stesso, interesse della collettività[2]. Ciò implica che le istituzioni non siano chiamate soltanto a garantire l'accesso alle prestazioni, ma anche a predisporre condizioni effettive di equità, idonee a considerare le differenze che incidono concretamente sull'esercizio dei diritti, cioè tutte quelle condizioni logico-operative dalle quali il rispetto non può prescindere.

Il rispetto si configura, pertanto, come categoria al tempo stesso relazionale e istituzionale, che presuppone il riconoscimento dell'altro all'interno di un sistema di relazioni giuridiche e sociali. Non è sufficiente una generica considerazione: occorre, piuttosto, costruire assetti normativi e organizzativi che ne consentano una reale attuazione. E non è un caso che nel corso del tempo, tale nozione si sia progressivamente ampliata, fino a ricomprendere significati quali attenzione, stima, considerazione e riconoscimento della dignità altrui.

Il rispetto, in questa prospettiva, si configura come un principio regolativo delle relazioni sociali e istituzionali, non esaurendosi, di conseguenza, nel riconoscimento puramente formale della dignità. Esso, infatti,

[2] Sulla duplice dimensione del diritto alla salute *ex* art. 32 Cost. come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività, e sulle implicazioni in termini di doveri organizzativi per le istituzioni, resta fondamentale M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, 769 ss.; v. altresì D. Morana, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2018.

implica una messa in discussione dei presupposti conoscitivi, organizzativi e decisionali alla base dei modelli che vengono proposti come universalmente validi. Ne consegue, pertanto, che il rispetto non appartiene solo alla dimensione etica o interpersonale, dovendo orientare anche la stessa produzione dei saperi, la configurazione delle istituzioni e le pratiche collettive, influenzando i criteri con cui si stabiliscono le priorità, i parametri di "normalità" o ciò che merita protezione. Ma proprio la considerazione del paradigma del rispetto quale chiave di lettura dei rapporti sociali e dei quadri regolatori di riferimento fa emergere una delle principali ambivalenze delle società contemporanee: l'idea di neutralità. I modelli normativi, scientifici e istituzionali che si presentano come neutrali, infatti, invece di garantire una reale imparzialità, tendono a celare il punto di vista da cui prendono forma, elevando una prospettiva particolare a misura generale[3]. Così la neutralità non rappresenta un dato oggettivo, bensì una costruzione: essa può operare come meccanismo di invisibilizzazione delle differenze. Si tratta di un meccanismo di "copertura" che è molto più frequente proprio nei modelli che si presentano come universali, poiché presentano prospettive che producono effetti di esclusione difficilmente percepibili.

Utilizzando il rispetto quale chiave di lettura dei modelli, le criticità del paradigma neutralizzante emergono con maggiore vigore e ciò in quanto esso (il rispetto) non si riduce a un mero riconoscimento formale della dignità, ma richiede una riflessione critica sui presupposti che sorreggono i modelli conoscitivi, organizzativi e decisionali presentati come universalmente validi.

In tale quadro, assumono particolare rilievo i modelli di genere, che più che riconoscere la pluralità delle esperienze, tendono a prescrivere identità e comportamenti valorizzando le differenze nella consapevolezza che l'assenza di un adeguato riconoscimento delle differenze rilevanti non rappresenta una forma di imparzialità, bensì una modalità più sottile di mancato rispetto, in quanto rende invisibili e marginalizza le soggettività che non si conformano al modello assunto come riferimento.

Proprio questo deficit di riconoscimento costituisce il fondamento delle molteplici forme di discriminazione che caratterizzano le società contemporanee. Tali dinamiche non si esprimono sempre in maniera

[3] Cfr. S. Grilli, M.C. Vesce, *Spunti per una riflessione sui modelli normativi di genere e sessualità*, in *Illuminazioni*, 2021, 55, 59 ss.

esplicita, ma operano spesso attraverso norme, pratiche e criteri che si dichiarano neutrali, pur producendo effetti svantaggiosi per alcuni gruppi.

Si tratta, in particolare, di fenomeni di discriminazione indiretta, difficili da individuare proprio perché originati da dispositivi che si presentano come imparziali[4]. In questo contesto, tali dinamiche si intrecciano con i problemi della giustizia distributiva, particolarmente evidenti nel settore sanitario.

L'eguaglianza, infatti, non può essere intesa come semplice uniformità nella distribuzione delle risorse, ma deve essere declinata in termini di equità, vale a dire come capacità del sistema di compensare gli svantaggi e garantire condizioni effettive di accesso alle cure.

Le discriminazioni indirette rappresentano una delle forme più insidiose di diseguaglianza, proprio perché derivano da modelli che non tengono conto delle differenze rilevanti. In ambito sanitario, ciò si traduce spesso nell'adozione di protocolli e linee guida apparentemente neutrali, che finiscono per produrre effetti discriminatori legati al sesso e al genere. Si tratta di fenomeni sistemici, spesso invisibili perché incorporati nel funzionamento ordinario delle istituzioni e non di rado, i tentativi di renderli visibili vengono ridimensionati o derisi attraverso stereotipi e semplificazioni, che rappresentano una forma sottile di violenza simbolica.

Queste dinamiche incidono in modo significativo soprattutto sulle donne e sulle soggettività non conformi, alimentandosi proprio laddove il rispetto viene negato o svuotato di contenuto.

Il quadro così sinteticamente richiamato nei suoi tratti essenziali si complica ulteriormente se si considera che le discriminazioni, inoltre, non agiscono in maniera separata, ma si articolano attraverso l'intreccio di molteplici fattori – quali il genere, l'età, le condizioni socio-economiche, l'origine e lo stato di salute – che concorrono a definire concretamente la collocazione delle persone all'interno dei sistemi di cura, valorizzando quella dimensione della complessità che consente di cogliere come le diseguaglianze non siano riconducibili alla semplice somma di vulnerabilità, ma derivino dalla loro interazione[5].

Prima di procedere nell'analisi, appare opportuno precisare la portata

[4] Sul concetto di discriminazione indiretta e sulle sue implicazioni sistemiche v. B.G. Bello, *Intersezionalità. Teorie e pratiche tra diritto e società*, Milano, 2020, 45 ss.

[5] Sul concetto di intersezionalità come strumento analitico e giuridico v. P. Parolari, *Identità, transdifferenza, intersezionalità: (con)vivere da eguali nella diversità*, in *Riv. di fil dir.*, 2014, spec. 1 ss., ove l'identità è ricostruita come intersezione dinamica di differenze.

della nozione di rispetto qui assunta, distinguendola dai concetti limitrofi con i quali essa intrattiene una relazione stretta ma non sovrapponibile. Il rispetto non si identifica con la dignità, né con il riconoscimento, né con l'eguaglianza sostanziale, pur essendo intimamente connesso a ciascuna di queste categorie e, in un certo senso, costituendone la traduzione operativa.

La dignità, sancita dall'art. 2 della Costituzione, rappresenta il fondamento assiologico cui il rispetto si riferisce: essa esprime il valore intrinseco della persona che il rispetto presuppone e rende visibile. L'eguaglianza sostanziale, enunciata dall'art. 3, secondo comma, costituisce invece la direzione normativa verso la quale il rispetto si orienta: l'obiettivo, cioè, della rimozione degli ostacoli che, di fatto, limitano libertà e eguaglianza. Il riconoscimento, a sua volta, ne rappresenta la precondizione relazionale, l'atto conoscitivo attraverso cui l'altro – e le sue differenze rilevanti – diventa visibile all'interno dei sistemi normativi.

In questa prospettiva, il rispetto si configura come il criterio operativo che consente di tradurre dignità, riconoscimento ed eguaglianza sostanziale in pratiche istituzionali verificabili. Esso indica la modalità attraverso cui i principi trovano attuazione nelle scelte organizzative e nei dispositivi regolatori, svolgendo così una funzione di raccordo tra il piano dei valori e quello della loro effettività. Ed è proprio in questa dimensione operativa che il rispetto acquisisce una valenza propriamente giuridica: non come sentimento o disposizione soggettiva, ma come parametro orientativo delle politiche pubbliche e come criterio di verifica della loro inclusività. Ed è in questa accezione che il concetto verrà utilizzato nel prosieguo della presente analisi.

## 2. *Eguaglianza sostanziale e intersezionalità: il rispetto nella prospettiva di genere*

L'idea di rispetto acquista un significato pieno soltanto se viene collocata all'interno delle condizioni concrete in cui i diritti prendono forma. Non è sufficiente, infatti, riconoscere un soggetto astratto titolare di diritti: ciò che rileva è comprendere come tali diritti siano effettivamente esercitabili nelle situazioni reali, segnate da differenze e diseguaglianze. A questo fine, un contributo significativo proviene dalla categoria della intersezionalità, elaborata a partire dalla fine degli anni Ottanta negli studi

giuridico-sociologici statunitensi – in particolare da Kimberlé Crenshaw[6], nell'ambito della *Critical Race Theory* – per analizzare le forme di discriminazione che si producono all'incrocio di più fattori di vulnerabilità e che non sono riducibili alla somma delle singole categorie protette. L'osservazione originaria muoveva dalla constatazione che le donne afroamericane subivano discriminazioni che non erano pienamente descrivibili né come discriminazioni di genere né come discriminazioni razziali, ma derivavano dalla specifica intersezione di queste due dimensioni. La categoria, progressivamente assunta anche dal dibattito giuridico europeo, si è rivelata uno strumento utile per leggere le asimmetrie prodotte da norme formalmente neutre su soggetti che si collocano simultaneamente in più posizioni svantaggiate, e ha trovato significativi riscontri nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di discriminazioni multiple.

In questo senso, la prospettiva intersezionale consente di spostare lo sguardo: non più un individuo neutro e indistinto, ma persone situate, la cui esperienza giuridica è attraversata da una pluralità di fattori che incidono simultaneamente. Genere, condizioni economiche, età, stato di salute, origine sociale non operano separatamente, ma si combinano tra loro, dando luogo a configurazioni specifiche di vantaggio o svantaggio. E nel momento in cui queste intersezioni vengono ignorate, il principio di eguaglianza rischia di ridursi a una formula formale, incapace di incidere sulla realtà facendo fallire anche gli obiettivi del sistema universalistico meglio congegnato. Regole identiche applicate a situazioni profondamente diverse finiscono per produrre effetti diseguali, legittimando forme di esclusione che restano difficilmente percepibili proprio perché inscritte nel funzionamento ordinario delle istituzioni. E proprio la considerazione di questi elementi fa emergere il limite della cosiddetta "eguaglianza formale": trattare tutti allo stesso modo non garantisce necessariamente giustizia. Al contrario, può contribuire a consolidare squilibri preesistenti, trasformando l'uniformità in un fattore di riproduzione incrementale delle diseguaglianze.

---

[6] K. Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1989, 139 ss.; Id., *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color*, in *Stanford Law Review*, 43, 1991, 1241 ss. Per la ricezione italiana del concetto v., oltre a B.G. Bello, *Intersezionalità*, cit., anche L. Giolo, L. Re (a cura di), *La soggettività politica delle donne. Proposte per un lessico critico*, Roma, 2014.

Assumere sul serio l'intersezionalità significa, invece, riconoscere che l'eguaglianza richiede differenziazione. Non nel senso di privilegiare alcuni soggetti, ma di tenere conto delle condizioni effettive in cui si collocano le persone, così da rendere realmente accessibili i diritti.

In questa prospettiva, il rispetto non si traduce in un trattamento indifferenziato, ma implica una capacità di lettura delle situazioni concrete. Esso richiede di interrogarsi su come le norme operano nella realtà, su quali effetti producono e su quali soggetti risultano, di fatto, avvantaggiati o penalizzati, considerando le molteplici caratteristiche del contesto.

Questo modo di intendere il rispetto si avvicina alle teorie delle capacità elaborate da Amartya Sen e Martha Nussbaum, nella misura in cui entrambe pongono al centro non soltanto i diritti formalmente riconosciuti, ma le condizioni che rendono possibile il loro effettivo esercizio. L'approccio delle capabilities valuta, infatti, la giustizia di un ordinamento non sulla base delle risorse astrattamente disponibili, ma sulla capacità di ciascuno di convertire quelle risorse in reali possibilità di essere e di fare – in *functionings*, secondo la formula di Sen –, riconoscendo che la medesima dotazione di mezzi può tradursi, in contesti e per soggetti diversi, in gradi assai differenti di libertà concreta. Non basta, quindi, affermare che un diritto esiste: occorre verificare se le persone dispongano dei mezzi per farlo valere e se le condizioni materiali, culturali e istituzionali consentano di tradurre la titolarità del diritto in una sua reale fruizione.

L'eguaglianza sostanziale si colloca proprio in questa dimensione. Essa non coincide con la mera proclamazione di diritti, ma implica la costruzione di contesti che consentano alle persone di sviluppare le proprie possibilità, nel rispetto delle loro caratteristiche individuali. E la considerazione della dimensione sostanziale dell'eguaglianza proietta il quadro istituzionale in una prospettiva diversa in cui emerge la dimensione della doverosità rapportata alla funzione di garanzia della effettività dei diritti. Una dimensione che comporta un intervento attivo delle istituzioni, chiamate a rimuovere gli ostacoli che limitano, in concreto, la libertà e la dignità.

Da questo punto di vista, ignorare le differenze attraverso l'imposizione di modelli universali non rappresenta neutralità, ma una forma di disconoscimento. Significa non vedere – o non voler vedere – le condizioni reali in cui i diritti vengono esercitati, con il risultato di rafforzare dinamiche di esclusione già esistenti. Al contrario, una concezione sostanziale dell'eguaglianza impone di riconoscere che le differenze non sono un

elemento marginale, ma costituiscono il punto di partenza per costruire politiche e regole più giuste. Il rispetto, in questo quadro, diventa il criterio attraverso cui valutare se il sistema giuridico sia effettivamente in grado di includere, oppure se continui a operare secondo modelli astratti che non corrispondono alla realtà sociale.

In definitiva, il passaggio dalla parità formale all'equità segna anche un mutamento nel modo di concepire il rispetto: non più come semplice riconoscimento astratto, ma come pratica concreta di giustizia, che si misura nella capacità di rendere i diritti realmente fruibili da tutti.

## 3. *Il paradigma di genere come strumento di analisi critica delle asimmetrie giuridiche*

In questo contesto di riferimento, il tema del genere merita di essere affrontato sottraendolo a semplificazioni che lo riducono a fenomeno recente o a posizione ideologica contingente. Piuttosto che una costruzione effimera, esso va considerato come una lente interpretativa attraverso cui leggere la complessità delle esperienze umane e delle differenze che attraversano le vite delle persone. In questa prospettiva, il genere non coincide con una mera rivendicazione identitaria, ma si configura anzitutto come una questione di rispetto, inteso come riconoscimento delle molteplici dimensioni – corporee, biografiche e sociali – che definiscono l'esistenza individuale. Come chiave di lettura di quella complessità identitaria e di contesto che offrono quel sostrato conoscitivo per costruire il percorso verso la effettività dei diritti.

Assunto come categoria analitica, il genere permette di mettere in discussione quei modelli normativi impliciti che, nel tempo, si sono affermati come naturali o neutrali, orientando l'organizzazione dei sistemi giuridici, sociali e scientifici. Tali modelli si sono spesso consolidati attorno a una logica binaria, fondata sulla contrapposizione maschile/femminile, che ha esercitato una funzione regolativa non solo sul piano simbolico, ma anche su quello istituzionale e normativo[7]. In questa chiave, il genere non rappresenta una sovrastruttura ideologica, bensì uno strumento conoscitivo capace di rendere visibili squilibri e asimmetrie prodotti da criteri apparentemente universali, ma in realtà costruiti a partire da esperienze

[7] Sul genere come strumento conoscitivo e critico dei modelli normativi v. Aa.Vv., *Decostruzione delle categorie di genere e contraddizioni dell'esercizio del potere*, cit., spec.1-3.

parziali. L'analisi di genere consente quindi di interrogare criticamente i processi attraverso cui alcune differenze vengono riconosciute, mentre altre vengono neutralizzate o rese irrilevanti. Non si limita a descrivere la realtà, ma incide sui criteri stessi di selezione e gerarchizzazione delle differenze all'interno dei sistemi normativi e delle pratiche istituzionali[8].

Adottare questa prospettiva implica riconoscere che l'eguaglianza giuridica non può fondarsi su un'astrazione indifferenziata, ma richiede un continuo lavoro di revisione dei modelli che si presentano come universali. La presunta neutralità dei saperi e delle istituzioni, infatti, lungi dal garantire imparzialità, ha spesso operato come meccanismo di riproduzione di assetti gerarchici, contribuendo a occultare le differenze e a produrre inclusioni diseguali[9]. Da qui la necessità di superare una logica di "cecità alle differenze" per approdare a una logica del riconoscimento, nella quale il rispetto si traduce nella capacità di rendere visibili le condizioni concrete che incidono sull'effettivo esercizio dei diritti. In questo senso, il rispetto assume una dimensione sistemica e diventa elemento costitutivo del principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione.

Come già ribadito, l'eguaglianza, infatti, non può essere ridotta alla sola parità formale, ma si configura come un progetto normativo che richiede interventi attivi per rimuovere gli ostacoli che limitano la libertà e la dignità delle persone. E così, la pari dignità sociale non è un presupposto dato, bensì un obiettivo da realizzare attraverso politiche capaci di incidere sulle condizioni materiali e sui contesti di vita[10].

In questa prospettiva, anche ambiti come la salute e l'organizzazione dei sistemi sanitari sono chiamati a confrontarsi con un'idea sostanziale di eguaglianza. La medicina di genere rappresenta un esempio significativo di questo ripensamento, poiché mette in discussione il modello del paziente neutro e mostra come l'applicazione di protocolli standardizzati possa produrre esiti diseguali e, quindi, ingiusti[11]. Basti pensare, a titolo esempli-

---

[8] Cfr. S. Grilli, M.C. Vesce, *Spunti per una riflessione sui modelli normativi di genere e sessualità*, cit., 59 ss., sul carattere normativo e non descrittivo del binarismo di genere.

[9] In questa prospettiva v. anche P. Parolari, *Identità, transdifferenza, intersezionalità: (con)vivere da eguali nella diversità*, cit., ove l'identità è letta come equilibrio dinamico tra differenze plurime.

[10] Sul rapporto tra genere, potere e produzione delle norme sociali cfr. Aa.Vv., *Decostruzione delle categorie di genere e contraddizioni dell'esercizio del potere*, cit., 2 ss.

[11] Cfr. S. Grilli, M.C. Vesce, *Spunti per una riflessione sui modelli normativi di genere e sessualità*, cit., ove si ricostruisce criticamente la persistenza del nesso deterministico tra

ficativo, alla diagnosi dell'infarto del miocardio, tradizionalmente costruita sulla sintomatologia tipicamente maschile – dolore toracico irradiato al braccio sinistro – mentre nelle donne l'evento si manifesta frequentemente con stanchezza, nausea o dolore alla mascella, con la conseguenza di ritardi diagnostici e di una più elevata mortalità femminile per cause cardiovascolari. Oppure si consideri il campo della farmacologia, ove posologie calibrate su parametri maschili hanno prodotto, nel tempo, effetti avversi documentati sulle pazienti di sesso femminile. Si tratta di casi nei quali la presunta neutralità del paradigma clinico si è risolta in una sistematica sottostima delle specificità del corpo femminile, con conseguenze dirette sull'appropriatezza delle cure e sull'effettività del diritto alla salute.

La potenzialità euristica della categoria di genere emerge con particolare chiarezza quando essa è messa in relazione con altri fattori di vulnerabilità. Non è infatti il genere in sé, astrattamente considerato, a generare esclusione, bensì la sua interazione con condizioni materiali, culturali e sociali che ne amplificano o trasformano gli effetti. Sotto questo profilo, l'analisi di genere non costituisce una prospettiva autosufficiente, ma acquista pieno valore conoscitivo solo se integrata da una lettura capace di cogliere il gioco combinato delle diverse dimensioni che incidono sull'esercizio dei diritti.

Un ulteriore livello di complessità emerge quando il genere viene analizzato in una prospettiva interferenziale, e cioè in relazione ad altri fattori di vulnerabilità, come la condizione economica. La povertà e il genere non operano infatti come variabili indipendenti, ma si intrecciano secondo dinamiche che amplificano le diseguaglianze. L'approccio intersezionale consente di cogliere queste interazioni, evidenziando come differenti forme di svantaggio si sovrappongano e si rafforzino reciprocamente, producendo effetti che non sono riducibili alla somma delle singole discriminazioni[12]. In tale quadro, il genere si configura come fattore strutturante della povertà, mentre la povertà stessa incide sulle possibilità concrete di autodeterminazione e accesso ai diritti. Ne derivano forme di esclusione che colpiscono in modo particolare le donne e, ancor più, le soggettività che si collocano ai margini dei modelli normativi dominan-

sesso e genere nei saperi scientifici e giuridici.

[12] Sul principio di eguaglianza come criterio sostanziale e relazionale v. B.G. Bello, *Intersezionalità. Teorie e pratiche tra diritto e società*, cit., 67 ss., ove l'intersezionalità è letta come strumento di attuazione dell'art. 3 Cost.

ti. Questo intreccio rende evidenti i limiti degli approcci universalistici o formalmente neutri, i quali rischiano di riprodurre le diseguaglianze che intendono contrastare[13]. Le analisi sui modelli di genere mostrano inoltre come la costruzione sociale del femminile continui a incorporare aspettative di cura e disponibilità che, soprattutto in contesti di scarsità, si traducono in maggiore esposizione alla precarietà, al lavoro non retribuito e alla dipendenza economica. Parallelamente, la povertà agisce come moltiplicatore di tali diseguaglianze, limitando l'accesso ai diritti fondamentali e alle opportunità di partecipazione sociale.

In questo contesto, il rispetto assume una funzione operativa: esso diventa criterio per orientare politiche pubbliche capaci di tenere conto delle condizioni concrete e situate delle persone. Ciò implica adottare una prospettiva intersezionale che consenta di individuare e affrontare le vulnerabilità nella loro dimensione reale, evitando che criteri formalmente eguali producano esclusioni sistematiche.

La centralità della categoria di genere emerge con particolare evidenza nei contesti in cui si intrecciano sapere giuridico e sapere medico. In questi ambiti, il ricorso a criteri ritenuti oggettivi ha spesso contribuito a consolidare modelli rigidi di identità, assumendo come universale un paradigma costruito su esperienze parziali[14].

Le soggettività che non si conformano a tali modelli non costituiscono anomalie marginali, ma evidenziano i limiti di un sistema fondato sull'idea di un soggetto astratto e indifferenziato rapportato a un parametro di normalità. È soprattutto nel campo sanitario che tali limiti risultano evidenti, incidendo sull'accesso alle cure, sulla definizione dei percorsi terapeutici e sulla stessa rappresentazione dei corpi.

Il sapere medico, nel presentarsi come neutro, ha spesso svolto una funzione di normalizzazione, tracciando confini tra ciò che è considerato fisiologico e ciò che viene definito deviante. In questo scenario, il rispetto non riguarda soltanto il riconoscimento formale dei diritti, ma investe la possibilità stessa per le persone di essere riconosciute come soggetti legittimi di cura, consentendo loro di accedere a cure appropriate che il sistema potrebbe offrire.

---

[13] Sul superamento del paradigma neutro in ambito sanitario e sulle implicazioni della medicina di genere v. Aa.Vv., *Decostruzione delle categorie di genere e contraddizioni dell'esercizio del potere*, cit., spec. 1-3.

[14] Cfr. F. Deriu, *Genere, trasversalità e intersezionalità: la proposta (mancata) del Pnrr*, in *Rivista delle Politiche Sociali*, 2021, 2, 227 ss.

Mettere in discussione questi modelli significa aprire uno spazio critico per ripensare le pratiche giuridiche e sanitarie, orientandole verso una maggiore attenzione alle differenze e alle esperienze concrete, nella prospettiva di un'eguaglianza effettiva e inclusiva[15] [16].

## 4. *La selezione dei destinatari delle prestazioni come banco di prova della neutralità*

È in questo quadro che si colloca il tema della procreazione medicalmente assistita, quale ambito emblematico in cui l'intreccio tra sapere medico, diritto e modelli normativi di genere incide in modo diretto sulla definizione dei soggetti legittimati ad accedere alle cure. La disciplina della PMA rappresenta uno dei terreni nei quali più chiaramente emergono le tensioni tra neutralità apparente delle regole e produzione di effetti discriminatori.

I criteri di accesso alla PMA, infatti, lungi dall'essere meri requisiti tecnici o sanitari, incorporano una determinata rappresentazione della famiglia, della genitorialità e dei corpi, che riflette modelli normativi specifici e non neutri. In tal senso, le politiche pubbliche, e in particolare quelle sanitarie non possono essere considerate neutrali, poiché riflettono scelte distributive e criteri di priorità che incidono sull'accesso alle prestazioni, bilanciando anche la dimensione economica correlata al costo delle prestazioni. La definizione dei requisiti di accesso, infatti, implica sempre una selezione tra bisogni e soggetti, che può produrre effetti di esclusione anche in assenza di un intento discriminatorio esplicito.

La disciplina italiana della procreazione medicalmente assistita, introdotta con la legge 19 febbraio 2004, n. 40, costituisce un'esemplificazione particolarmente nitida di questa dinamica. Il testo originario della legge, fondato su una rigida delimitazione dei soggetti legittimati – coppie di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi – e sul divieto di fecondazione eterologa, di diagnosi preimpianto e di selezione degli embrioni, è stato progressivamente eroso dalla giurisprudenza costituzionale, la quale ne ha ridefinito la portata in

[15] Sul carattere strutturale delle disuguaglianze prodotte dai modelli normativi di genere v. S. Grilli, M.C. Vesce, *Spunti per una riflessione sui modelli normativi di genere e sessualità*, cit., 60 ss.

[16] Sul carattere regolativo ed escludente del binarismo di genere cfr. Aa.Vv., *Decostruzione delle categorie di genere e contraddizioni dell'esercizio del potere*, cit., 2-3.

coerenza con il principio di autodeterminazione e con il diritto alla salute. Dalla sentenza dell'8 maggio 2009, n. 151, che ha dichiarato l'illegittimità del limite fisso di tre embrioni da impiantare contestualmente, alla sentenza del 10 giugno 2014, n. 162, che ha rimosso il divieto di fecondazione eterologa, fino alla sentenza del 5 giugno 2015, n. 96, che ha esteso l'accesso alla diagnosi preimpianto alle coppie fertili portatrici di patologie genetiche trasmissibili, e alla sentenza dell'11 novembre 2015, n. 229 in tema di reato di selezione embrionaria, la Corte ha progressivamente smontato un impianto normativo costruito attorno a una rappresentazione specifica della famiglia e della genitorialità, facendone emergere la non neutralità. Più recentemente, la sentenza del 23 ottobre 2019, n. 221, ha confermato l'esclusione delle coppie dello stesso sesso dall'accesso alle tecniche, ma ha rimesso espressamente al legislatore la valutazione di un'eventuale estensione, segnalando così come la delimitazione dei soggetti legittimati non si fondi su un dato naturale, ma su una scelta politica storicamente contingente. Questa stratificazione giurisprudenziale rende evidente come i criteri di accesso alla PMA incorporino una determinata rappresentazione dei corpi, delle relazioni affettive e dei ruoli genitoriali, e come la loro apparente neutralità tecnica celi, in realtà, opzioni assiologiche suscettibili di produrre – in assenza di una verifica costante alla luce del principio del rispetto – effetti di esclusione indiretta nei confronti di soggettività che non si conformano al modello assunto come implicito[17].

Nel dibattito relativo alla procreazione medicalmente assistita, il richiamo alla tutela della salute e all'interesse del nascituro viene frequentemente utilizzato per giustificare opzioni normative di carattere restrittivo. Tuttavia, tale argomentazione rischia di celare un dato essenziale: la definizione dei soggetti ammessi alle tecniche di PMA non si fonda esclusivamente su criteri clinici, ma riflette anche scelte di valore e configurazioni culturali storicamente determinate, che incidono sulla delimitazione dell'accesso ai diritti riproduttivi. In questo contesto, il contributo della medicina di genere si rivela particolarmente significativo in quanto

[17] Corte costituzionale 8 maggio 2009, n. 151; Corte costituzionale 10 giugno 2014, n. 162; Corte costituzionale 11 novembre 2015, n. 96; Corte costituzionale 11 novembre 2015, n. 229; Corte costituzionale 23 ottobre 2019, n. 221. Per una ricostruzione d'insieme v. C. Tripodina, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2014, 2, 67 ss.; A. Ruggeri, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore. (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consulta Online*, 2021.

essa ha evidenziato come l'adozione di un modello standardizzato del corpo umano, presentato come neutro, abbia prodotto effetti distorsivi sia sul piano diagnostico sia su quello terapeutico. La presunta neutralità del paradigma medico ha infatti contribuito a rendere invisibili differenze biologiche e sociali rilevanti, compromettendo l'appropriatezza delle cure e l'effettività del diritto alla salute. E già da questi rapidi richiami risulta evidente che, se si vuole adottare una prospettiva tesa a garantire una eguaglianza effettiva, il rispetto non può essere ridotto a un principio etico astratto, ma deve assumere una dimensione operativa, traducendosi in criteri capaci di orientare concretamente le scelte normative e organizzative. In questa prospettiva risulta chiaro come la questione di genere si configuri anzitutto come una questione di rispetto: rispetto per l'altro nella sua specificità, condizione imprescindibile per la tenuta di un ordinamento democratico e per la tutela effettiva della dignità umana.

## 5. *Il rispetto tra eredità costituente e responsabilità scientifica*

È proprio a partire da questa consapevolezza che non si possono non condividere quelle letture critiche che hanno progressivamente messo in discussione l'idea di una medicina neutra, aprendo lo spazio a un approccio critico capace di interrogare il ruolo del genere nella costruzione del sapere medico. E si tratta di una questione non nuova che aveva trovato un significativo riscontro già nel dibattito costituente. Angela Guidi Cingolani, tra le poche donne presenti nell'Assemblea, denunciava con chiarezza come il regime fascista avesse ridotto le donne a strumenti della politica demografica, negandone la dignità e la soggettività[18]. Le sue parole restituiscono la consapevolezza che il corpo femminile sia stato storicamente uno dei principali ambiti di esercizio del potere, attraverso processi di riduzione della persona a funzione e di negazione del rispetto. La riflessione costituente consente di cogliere come il principio di eguaglianza, sancito dall'articolo 3 della Costituzione, rappresenti anche una risposta a tali dinamiche di dominio. Esso si configura non solo come

[18] Cfr. L'intervento di A. Guidi Cingolani in *Atti dell'Assemblea Costituente*, seduta pomeridiana del 18 marzo 1947. Sul ruolo delle "Madri costituenti" nella definizione del principio di eguaglianza v. M. D'Amico, *Una donna, un voto. Il suffragio femminile in Italia*, Milano, 2020, nonché, più in generale, il volume E. Di Caro, *Le Madri della Costituzione,* Il Sole 24Ore, 2021.

garanzia formale, ma come strumento volto a contrastare ogni forma di subordinazione, riaffermando il rispetto quale limite invalicabile rispetto a pratiche di controllo sui corpi e sulle differenze. Nonostante tali premesse, il divario tra eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale rimane ancora significativo. Ciò dipende, in larga misura, dalla difficoltà di affermare una concezione dell'eguaglianza come regola operativa, anziché come semplice descrizione delle opportunità esistenti, e ciò nella consapevolezza, determinata dalla necessità di garantire l'effettività, che l'eguaglianza non può essere valutata prescindendo dal contesto, né può essere definita in astratto: richiede di interrogarsi su "uguaglianza tra chi" e "uguaglianza rispetto a cosa", tenendo conto delle condizioni di partenza che incidono concretamente sulla possibilità di esercitare i diritti.

In questo quadro, la pari dignità sociale assume una funzione di raccordo tra dimensione formale e sostanziale dell'eguaglianza. Essa richiama la necessità di collocare lo sviluppo dei diritti individuali all'interno di una dimensione collettiva, nella quale trovi spazio il rispetto delle identità individuali. Ciò implica distinguere chiaramente tra etica e ideologia: la prima orientata alla ricerca di principi condivisibili e universalizzabili, la seconda caratterizzata da una tendenza a imporre visioni particolari, con effetti potenzialmente escludenti.

Proprio da questa distinzione tra etica e ideologia occorre muovere per valutare una critica ricorrente nei confronti della medicina di genere: quella secondo cui essa introdurrebbe nel sapere clinico considerazioni estranee al dato scientifico, piegando la diagnosi e la terapia a logiche identitarie e rivendicative. Tale rilievo muove dall'assunto che la medicina, per sua natura, sarebbe un sapere neutro e oggettivo, e che l'introduzione della variabile di genere ne costituirebbe una contaminazione ideologica. In realtà, la critica si regge su un presupposto indimostrato – la neutralità del paradigma medico tradizionale – che è proprio ciò che la medicina di genere, sulla base di un'ampia letteratura scientifica, mette in discussione. Non è la medicina di genere a introdurre arbitrariamente differenze: essa si limita a rendere visibili differenze storicamente trascurate. In questo senso, essa non produce diseguaglianze, ma consente di riconoscerle, evidenziando asimmetrie che, se ignorate, si traducono in trattamenti inadeguati, incidendo sulla appropriatezza della cura. Il rispetto, in questa prospettiva, assume una funzione propriamente operativa: diventa criterio per valutare le politiche sanitarie e per verificare se esse siano effettiva-

mente inclusive o se, al contrario, generino esclusioni sistemiche.

L'affermazione della medicina di genere che evidentemente supera il solo ambito riproduttivo[19] si colloca, dunque, all'interno di un più ampio processo di revisione critica dei paradigmi scientifici e giuridici. Essa invita a interrogarsi su quali corpi siano stati storicamente assunti come modello e su quali, invece, siano stati marginalizzati. Tale approccio prende le mosse dalla consapevolezza che non esistono modelli realmente neutri e che la loro presunta universalità ha prodotto lacune significative nella comprensione delle patologie e nella qualità delle cure, in particolare per le donne.

Affermatosi, come sappiamo, negli anni '80 del secolo scorso, l'approccio alla medicina di genere trova una tappa significativa nel '93 negli Stati Uniti, quando fu approvato il *National Institutes of Health Revitalization Act*, che obbligava a includere le donne e le minoranze negli studi clinici, per diffondersi lentamente, molto lentamente, più lentamente della "lumaca di Sepulveda", con riferimento alla nostra esperienza, visto che la medicina di genere, come parte integrante del nostro sistema sanitario nazionale è stata introdotta soltanto con la legge 11 gennaio 2018, n. 3[20].

[19] Le differenze di genere nella salute non riguardano soltanto l'ambito riproduttivo, come a lungo erroneamente si è ritenuto, ma investono l'intera fisiologia e patologia umana. Le malattie cardiovascolari, ad esempio, si manifestano nelle donne con sintomatologie spesso atipiche rispetto al quadro "classico" descritto sulla base di studi condotti prevalentemente su soggetti di sesso maschile: l'infarto del miocardio nelle donne si presenta frequentemente con stanchezza, nausea, dolore alla mascella o alla schiena piuttosto che con il tipico dolore toracico, con la conseguenza che tali episodi vengono diagnosticati in ritardo o erroneamente attribuiti ad ansia o a disturbi gastrointestinali. Analoghe disparità emergono nel campo delle malattie autoimmuni – che colpiscono le donne in misura sproporzionata –, della farmacologia, ove la posologia standard è stata storicamente calibrata sul peso e sul metabolismo maschile con effetti avversi documentati nelle pazienti di sesso femminile, e della salute mentale, ove le donne sono più esposte a disturbi d'ansia e depressione ma continuano a ricevere diagnosi e trattamenti elaborati su paradigmi maschili. Questi dati non sono meramente statistici: essi rivelano il fallimento etico di un sistema che, nella pretesa di essere universale, ha sistematicamente prodotto cure inadeguate per metà della popolazione. Il rispetto, inteso come attenzione autentica all'altro nella sua specificità corporea e biografica, impone di riconoscere tali fallimenti e di costruire risposte normative e organizzative all'altezza della complessità rivelata dalle evidenze scientifiche.

[20] Il riferimento è alla l. n. 3/2018, recante «Delega al Governo in materia di sperimentazione clinica di medicinali nonché disposizioni per il riordino delle professioni sanitarie e per la dirigenza sanitaria del Ministero della salute», il cui art. 3 introduce

Un ingresso che, tuttavia, non ha prodotto un cambiamento significativo di approccio e di cultura nel sistema sanitario, tuttora dominato da logiche diverse. Il riconoscimento della rilevanza delle differenze di genere nella costruzione del sapere medico non implica, evidentemente, l'abbandono di ogni limite normativo: non si tratta di affermare che ogni richiesta debba essere accolta, né di rinunciare al bilanciamento tra valori costituzionali concorrenti[21]. Si tratta, piuttosto, di ripensare i criteri di legittimazione delle scelte normative, assumendo come riferimento principi etici condivisi e universalizzabili, e non visioni ideologiche che, muovendo da prospettive particolari, tendono a imporsi come misura generale.

Le differenze tra uomini e donne non si esauriscono nella dimensione anatomica o riproduttiva, ma investono aspetti fisiologici, patologici, farmacologici e socioculturali. Ignorarle ha comportato, nel tempo, diagnosi tardive, errori terapeutici e una sistematica sottovalutazione di condizioni specifiche. La neutralità del modello medico tradizionale ha così coinciso,

---

per la prima volta nell'ordinamento italiano l'obbligo di applicazione e diffusione della medicina di genere all'interno del Servizio sanitario nazionale, attraverso un apposito Piano adottato con decreto del Ministero della salute del 13 giugno 2019. Per un primo commento v. F. Deriu, *Genere, trasversalità e intersezionalità: la proposta (mancata) del Pnrr*, cit., 227 ss.

[21] Le ragioni di questa perdurante distanza tra norma e prassi sono molteplici e meritano un'analisi attenta, perché il rispetto non può esaurirsi nella proclamazione legislativa. In primo luogo, la formazione medica universitaria in Italia non ha ancora integrato in modo sistematico la prospettiva di genere nei curricula delle facoltà di medicina: la medicina di genere continua ad essere trattata come un'area specialistica opzionale piuttosto che come una dimensione trasversale e fondativa del sapere clinico. Questo significa che generazioni di medici hanno completato la propria formazione senza acquisire gli strumenti conoscitivi necessari per riconoscere le differenze di genere nelle manifestazioni patologiche, con conseguenze dirette sulla qualità delle diagnosi e delle terapie. In secondo luogo, la ricerca scientifica biomedica è ancora ampiamente dominata da un bias di genere nei protocolli sperimentali: gli studi clinici continuano a sovrarappresentare i soggetti di sesso maschile, tanto nella fase di sperimentazione animale quanto in quella clinica sull'essere umano, rendendo i dati disponibili strutturalmente inadeguati a fondare pratiche di cura differenziate per genere. In terzo luogo, la governance del sistema sanitario non ha prodotto indicatori di monitoraggio adeguati a misurare l'effettiva implementazione dei principi sanciti dalla legge 11 gennaio 2018, n. 3: mancano meccanismi di verifica sull'adozione di linee guida sensibili al genere, sull'equità degli accessi e sull'appropriatezza delle terapie differenziate. Il rispetto, in questa dimensione istituzionale, richiede non solo l'enunciazione di principi, ma la costruzione di strumenti di accountability capaci di rendere visibili le lacune e di orientare le politiche correttive.

nella pratica, con l'assunzione del corpo maschile come paradigma universale, con effetti rilevanti sull'equità delle cure.

Più in generale, tali dinamiche impongono di interrogarsi criticamente sul principio universalista che permea la teoria dei diritti fondamentali, verificando se e in che misura la libertà di ricerca scientifica possa dirsi effettivamente neutra, indipendentemente dai soggetti coinvolti. In questo senso, la medicina di genere rappresenta un punto di osservazione privilegiato per mettere in discussione l'apparente neutralità dei saperi e per orientare il loro sviluppo verso una maggiore attenzione alle differenze e alla dignità delle persone.

Non a caso, i costituenti hanno concepito l'eguaglianza come un principio dotato di forza trasformativa, capace di incidere sulle condizioni materiali della società. L'inserimento dell'espressione "di fatto", frutto del contributo decisivo di Teresa Mattei nell'ambito dei lavori della Commissione dei Settantacinque, evidenzia con particolare chiarezza la volontà di superare una visione meramente formale dell'eguaglianza, imponendo l'adozione di misure idonee a rimuovere gli ostacoli che limitano concretamente la libertà e l'eguaglianza dei cittadini[22].

Senza soffermarsi in questa sede su una ricostruzione analitica del quadro normativo e degli interventi giurisprudenziali che, nel tempo, hanno inciso sulla materia – e che richiederebbero un esame specifico nel quale si prendono in considerazione non solo le condizioni del genere direttamente interessato ma anche la correlata prospettiva relazionale – è comunque possibile cogliere un elemento di fondo che attraversa tale evoluzione: il bilanciamento del diritto alla genitorialità non può essere disgiunto da una concezione del rispetto quale principio orientativo delle scelte costituzionali.

In questa prospettiva, la giurisprudenza costituzionale ha progressivamente riconosciuto come la decisione di avere un figlio appartenga alla sfera più intima della persona, sottraendola a indebite forme di coercizio-

[22] Sul contributo di Teresa Mattei e sull'inserimento della clausola "di fatto" all'art. 3, secondo comma, Cost., v. gli *Atti dell'Assemblea costituente*, seduta del 18 marzo 1947, nonché, in dottrina, C. Rossano, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966; A. Cerri, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1976. Più di recente, sulla valenza trasformativa del secondo comma dell'art. 3 v. M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 2011.

ne, salvo il necessario confronto con altri valori di rilievo costituzionale[23]. Si tratta di un'affermazione che colloca l'autodeterminazione – che non può prescindere dal rispetto per essere reale – al centro della dimensione esistenziale, riconoscendone il carattere essenziale per la libertà individuale. Come è stato efficacemente osservato, l'autodeterminazione rispetto al proprio corpo e alla propria vita rappresenta il punto più intenso dell'esperienza della libertà e proprio per questo non può essere considerata in modo isolato, ma deve essere letta in relazione al contesto sociale e culturale nel quale si esercita. In questo senso, assume rilievo anche la funzione della scienza, la quale non si sviluppa in una dimensione neutrale o atemporale, ma è profondamente radicata nel proprio tempo storico, culturale e sociale. Proprio tale radicamento impone di interrogarsi sulle condizioni entro cui l'innovazione scientifica si traduce in pratica sociale. La scienza, per poter svolgere pienamente la propria funzione, non può limitarsi a produrre conoscenza, ma deve confrontarsi con criteri capaci di orientarne l'uso. Tra questi, il rispetto per la persona assume un ruolo centrale, configurandosi come principio regolativo in grado di guidare le scelte sia sul piano normativo sia su quello applicativo.

In questa prospettiva, il rispetto non si esaurisce in un richiamo formale, ma si traduce nella capacità di riconoscere l'individuo nella sua concretezza, evitando che differenze – anche di genere – diventino motivo di esclusione o di limitazione dell'accesso ai diritti. Ciò implica anche la necessità di contenere il peso delle ideologie, privilegiando un approccio fondato su criteri etici orientati alla tutela della dignità umana.

È in questo quadro che si colloca il contributo della medicina di genere. Essa rappresenta uno strumento attraverso cui l'innovazione scientifica può essere ricondotta entro un orizzonte di responsabilità, nel quale la promozione dell'autodeterminazione si accompagna al riconoscimento della pluralità delle esperienze corporee. La medicina di genere, infatti, consente di superare modelli astratti e uniformi, orientando le pratiche

[23] Il riferimento è all'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di procreazione medicalmente assistita: dalla sent. 8 maggio 2009, n. 151, sul numero degli embrioni impiantabili, alla già richiamata sent. 9 aprile 2014, n. 162, sul divieto di fecondazione eterologa, fino alla sent. 11 novembre 2015, n. 96, sulla diagnosi preimpianto per le coppie fertili portatrici di patologie genetiche, e alla sent. 23 ottobre 2019, n. 221, in tema di accesso alla PMA per le coppie omosessuali. Per una ricostruzione d'insieme v. A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2022, nonché C. Tripodina, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004.

sanitarie verso una maggiore attenzione alle differenze e alle condizioni concrete delle persone.

In tal modo, il rispetto diventa il punto di convergenza tra libertà individuale, sapere scientifico e responsabilità istituzionale, contribuendo a definire un equilibrio nel quale l'esercizio dei diritti si realizza in modo effettivo e non meramente formale[24].

Il rispetto, inteso come riconoscimento delle differenze e come impegno a evitare che modelli apparentemente neutrali producano esclusione, si configura dunque come elemento imprescindibile per la costruzione di un sistema giuridico e sanitario realmente inclusivo. Esso rappresenta il punto di incontro tra eguaglianza sostanziale, dignità e responsabilità istituzionale. In questa prospettiva, il rispetto non si configura soltanto come principio etico o categoria relazionale, ma come criterio di giustizia distributiva, capace di orientare le scelte pubbliche e di verificarne l'effettiva inclusività. Esso consente di valutare se le istituzioni siano in grado di garantire non solo l'eguaglianza formale, ma condizioni reali di accesso ai diritti, in particolare nel campo della salute.

Perché questa funzione operativa possa realmente dispiegarsi, il principio del rispetto richiede tuttavia di essere tradotto in strumenti giuridici e organizzativi verificabili. Ciò implica, in primo luogo, l'adozione di una valutazione di impatto di genere *ex ante* sulle politiche pubbliche sanitarie, al fine di individuare preventivamente le possibili ricadute asimmetriche delle scelte normative e organizzative. In secondo luogo, richiede l'integrazione sistematica della prospettiva di genere nei curricula delle facoltà di medicina e nei percorsi di formazione continua dei professionisti sanitari, superando la sua attuale collocazione come sapere specialistico e opzionale. In terzo luogo, impone la revisione delle linee guida cliniche e dei protocolli diagnostico-terapeutici alla luce delle evidenze prodotte dalla medicina di genere, assicurandone un aggiornamento costante. Infine, sollecita la costruzione di indicatori di monitoraggio idonei a misurare l'effettiva attuazione dei principi sanciti dalla l. n. 3/2018, garantendo la trasparenza delle asimmetrie residue e la possibilità di interventi correttivi tempestivi.

In questa dimensione propositiva, il rispetto cessa di essere una for-

[24] Corte costituzionale 9 aprile 2014, n. 162. Sia consentito sul punto rinviare a S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2015; Id., *La vita e le regole, tra diritto e non diritto*, Milano, 2007.

mula evocativa per diventare regola di azione. Esso si configura come il criterio in forza del quale un ordinamento democratico verifica la propria capacità di riconoscere le differenze senza trasformarle in disuguaglianze, e la propria idoneità a garantire che l'universalità dei diritti non si risolva nell'uniformità delle prestazioni, ma si traduca in risposte differenziate e appropriate alla pluralità delle esperienze umane. Solo a questa condizione la dimensione del rispetto può operare come limite alle pratiche di controllo sui corpi e, al tempo stesso, come motore di un'eguaglianza sostanziale effettivamente praticabile.

**Abstract**

Il saggio propone una rilettura del concetto di rispetto come categoria giuridica e scientifica, capace di orientare criticamente i modelli normativi e le pratiche sanitarie. Attraverso un approccio intersezionale, l'autrice evidenzia come la pretesa neutralità dei sistemi giuridici e scientifici possa celare meccanismi di esclusione e produrre forme di discriminazione indiretta, in particolare nel campo della salute e della procreazione medicalmente assistita. La medicina di genere emerge come strumento analitico e correttivo, in grado di rendere visibili tali asimmetrie e promuovere un'eguaglianza sostanziale. In questa prospettiva, il rispetto assume una funzione operativa: da principio etico si fa criterio di giustizia distributiva, parametro di verifica dell'appropriatezza del risultato attraverso cui autodeterminazione, dignità e responsabilità istituzionale trovano una traduzione verificabile nelle scelte sanitarie e organizzative.

The essay reinterprets the concept of respect as both a legal and scientific category capable of critically guiding normative frameworks and healthcare practices. Adopting an intersectional approach, the author shows how the alleged neutrality of legal and scientific systems may conceal exclusionary mechanisms and generate forms of indirect discrimination, particularly in healthcare and medically assisted reproduction. Gender medicine is presented as both an analytical and corrective tool, able to expose these asymmetries and foster substantive equality. In this perspective, respect acquires an operational function: from an ethical principle it becomes a criterion of distributive justice, a benchmark for assessing the appropriateness of outcome (appropriatezza del risultato) through which self-determination, dignity, and institutional responsibility are translated into verifiable healthcare and organizational choices.

# Genealogia di una tecnica e genesi di un problema giuridico. La fecondazione artificiale tra sapere medico e razionalizzazione normativa (XVIII–XX secolo)

di Antonio Tisci

Sommario: 1. Una genealogia possibile: immaginario, tecnica e costruzione simbolica della generazione. – 2. Le sperimentazioni naturalistiche e la separazione tra atto fecondativo e atto copulativo. – 3. Il caso di Bordeaux (1883): dall'aula giudiziaria alla sfera pubblica. – 4. L'esperienza tedesca: presunzione matrimoniale e verità biologica nel primo Novecento. – 5. Il caso nel Tribunale di Roma. Un problema "non previsto" dal legislatore. – 6. Natura, consenso e tecnica nella costruzione giuridica della paternità. – 7. L'esperienza statunitense negli anni 1940-1960: consenso, responsabilità e *intentional parenthood*. – 8. Natura, tecnica e decisione: la storicità del fondamento della filiazione.

## 1. *Una genealogia possibile: immaginario, tecnica e costruzione simbolica della generazione*

Prima che la scienza naturale tentasse di separare l'atto fecondativo dall'atto copulativo, la filosofia e la narrazione avevano già interrogato la possibilità di sottrarre la generazione alla pura contingenza biologica, non già per indulgere a suggestioni retoriche, ma perché l'immaginario ha costituito, sin dalle sue origini, uno spazio di anticipazione simbolica della tecnica.

Una storia della riproduzione artificiale potrebbe allora essere scritta muovendo dalla letteratura.

Nel libro V della *Repubblica*, Platone delinea un sistema di regolazione della procreazione funzionale all'ordine politico della città ideale[1]. La generazione, lungi dall'essere un fatto meramente privato, diviene oggetto di organizzazione razionale. La riflessione platonica, pur lontana da ogni dimensione tecnica in senso moderno, inaugura una prospettiva destinata a riemergere nei secoli: la procreazione può essere governata.

Nel passaggio all'età moderna, il problema si sposta dalla dimensione politica a quella antropologica. La descrizione ironica del concepimento di Tristram Shandy, nel romanzo di Laurence Sterne, rivela come già nel Settecento la generazione potesse essere tematizzata come evento suscet-

[1] Platone, *Repubblica*, trad. G. Reale, R. Radice, libro V, 458e. – 461c., 563-571.

tibile di interferenze[2]. Con il *Faust* di Goethe e, soprattutto, con Mary Shelley, la questione assume una forma nuova, la creazione artificiale di vita diventa metafora della potenza della tecnica e delle sue ambivalenze. Il *Frankenstein* non è soltanto un mito dell'età industriale, ma è la rappresentazione narrativa di uno spirito prometeico che afferma la possibile separazione tra produzione artificiale e generazione naturale[3].

Nel Novecento, il *Brave New World* di Aldous Huxley consolida un archetipo destinato ad esercitare una lunga influenza anche sul dibattito giuridico[4]. La riproduzione in vitro, la serializzazione embrionale, la soppressione del legame tra sessualità e procreazione, sono tutti elementi che, pur nella loro dimensione distopica, anticipano temi destinati ad entrare nella prassi medica e nella regolazione normativa. L'immaginario letterario, in questo senso, non precede soltanto la tecnica ma contribuisce a costruire la grammatica emotiva con la quale essa verrà interpretata.

La riflessione sul piano etico e giuridico del Novecento non di rado assunse come paradigma di confronto proprio queste rappresentazioni. La semplice evocazione del nome di Huxley, nelle aule parlamentari o nei dibattiti bioetici, bastava a concretizzare, sul piano retorico, uno scenario tecnocratico, trasformando, così, la proiezione narrativa in categoria argomentativa[5]. In tal modo, la tecnica riproduttiva veniva iscritta in una tensione permanente tra emancipazione e minaccia, tra promessa terapeutica e rischio di disumanizzazione.

Tuttavia, accanto alla dimensione immaginaria, si sviluppò una storia diversa, più silenziosa e meno letteraria: quella dei tentativi concreti di determinare artificialmente la riproduzione umana, dei successi rivendicati e dei fallimenti occultati, delle controversie mediche e delle prime qualificazioni giuridiche.

---

[2] L. Sterne, *Vita e opinioni di Tristram Shandy*, trad. G. Aldi Pompili, Milano, 2012. Il gentiluomo, protagonista del romanzo, addebita al turbamento del padre, provocato da un'improvvida domanda posta dalla madre nel momento culminante del rapporto che condusse al suo concepimento, le sue «mille e mille debolezze del corpo e dello spirito, debolezze cui neppure l'abilità di un medico o di un filosofo poté in seguito porre completo rimedio».

[3] Sul passaggio da un immaginario letterario alla costruzione giuridica della tecnica cfr. P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, *passim* e in part. 189-198.

[4] A. Huxley, *Il Mondo Nuovo*, Milano 2012. Sul paradigma huxleyano nel dibattito bioetico contemporaneo cfr. M. J. Sandel, *The Case against Perfection. Ethics in the Age of Genetic Engineering,* Cambridge, 2007 (trad. it. *Contro la perfezione. L'etica nell'età dell'ingegneria genetica*, Milano, 2008).

[5] G. Montalenti, *Problemi della biologia moderna*, Torino, 1985 (1964), 74 ss.

## 2. *Le sperimentazioni naturalistiche e la separazione tra atto fecondativo e atto copulativo*

Fu la scienza naturale del tardo Settecento ad operare la prima frattura epistemologica. Le sperimentazioni di Lazzaro Spallanzani, condotte tra il 1761 e il 1781, dimostrarono la possibilità di fecondare artificialmente animali[6]. L'esperimento dell'abate reggiano sulla cagnolina fecondata mediante introduzione meccanica di liquido seminale rappresentò non soltanto un successo scientifico, ma un mutamento concettuale, poiché la generazione poteva essere scomposta nei suoi elementi fisiologici.

La tradizione aristotelica e galenica aveva interpretato la generazione in termini qualitativi, come incontro tra princìpi vitali, la nuova fisiologia settecentesca la riduceva a fenomeno osservabile, misurabile, riproducibile. L'atto generativo cessava di essere un mistero unitario per divenire processo analiticamente ricostruibile, nel quale la scienza avrebbe potuto intervenire attraverso i suoi progressi.

Il passaggio all'uomo implicava tuttavia una trasformazione radicale del problema. Se nell'animale la riproduzione può essere considerata solo nella sua funzione biologica, nell'essere umano rappresenta un evento giuridicamente qualificato. La filiazione non è mera derivazione genetica, è rapporto normativamente costruito. Proprio questa differenza, non disgiunta dalle tensioni morali, spiega la cautela che accompagnò i primi tentativi compiuti sugli umani.

Nel 1799 John Hunter descrisse un caso di gravidanza ottenuta mediante iniezione del seme del marito affetto da una malformazione congenita[7]. L'episodio descritto dal chirurgo inglese rimase isolato e privo

[6] Sulle sperimentazioni di Spallanzani si veda G. Montalenti, P. Rossi (a cura di), *Lazzaro Spallanzani e la biologia del '700. Teorie, esperimenti, istituzioni scientifiche. Atti del Convegno di studi (Reggio Emilia, Modena, Scandiano, Pavia, 23-27 marzo 1981)*, Firenze, 1982; R. Mancini, M. Nigro, G. Ippolito, *Lazzaro Spallanzani e la confutazione della teoria della generazione spontanea*, in *Le Infezioni in Medicina*, 2007, 3, 199-206.

[7] L'episodio della fecondazione artificiale praticata dal dr. Hunter per fronteggiare l'ipospadia che affliggeva il suo paziente è riportato postumo da E. Home, *X. An account of the dissection of an hermaphrodite dog. To which are prefixed, some observations on hermaphrodites general*, in *Philosophical Transactions of the Royal Society,* 31 December 1799 (89), 157–178, estratto da *https://doi.org/10.1098/rstl.1799.0011*. Home così ricostruisce l'esperimento attraverso un ritrovato appunto del defunto cognato Hunter: «*When he had connexion, the emission was complete, which proved that the testicles were perfect; but the semen always passed out at the perinaeum. The late Mr. Hunter was consulted, to remedy, if possible, this inconvenience, and*

di immediata risonanza, ma costituì il primo tentativo documentato di applicare all'uomo una tecnica concepita in ambito zoologico.

Nel corso dell'Ottocento, medici francesi, inglesi e statunitensi riferirono di casi analoghi. La Francia, impegnata in un acceso dibattito sul declino demografico[8], offrì un terreno particolarmente fertile per tali sperimentazioni. La riproduzione artificiale veniva presentata da taluni come possibile risposta garantita sul piano della tecnica ad una crisi percepita come problema nazionale[9].

Fino agli inizi del Novecento, tuttavia, la pratica rimase circoscritta, frammentaria, scarsamente verificabile sul piano statistico. La svolta fu rappresentata dalle sperimentazioni di Il'ja Ivanov, biologo russo che applicò sistematicamente l'inseminazione artificiale alla zootecnia, ottenendo risultati rilevanti nell'incremento della produzione[10]. Il successo economico delle sue ricerche, soprattutto nel contesto post-bellico, contribuì a legittimare l'idea che l'intervento tecnico sulla generazione potesse essere razionalizzato e reso produttivo.

La traslazione sull'uomo, tuttavia, implicava un salto ulteriore: la spinta sperimentale in campo zoologico, giustificata anche da ragioni di

---

*enable the person to beget children. […] Mr. Hunter suggested the following experiment. He advised that the husband should be prepared with a syringe fitted for the purpose, previously warmed; and that, immediately after the emission had taken place, it should be taken up by the syringe, and injected into the vagina, while the female organs were still under the influence of the coitus, and in the proper state for receiving the semen. This experiment was actually made, and the wife proved with child*», 161-162.

[8] J.C. Chesnais, *La transition démographique. Etapes, forms, implications économiques*, Paris, 1986; G. Terranova, *Geografia della popolazione in Francia. L'eccezione transalpina tra movimenti migratori e politiche demografiche*, in *Bollettino della Società Geografica italiana,* Serie XIII, vol. III, 2011, 311-326.

[9] Alexandre Dumas figlio, invitato a prefare un volume sulla fecondazione artificiale, chiosava negando che tali pratiche potessero risolvere il declino demografico francese: «*Je sais bien que la population diminue beaucoup en France, mais aurons-nous l'idée naïve d'attribuer cette dépopulation à la stérilité naturelle dés femmes et croirons-nous que cette paternité de seconde main y remédierait suffisamment*». L'autore de *La signora delle camelie* attribuiva la *dépopulation* a cause economiche e morali, in una società che preferiva «*pécher sans concevoir, que de concevoir même sans pécher*». La presa di posizione riflette la diffusa percezione *fin de siècle* della riproduzione artificiale come sintomo di crisi dei costumi più che soluzione tecnica ai problemi della famiglia e della Nazione. *Alexandre Dumas et la Fécondation artificielle*, in *La Chronique médicale: revue bi-mensuelle de médecine scientifique, littéraire et anecdotique*, Paris, 1895, 2, 743-748, 746.

[10] Su Ivanov e sulle sue sperimentazioni cfr. E. Betta, *L'altra genesi. Storia della fecondazione artificiale*, Roma, 2012, 116-123; L. R. Graham, *Science in Russia and the Soviet Union*, Cambridge, 1994, 112 ss.

efficienza produttiva, non poteva ricevere la medesima forza in ambito umano sul quale pesavano problemi di natura morale e giuridica.

## 3. *Il caso di Bordeaux (1883): dall'aula giudiziaria alla sfera pubblica*

L'ingresso della fecondazione artificiale umana nello spazio giudiziario non avvenne, in origine, attraverso un contenzioso di *status*, né come accertamento della legittimità del nato, bensì in una forma che, rispetto alla portata del tema, possiamo definire prosaica e insieme rivelatrice. Oggetto della controversia era un conflitto di natura patrimoniale, innescato dalla violazione di doveri deontologici della professione medica, determinata da una ingannevole dimensione pubblicitaria dell'attività proposta da un medico francese che trasformò rapidamente la questione in un banco di prova per la qualificazione sociale e giuridica della pratica.

Il primo caso che portò l'inseminazione artificiale davanti a un tribunale, infatti, prese le mosse da una réclame apparsa su un quotidiano bordolese, nella quale si prometteva la cura definitiva della sterilità mediante un «*procédé infaillible*»[11].

Nel 1883 la prima camera del tribunale di Bordeaux esaminò il caso introdotto con una denuncia promossa dal dottor Oscar de Lajartre contro una coppia di coniugi che si era rifiutata di corrispondergli un onorario di 1.500 franchi dopo un intervento di fecondazione artificiale rivelatosi inefficace. La ricostruzione disponibile mette in luce tre elementi destinati a divenire costanti nella storia sociale della pratica: l'offerta medicalizzata della "soluzione" alla sterilità; l'uso di un linguaggio quasi miracolistico del proponente, tipico della pubblicità; la ricerca dello scandalo e della eco pubblica come modalità di promozione professionale. Dalla cronaca emerge che l'intervento sulla donna non era stato eseguito con «*les précautions et dans les conditions d'examen indiquées par la science*»[12]. La coppia, ritenendo dunque di non aver raggiunto il risultato sperato, contrappose alla richiesta di pagamento avanzata del medico una domanda risarcitoria, sostenendo che la donna fosse caduta in depressione dopo il fallimento

[11] M. Rambaur, *Le Drame humain de l'insémination artificielle*, Paris, 1951. La ricostruzione del caso di Bordeaux anche in A. Leblond, *De la fécondation artificielle*, in *Société de Médecine Légale de France. Bulletin*, T. VIII, Paris, 1885, 199-207, 199.

[12] Ibidem.

dell'intervento sanitario. La difesa di Lajartre, per contro, attribuì la condizione psicologica lamentata dalla paziente ad un tentativo di aborto[13].

È già qui che il caso assume una fisionomia tipica; il problema non è solo tecnico, ma reputazionale e morale. La sterilità, l'inseminazione, l'aborto, tutto converge in una sfera di intimità che, una volta trascinata in giudizio, cambia natura, perché l'atto processuale rende "pubblico" ciò che, per la sua stessa materia, viveva nella logica di una sfera riservata.

Il Tribunale emise una motivazione articolata, ma – ed è un punto decisivo – non entrò realmente nel merito della validità scientifica della terapia praticata da Lajartre, sebbene «*les considérants du jugements condamnent l'opération que l'on désigne sous le nom de fécondation artificielle*»[14].

Al centro dell'indagine compiuta dal Collegio bordolese, infatti, vi fu la violazione del segreto professionale e la qualificazione dell'atto di citazione come atto pubblico impropriamente utilizzato per la divulgazione di dettagli sanitari e sessuali riservati alla sfera privata.

Secondo la ricostruzione, la Corte condannò Lajartre perché nella denuncia aveva esposto fatti e particolari dell'intervento «*entrant même à ce sujet dans les détails les plus minutieux*»[15].

La sentenza, pertanto, non "punisce" la fecondazione artificiale, ma la propalazione attraverso gli atti giudiziari dell'intimità dei pazienti nella loro relazione clinica con il professionista. Per questa via, la fecondazione artificiale esce formalmente indenne, non se ne ravvisa l'illiceità, né viene vietata la pratica in via giurisprudenziale.

Questo dato è cruciale, perché il Tribunale ha preferito sussumere il fatto nella violazione del dovere deontologico di riservatezza, rinviando la valutazione dell'operazione clinica ad un giudizio alternativo, sul piano morale, privo di immediata conseguenza in ordine alla praticabilità terapeutica.

Pur non reprimendo la pratica, la sentenza introduce la categoria del pericolo sociale che sarà destinata ad una lunga fortuna nel dibattito pubblico. Il Tribunale sottolinea che la fecondazione artificiale non eliminava le cause della sterilità, ma "inseriva un terzo" nell'atto generativo tra moglie e marito, intervenendo "in ciò che esso ha di più intimo" e

[13] Ivi, 200.
[14] Ivi, 200-201.
[15] Ivi, 199.

risultando così contraria alla legge naturale, capace, in caso di abuso, di produrre «un véritable danger social»[16].

Questa formulazione non è un semplice giudizio morale, ma una prima traduzione sul piano giuridico-politico di un timore collettivo. La tecnica viene percepita come fattore di destabilizzazione non perché manipola la biologia (tema che diverrà centrale più tardi), ma perché altera la struttura relazionale che il diritto, direttamente o indirettamente, protegge: il matrimonio come luogo ordinario della procreazione, l'unità tra sessualità e filiazione, la non interferenza di terzi nella genealogia.

In filigrana, si delinea già una tensione dogmatica perché traspare come la filiazione non sia solo "fatto biologico", ma *status* che poggia su una particolare economia di ruoli (marito, moglie, terzo) e di presupposti (congiunzione sessuale, esclusività coniugale). Il "*danger social*" è, in realtà, il nome che viene dato ad un rischio di disarticolazione di quell'economia.

La sentenza ebbe una forte risonanza nel mondo medico. La *Société de médecine légale de France* istituì una commissione e il relatore Albert Leblond presentò il resoconto finale nella seduta del 10 dicembre 1883.

Leblond separò in modo netto i due piani, quello del segreto professionale dalla fecondazione artificiale. Sul primo, la condanna del medico fu ritenuta pienamente fondata, poiché la citazione dei clienti tramite ufficiale giudiziario, chiesta da Lajartre, costituiva atto pubblico e il medico non avrebbe potuto menzionarvi apertamente la natura dell'intervento. Quanto al secondo, invece, la valutazione si rovesciò perché i giudici, secondo Leblond, non avevano compreso la "natura profonda" della procedura. La fecondazione artificiale veniva presentata come un sostegno alla formazione della famiglia fisiologicamente accettabile, compatibile con la coscienza, poiché la generazione era ormai compresa come incontro di due cellule differenti e la medicina poteva intervenire per assicurare quel contatto quando ciò era altrimenti impossibile[17].

La tecnica argomentativa è chiarissima: ciò che appare "artificiale" viene ricondotto alla natura mediante una definizione che neutralizza l'anomalia. Non a caso Leblond insiste sulla formula secondo cui l'insemina-

[16] Ivi, 200.
[17] Ivi, 202-203.

zione sarebbe "una fecondazione naturale ottenuta con alcuni artifici"[18].

In altri termini la natura resta ma cambia il mezzo per ottenere il risultato.

Un aspetto spesso sottovalutato è l'effetto secondario del sintomo prodotto dalla sentenza stessa. Il dispositivo e i passaggi motivazionali furono riprodotti su riviste mediche, saggi e nei dibattiti congressuali, generando un effetto moltiplicatore di linguaggi e di temi.

Così, la fecondazione artificiale entra stabilmente nel discorso medico non solo come pratica, ma come oggetto controverso, e vi entra mediante parole chiave destinate a sedimentarsi: "pericolo sociale", "legge naturale", "intimità dell'atto generativo", "intervento del terzo", "segreto professionale", "pubblicità ingannevole". In questo senso, il caso di Bordeaux assume un valore paradigmatico non solo in termini di precedente giudiziario ma anche perché rappresenta un laboratorio di semantiche normative.

La conclusione del caso è, per certi versi, paradossale e proprio per questo storicamente significativa. Quando l'inseminazione artificiale arriva in tribunale, non viene condannata, viene piuttosto sanzionato chi l'ha praticata, non per averla eseguita, quanto per aver infranto il segreto professionale e aver trasformato la riservatezza di una pratica clinica in materiale processuale pubblico.

Si delinea così una prima forma di regolazione indiretta: la pratica non viene vietata, ma viene circoscritta entro un perimetro di riservatezza, colorato a sua volta da un rischio reputazionale, che diverrà parte della sua storia. La fecondazione artificiale, almeno in questo tornante ottocentesco, si istituzionalizza non per esplicita autorizzazione, ma attraverso la gestione dei suoi effetti collaterali nella sfera pubblica.

Negli anni Ottanta dell'Ottocento la fecondazione artificiale entrò stabilmente nel discorso medico. Manuali di ostetricia e ginecologia dedicarono specifica attenzione a questa pratica, sottraendola progressivamente alla dimensione scandalistica per collocarla entro la razionalità clinica.

Il *Traité de l'art des accouchements* di Tarnier e Chantreuil ne disciplinava le modalità operative, prescrivendo la presenza di due medici nel corso del trattamento[19]. Enoch Heinrich Kisch, professore all'Università di Praga, ne incoraggiava l'adozione come pratica terapeutica contro la sterilità

[18] Ivi, 204.

[19] S. Tarnier, G. Chantreuil, *Traité de l'art des accouchements*, Paris, 1888, 179.

femminile[20]. Ferdinand Moreau-Wolf le dedicava un capitolo autonomo nella trattazione dell'impotenza e della sterilità maschile[21].

Questa manualizzazione segnò un passaggio decisivo perché quell'iniziale "azzardo" nell'intervento veniva bilanciato dall'accumulazione dei casi, dalla descrizione tecnica dettagliata, dalla quantificazione statistica. Quindi la tecnica empirica si convertiva in procedura.

La pratica della fecondazione artificiale, dunque, usciva progressivamente dalla dimensione dell'eccezionalità per entrare in quella della regolarità terapeutica. Ma proprio questa normalizzazione rendeva più acuta la tensione con le categorie tradizionali del diritto di famiglia.

## 4. *L'esperienza tedesca: presunzione matrimoniale e verità biologica nel primo Novecento*

Se il caso di Bordeaux aveva introdotto la fecondazione artificiale nel teatro di giustizia subordinando la questione di moralità pubblica alla più rilevante violazione del segreto professionale, la giurisprudenza tedesca dei primi decenni del Novecento affrontò il problema direttamente sul terreno dello *status filiationis*, ossia come questione di imputazione giuridica della paternità.

In Germania, con l'entrata in vigore del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) nel 1900, la disciplina della filiazione legittima trovò sistemazione organica nel diritto tedesco. Il § 1592 (*Vaterschaft*) del BGB, nel testo originario, stabiliva che padre del bambino nato nel matrimonio è il marito della madre al momento della nascita[22]. La norma configurava una presunzione legale,

[20] E. H. Kisch, *Causes et traitement de la stérilité chez la femme. Traduction par le docteur Frédéric Weiss,* Paris, 1888, 310.

[21] F. Moreau-Wolf, *De l'impuissance et de la stérilité chez l'homme. Leur causes. Leur traitement*, Paris, 1880, 119-122.

[22] Per l'inquadramento della filiazione nel sistema del *Bürgerliches Gesetzbuch* e la centralità della presunzione matrimoniale (§ 1592 ss. BGB, nel testo originario) si vedano, tra gli altri, P. Eltzbacher, *Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht*, Berlin. 1903, 202; A. Manigk, *Willenserklärung und Willensgeschäft ihr, Begriff und ihre Behandlung nach Bürgerlichem Gesetzbuch: Ein System der juristischen Handlungen*, Berlin, 1907, 716 ss.; A. Von Thur, *Der allgemeine Teil des d. bürgerlichen Rechts*, München und Leipzig, 1914, vol. II, 114 ss.; J. Kohler, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Berlin, 1919; L. Enneccerus, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Marburg, 1928, § 128; R. Schmidt, *Bürgerliches Recht, IV Band, Familienrecht*, Berlin, 1957, 85 ss.; M. Kaser, *Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt.*

analoga a quella prevista dall'art. 231 del Codice civile italiano del 1942, un meccanismo di imputazione automatica dello *status*, giustificato dalla fisiologia della unione coniugale.

Nei primi anni del Novecento, la questione della fecondazione artificiale con seme del marito giunse all'attenzione del *Reichsgericht*. Le decisioni – adottate tra il 1905 e il 1908 – affermarono la piena legittimità dei figli concepiti mediante inseminazione artificiale omologa, escludendo che la mancanza di un rapporto sessuale naturale potesse incidere sulla validità dello *status*[23].

L'argomentazione era significativa. Il diritto non chiede, quale presupposto della paternità legittima, la prova dell'atto sessuale perché ciò che rileva è la derivazione biologica dal marito. La tecnica, quando utilizza il seme coniugale, non altera la struttura del sistema, perché non rompe la coincidenza tra presunzione e verità genetica.

Qui emerge una prima differenza rispetto al caso francese del 1883, in quanto la giurisprudenza tedesca non si concentra sul profilo morale o sul "pericolo sociale", ma sulla coerenza tra presunzione matrimoniale e realtà biologica. L'atto medico non è scrutinato in sé, ciò che si valuta è la sua incidenza sulla struttura normativa dello *status*.

Ben più complessa risultò la questione dell'inseminazione eterologa. Quando il seme proveniva da un terzo, la presunzione matrimoniale si trovava a confliggere con la realtà genetica.

La dottrina tedesca del primo Novecento si divise tra due orientamenti. Un indirizzo biologista, secondo cui la paternità non poteva essere attribuita al marito in assenza di contributo genetico, essendo la presunzione finalizzata a proteggere una verità naturale presunta, non a crearla[24]. Un indirizzo istituzionalista, incline a valorizzare la funzione ordinatrice

*Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, II, München, 1975, 193 ss.; D. Schwab, *Familienrecht*, ed. 27, München, 2019, § 60, Rn. 664 ss. Sul fondamento storico della concezione istituzionale del matrimonio R. Sohm, *Institutionen des römischen Rechts*, Leipzig, 1886, 311 ss.

[23] C. Benninghaus, *Great expectations – German debates about artificial insemination in humans around 1912*, in *Studies in History and Philosophy of Science Part C: Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences*, Volume 38, 2007, Issue 2, 374-392, 377 ss., estratto da *https://doi.org/10.1016/j.shpsc.2007.03.005*.

[24] Sulla teoria biologica dell'evoluzione dello Stato si veda M. Stolleis, *Storia del diritto pubblico in Germania, II, Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione 1800-1914*, trad. it. C. Ricca, S. Pietropaoli, Milano, 2014, *passim* e, in part. 192-194; P. Grossi, *L'Europa*, cit., 160-177 ss.

del matrimonio e la stabilità dello *status*, anche a costo di una divergenza rispetto alla realtà biologica[25].

Il *Reichsgericht*, pur non giungendo a una costruzione pienamente volontaristica della paternità, mostrò una tendenza a considerare centrale il dato genetico. In tal modo, l'esperienza tedesca anticipa la soluzione che sarà successivamente adottata dal Tribunale di Roma nel 1956, della quale dirò appresso, nel senso che la presunzione matrimoniale non può fondare uno *status* in contrasto con la verità biologica accertata.

Un elemento peculiare della riflessione tedesca fu il tentativo di conciliare due esigenze contrapposte: la certezza dello *status* familiare e la conformità alla verità biologica.

Il BGB, nella sua impostazione originaria, privilegiava la stabilità della famiglia legittima, ma ammetteva azioni volte a contestare la paternità quando il marito non poteva essere il genitore biologico. In tal modo, la presunzione era forte ma non assoluta.

La fecondazione artificiale eterologa rendeva strutturale la dissociazione tra matrimonio e genetica, trasformando un'eccezione (come poteva essere considerato l'adulterio) in un fatto tecnicamente programmato. È proprio questa programmabilità che rende la tecnica destabilizzante perché l'alterazione non rappresenta più un evento casuale, ma il risultato di una decisione.

## 5. *Il caso nel Tribunale di Roma. Un problema "non previsto" dal legislatore*

Se in Francia la fecondazione artificiale aveva conosciuto una precoce emersione giudiziaria già nel 1883, e in Germania fin dai primi anni del Novecento c'era stato un intervento della giurisprudenza sul rapporto tra inseminazione e riconoscimento del nato, in Italia la questione giunse all'attenzione dei giudici soltanto nella seconda metà del XX secolo. Il 19 aprile 1956 il Tribunale civile di Roma si pronunciò su un caso destinato a segnare l'avvio del confronto sistematico dell'ordinamento italiano con la fecondazione artificiale eterologa[26].

---

[25] Sull'indirizzo istituzionalista e sulla valorizzazione della funzione ordinatrice del matrimonio cfr. H. Dölle, *Familienrecht*, Karlsruhe, 1964.

[26] Tribunale di Roma, sentenza 19 aprile 1956, in *Il Foro italiano*, 1956, vol. 79, I, 1212-1216, estratta da *https://www.jstor.org/stable/23147450*.

Il Collegio muoveva da una constatazione preliminare di grande rilievo metodologico: l'eventualità della fecondazione artificiale «non è stata assolutamente tenuta presente nella redazione dei codici civili e penali». Tutte le norme che fanno derivare conseguenze giuridiche dalla fecondazione presuppongono un «normale accoppiamento sessuale», non un intervento medico[27].

La tecnica, dunque, si presenta come fatto nuovo rispetto alla struttura normativa vigente.

In assenza di disciplina espressa, il Tribunale affermava di dover ricavare «dai principi del nostro ordinamento giuridico e in particolare da quelli che dominano l'istituto della filiazione» le norme applicabili al caso concreto[28]. È qui che la decisione assume un valore paradigmatico giacché il giudice non si limita a risolvere un conflitto, ma enuncia una teoria generale del rapporto tra biologia e filiazione[29].

Un passaggio particolarmente significativo riguarda il metodo interpretativo adottato. Il Collegio sosteneva che il processo ermeneutico «non può prescindere da una valutazione morale e sociale del fenomeno», ma precisava immediatamente che tale valutazione non poteva coincidere con quella espressa dall'autorità religiosa[30].

Il decreto del Sant'Uffizio del 25 marzo 1897[31], che dichiarava illecite le pratiche fecondative con l'unica eccezione dell'introduzione nell'utero dello sperma effuso durante una copula normale, viene esplicitamente escluso come criterio interpretativo vincolante. Tale soluzione apparve «rigorosamente restrittiva» alla Corte Romana, tanto da non poter essere posta a base di un ordinamento laico che debba tener conto anche delle esigenze sociali[32].

Un passaggio di straordinaria importanza, che sottrae la fecondazione artificiale alla qualificazione confessionale e la riporta nell'alveo dell'or-

---

[27] Ivi, 1212.

[28] Ivi, 1213.

[29] Sul fondamento biologico della filiazione cfr. A. Cicu, *La filiazione*, in F. Vassalli (a cura di), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1951; C. M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 2.1, *La famiglia*, V ed., Milano, 2014, 325-412.

[30] Ibidem.

[31] K. Charamsa, *L'insegnamento postconciliare della CDF*, Alpha Omega, XIV, 2011, 3, 325-358, 335; E. Betta, *«De usu imperfecto matrimonii»:* il sant'uffizio e il controllo delle nascite, in *Quaderni Storici*, 2014, 49, 145, 1, 141-182, estratto da: *http://www.jstor.org/stable/43780248*.

[32] Trib. Roma, sent. 19 aprile 1956, cit., 1213.

dinamento civile. Tuttavia, questa apertura metodologica non conduce a una valorizzazione della volontà o del consenso, bensì al rafforzamento del fondamento biologico.

Il nucleo della motivazione risiede nell'affermazione secondo cui «nel vigente sistema legislativo il rapporto biologico costituisce il presupposto indispensabile per l'affermazione di ogni rapporto giuridico di filiazione»[33].

Il Tribunale articola questa tesi attraverso un'analisi coordinata delle disposizioni codicistiche. L'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità naturale (art. 269 c.c.), che presupponeva l'esistenza del rapporto biologico; quella di maternità (art. 272 c.c.), che richiedeva la prova dell'identità tra colui che si pretendeva essere riconosciuto figlio e colui che fu partorito dalla donna; il vincolo d'impugnabilità del riconoscimento del figlio naturale per difetto di veridicità (art. 263 c.c.)[34], a conferma che la conformità tra rapporto biologico e rapporto giuridico è valore superiore; la presunzione di paternità *ex* art. 231 c.c., che non elimina il dato biologico della generazione, ma lo presuppone, salvo l'azione di disconoscimento.

La presunzione matrimoniale viene qualificata come strumento di stabilizzazione dello stato, non come finzione svincolata dalla realtà genetica. L'azione di disconoscimento è lo strumento volto a rimuovere la difformità tra rapporto giuridico e rapporto biologico.

Il Collegio aggiunge un ulteriore elemento decisivo valutando il presupposto biologico non solo come necessario, ma anche sufficiente. La volontà, il consenso, la consapevolezza della fecondazione sono irrilevanti ai fini della costituzione o dell'esclusione del rapporto di filiazione. Persino situazioni estreme (alterazione dello stato psicofisico, errore, violenza) non incidono sull'attribuzione della paternità quando il dato biologico sia accertato.

Applicando tali principi alla fecondazione artificiale, il Tribunale formula tre considerazioni conclusive. La prima è che il rapporto di filiazione si stabilisce solo nei confronti della persona il cui seme è stato impiegato nell'intervento di fecondazione. La seconda è che ogni indagine sulla

[33] Ivi, 1214.

[34] F. Quarta, *Volontà e consolidamento sociale della filiazione. A proposito del controllo di meritevolezza sull'impugnazione del riconoscimento consapevolmente falso*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 978 ss.

volontà o sul consenso è irrilevante ai fini della filiazione. La terza è che ai figli nati da fecondazione artificiale si applicano i principi relativi alla prole adulterina e incestuosa e le relative restrizioni in ordine al riconoscimento e alla dichiarazione giudiziale di filiazione[35].

La tecnica, in altre parole, non altera la struttura del sistema, non crea una nuova categoria di filiazione, ma viene assorbita nelle categorie esistenti.

Un ulteriore profilo di notevole interesse concerne la distinzione tra l'*impotentia generandi*, derivante da impossibilità di produrre il seme, e quella *coeundi* o *generandi* derivante da impossibilità di effonderlo per via naturale.

Nel primo caso, l'azione di disconoscimento non potrebbe essere contrastata, mentre nel secondo, invece, sarebbe possibile dimostrare che nella fecondazione artificiale sia stato utilizzato il seme del marito[36].

Nel caso concreto, il consulente tecnico aveva chiarito che il marito era incapace di effondere il seme, ma non di produrlo. Il Tribunale riconosce dunque, in astratto, la possibilità che il seme del marito potesse essere prelevato mediante puntura testicolare e utilizzato per la fecondazione.

Tuttavia, la convenuta non aveva dedotto né chiesto di provare che fosse stato impiegato il seme del marito, anzi, dai documenti emergeva che era stato utilizzato il seme di un terzo. In tale contesto, il consenso del marito risultava "assolutamente inidoneo" a stabilire un rapporto giuridico di filiazione in assenza del substrato naturale.

La sentenza del 1956 non si limita a risolvere un caso di disconoscimento, ma con essa il Tribunale enuncia una teoria della paternità fondata sull'identità tra procreazione biologica e attribuzione giuridica.

La tecnica riproduttiva viene così neutralizzata. Questa pratica non genera una nuova figura normativa, ma si inserisce nel sistema esistente, il quale continua a riconoscere nel sangue il criterio costitutivo del rapporto di filiazione.

Tuttavia, proprio questa rigidità sistematica rende evidente la tensione latente tra biologia e volontà. Il consenso, pur irrilevante secondo il Tribunale, era stato il presupposto stesso dell'intervento medico. La frattura tra decisione tecnica e attribuzione giuridica appare, in controluce, destinata ad ampliarsi.

È su questa frattura che si innesterà la riflessione dottrinale successiva

[35] Ivi, 1215.

[36] Ibidem.

– in particolare quella di Alberto Trabucchi – e, più tardi, la trasformazione legislativa e costituzionale della filiazione.

## 6. *Natura, consenso e tecnica nella costruzione giuridica della paternità*

La sentenza del Tribunale di Roma del 1956, nel riaffermare la centralità del "substrato naturale" quale presupposto indispensabile del rapporto di filiazione, si colloca all'interno di una tradizione dogmatica che identifica nella derivazione biologica il fondamento strutturale della paternità. Tale impostazione si fonda su un duplice argomento, da un lato, la necessità di un dato oggettivo idoneo a stabilizzare lo *status*, dall'altro, la funzione ordinatrice della famiglia legittima quale istituzione primaria dell'ordinamento.

Il riferimento agli artt. 231, 235, 263 e 269 c.c., operato dal Collegio romano, mostra come il sistema codicistico del 1942 presupponga costantemente la corrispondenza tra rapporto biologico e rapporto giuridico. La presunzione di paternità *ex* art. 231 c.c., lungi dal costituire una *fictio* svincolata dalla realtà, presuppone l'esistenza del legame genetico, limitandosi a stabilire un meccanismo probatorio di imputazione dello *status*.

La filiazione, in questa prospettiva, non nasce dalla volontà, bensì dalla procreazione. Il consenso non è elemento costitutivo, ma può al massimo incidere su profili accessori (responsabilità, eventuale illiceità del comportamento, effetti penali o matrimoniali).

Tuttavia, già in questa ricostruzione si annida una tensione concettuale: la presunzione matrimoniale è, tecnicamente, una imputazione normativa, in quanto attribuisce al marito la qualità di padre non in ragione dell'avvenuto accertamento della derivazione genetica, ma perché il legislatore reputa che, nella normalità dei casi, tale derivazione sussista. L'azione di disconoscimento è lo strumento volto a riallineare l'imputazione giuridica alla verità biologica.

Il sistema codicistico, dunque, presume la correlazione biologica, la protegge e la stabilizza attraverso tecniche normative.

La fecondazione artificiale eterologa rompe questa simmetria. Quando il seme impiegato proviene da un terzo, il marito non è padre biologico, ma può aver voluto la nascita. In tal caso, la presunzione matrimoniale entra in conflitto con la realtà genetica. In quel tornante temporale la

scelta compiuta dal Tribunale di Roma è chiara e fonda sull'assunto che la presunzione non può sovvertire la verità biologica.

La posizione assunta dal giudice romano – irrilevanza del consenso ai fini della costituzione dello *status* – si colloca coerentemente entro il paradigma biologico[37]. Tuttavia, parte della dottrina coeva, e in particolare Alberto Trabucchi, mise in discussione tale esito[38].

Secondo il civilista veronese, il fondamento della paternità non può essere ricondotto esclusivamente alla derivazione genetica. Il brocardo *pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*[39] non designa una constatazione biologica, bensì una scelta normativa che attribuisce rilievo al matrimonio come istituzione generativa di *status*. Il marito è padre perché la legge lo vuole tale in ragione del vincolo coniugale, non perché sia stato accertato il contributo genetico.

In questa prospettiva, il consenso all'inseminazione eterologa potrebbe assumere funzione costitutiva, quale manifestazione di volontà diretta ad assumere la responsabilità genitoriale. La paternità diverrebbe così, almeno in parte, una categoria volontaristica.

Il problema, tuttavia, è sistematico, il consenso può sostituire il dato biologico come fondamento dello *status*? Nel sistema del 1942, la risposta appare negativa. La volontà può legittimare l'adozione – istituto eccezionale e tipizzato – ma non può surrogare la procreazione naturale al di fuori delle ipotesi espressamente previste.

Il dibattito degli anni Cinquanta anticipa dunque una frattura destina-

---

[37] L'idea di una "specificità italiana" idonea a giustificare la soluzione adottata dal Tribunale di Roma trovò sostegno nella dottrina coeva. Fernando Santosuosso, pur non ignorando la possibilità teorica di una paternità giuridica sganciata dalla dimensione biologica, riconosceva nel rapporto genetico la precondizione del rapporto giuridico di paternità, osservando che l'ordinamento non poteva cancellare il legame con il padre naturale senza alterare la coerenza sistematica dello *status* (F. Santosuosso, *La fecondazione artificiale nella donna*, Milano, 1961, 99-103). In senso adesivo al Collegio romano si espresse Vittorio Sgroi, il quale, muovendo dall'art. 235 c.c., ritenne che la disciplina della filiazione legittima non consentisse di escludere la paternità sulla base della sola dichiarazione della madre, riaffermando così la centralità del dato biologico quale criterio ordinatore del sistema (V. Sgroi, *Riflessi della fecondazione artificiale sul rapporto di filiazione legittimo*, in *Giustizia civile*, I, 1956, 1612-1618).

[38] A. Trabucchi, *Fecondazione artificiale e legittimità dei figli*, in *Giurisprudenza italiana*, I, 1957, 2, 217-224.

[39] Cfr. S. Solazzi, *Pater is est quem nuptiae demonstrant*, in *IURA*, 1956, 7, 131-136, è padre colui che risulta tale in virtù del matrimonio, D. 2.4.5 (*Paulus, libro quarto ad edictum*).

ta a divenire centrale nella legislazione successiva, insomma bisogna chiarire se la paternità deve essere considerata solo un fatto naturale oppure un rapporto giuridico fondato su responsabilità e progetto.

La fecondazione artificiale impone di interrogarsi sul ruolo della *fictio* nel diritto di famiglia. La presunzione di paternità è, sotto il profilo tecnico, una *fictio* relativa, poiché attribuisce uno *status* sulla base di un presupposto, il matrimonio, che normalmente implica un fatto, la procreazione biologica.

Quando la tecnica interviene, il nesso causale tradizionale viene spezzato. La generazione non è più necessariamente effetto di un rapporto sessuale, in quanto il seme può essere prelevato, conservato, trasferito e l'atto generativo può essere dissociato dal rapporto coniugale.

In questo contesto, la *fictio* può assumere due direzioni opposte, una conservativa, quando il diritto insiste nel ricondurre la tecnica alle categorie tradizionali, l'altra innovativa, quando il legislatore ridefinisce lo *status* sulla base di nuovi criteri: il consenso, il progetto genitoriale, la responsabilità.

La decisione del 1956 appartiene chiaramente alla prima tipologia, la tecnica non modifica la struttura del sistema che invece la assorbe, riaffermando la centralità del sangue.

## 7. *L'esperienza statunitense negli anni 1940-1960: consenso, responsabilità e* intentional parenthood

Se l'esperienza francese ottocentesca aveva tematizzato la fecondazione artificiale come problema di moralità pubblica e quella tedesca l'aveva affrontata sul piano della coerenza tra presunzione matrimoniale e verità biologica, la giurisprudenza statunitense del secondo dopoguerra introduce un elemento destinato a modificare profondamente l'orizzonte dogmatico: la centralità del consenso quale fondamento della paternità.

Questa posizione lasciò spazio ad un serrato dibattito dottrinale sulla relazione tra rapporto sessuale e presunzione di paternità. Nei paesi di *common law*, soprattutto negli Stati Uniti, la centralità dell'obbligazione giuridica di *stare decisis* favorì una più rapida emersione della questione[40].

[40] H.H. Clark Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, Saint Paul, 1968.

Il caso generalmente considerato fondativo è *Strnad v. Strnad* (1948)[41], deciso dalla *Supreme Court* dello Stato di New York. Il Tribunale fu chiamato a pronunciarsi sull'istanza di una donna che, chiedendo la modifica delle condizioni stabilite nella sentenza di separazione, intendeva impedire al coniuge separato l'esercizio del diritto di visita nei confronti del figlio, concepito mediante inseminazione artificiale, assumendo che, in ragione della modalità del concepimento, il minore non potesse essere considerato figlio legittimo del marito. La Corte, pur prendendo atto dell'assenza di un legame genetico, riconobbe al marito diritti sostanzialmente equiparabili a quelli di un genitore adottivo formalmente investito dello *status*, se non addirittura a quelli di un genitore naturale nelle medesime circostanze. In tal modo si stava valorizzando l'assunzione consapevole del ruolo genitoriale, a partire dalla condivisione del progetto procreativo, quale elemento determinante ai fini della titolarità delle prerogative parentali e si inaugurava un orientamento nel quale la paternità tende a fondarsi sulla responsabilità consapevolmente accettata piuttosto che sulla mera derivazione biologica[42].

La logica è radicalmente diversa rispetto a quella sottesa alla decisione del Tribunale di Roma del 1956. Laddove il giudice italiano aveva dichiarato irrilevante il consenso in assenza di «substrato naturale», la Corte newyorkese valorizza la volontà come elemento costitutivo della genitorialità.

Negli anni successivi, altre decisioni statunitensi consolidarono questo orientamento. La questione centrale divenne progressivamente la tutela dell'interesse del minore e la prevenzione da situazioni di "paternità irresponsabile"[43].

---

[41] *Strnad v. Strnad*, 190 Misc. 786, 78 N.Y.S.2d 390, 1948 N.Y. Misc. LEXIS 2250 (Supreme Court of New York, Trial and Special Term, New York County, 1948).

[42] In argomento, ampiamente, A. Valongo, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017, *passim*.

[43] H. D. Krause, *Illegitimacy: Law and Social Policy*, Indianapolis, 1971. Nel dibattito scientifico statunitense precedente all'adozione dello *Uniform Parentage Act* (1973), l'opera di Krause occupa una posizione centrale per la critica sistematica del trattamento differenziale riservato ai figli nati fuori dal matrimonio e per l'analisi delle implicazioni costituzionali della disciplina della filiazione. In particolare, Krause individua nella clausola di *equal protection* del XIV Emendamento uno strumento idoneo a mettere in discussione le discriminazioni fondate sullo *status* di nascita, anticipando quel progressivo orientamento della giurisprudenza federale che, tra la fine degli anni Sessanta e l'inizio dei Settanta, avrebbe sottoposto a scrutinio costituzionale le distinzioni legislative tra figli legittimi e illegittimi.

Il punto non era più stabilire chi fosse il genitore biologico, ma garantire stabilità familiare e sostegno economico al bambino. In questo senso, la paternità veniva letta come relazione giuridica di responsabilità, non come mero riflesso della genetica.

La logica appare particolarmente evidente in decisioni culminate poi in *People v. Sorensen* (California, 1968)[44], che – pur collocandosi leggermente oltre il periodo qui considerato – rappresenta il punto di maturazione di un orientamento già formatosi nel decennio precedente: il marito che abbia consentito all'inseminazione eterologa non può sottrarsi agli obblighi di mantenimento.

La genitorialità diventa così una categoria funzionale, ciò che conta è la volontà di generare e di assumere il ruolo, non l'origine del patrimonio genetico.

La divergenza non è solo contingente, ma strutturale. Nei sistemi continentali, la filiazione era costruita come riflesso giuridico di un fatto naturale e così l'intervento tecnico era letto come anomalia rispetto ad un paradigma biologico. Nel sistema statunitense, privo di una dogmatica

[44] *People v. Sorensen*, 68 Cal. 2d 280, 437 P.2d 495, 66 Cal. Rptr. 7, 1968 Cal. LEXIS 162, 25 A.L.R.3d 1093 (Supreme Court of California. 1968). In *questo caso,* un marito, condannato ai sensi dell'art. 270 del *California Penal Code* per aver volontariamente omesso di provvedere al mantenimento del figlio nato durante il matrimonio mediante inseminazione artificiale con seme di donatore anonimo, impugnava la decisione dinanzi alla Corte Suprema della California, sostenendo che il termine «*father*», ai fini della norma incriminatrice, dovesse intendersi limitato al padre biologico o naturale. La Corte respinse il ricorso, affermando che l'art. 270 non circoscriveva la nozione di padre al dato genetico e che, ai sensi dell'art. 621 del *California Evidence Code*, la legittimità costituiva uno *status* giuridico autonomo, suscettibile di sussistere anche in assenza di un legame biologico con il marito, qualora il figlio fosse nato nel matrimonio e con il consenso di quest'ultimo alla procedura. La decisione consolida così l'orientamento volto a fondare la paternità, in ambito di inseminazione eterologa, non sulla derivazione genetica ma sulla responsabilità consapevolmente assunta nel contesto coniugale.

Sul tema dell'anonimato del donatore, con specifico riferimento alla legislazione sul piano interno, ampiamente O. Clarizia, *L'anonimato del donatore di gameti nella procreazione assistita eterologa*, in *Dir. succ. fam.*, 2023, 509 ss.

codificata dello *status*, la paternità poteva essere ridefinita più agevolmente come rapporto di responsabilità volontariamente assunto.

In altri termini, mentre l'Europa continentale difendeva la coerenza tra natura e istituzione, il *common law* privilegiava la coerenza tra volontà e responsabilità.

Questo orientamento giurisprudenziale confluirà, nel 1973, nello *Uniform Parentage Act*[45], che riconosce espressamente la paternità del marito che abbia consentito alla fecondazione artificiale della moglie. Ma già negli anni '50 è visibile l'embrione di una teoria dell'*intentional parenthood* che si sostanzia nel considerare genitore chi ha voluto la nascita.

Il quadro comparato mostra che la tensione tra natura e volontà non è risolta in modo uniforme nei diversi ordinamenti. Al contrario, essa diviene il punto di divergenza tra modelli giuridici.

Ed è proprio questa divergenza che consente di comprendere come la legislazione italiana del 2004 e la successiva giurisprudenza costituzionale non abbiano introdotto una rottura improvvisa, ma si siano inserite in un dibattito internazionale già avviato da decenni.

## 8. *Natura, tecnica e decisione: la storicità del fondamento della filiazione*

Se si guarda retrospettivamente alla traiettoria che conduce da Bordeaux a Roma, per poi proiettarsi verso le trasformazioni normative del secondo Novecento, si comprende come la fecondazione artificiale non abbia semplicemente introdotto una nuova modalità di generazione, ovvero un dispositivo capace di mettere in crisi la struttura concettuale della filiazione nei diversi ordinamenti. Ciò che varia non è tanto la percezione della novità tecnica – avvertita ovunque, seppur con un diverso gradiente, come elemento perturbatore – quanto il punto in cui ciascun sistema colloca il proprio baricentro dogmatico.

Nel caso bordolese, la tecnica è percepita come rischio per l'ordine coniugale, attraverso l'inserzione indebita di un terzo nell'atto generativo in grado di produrre l'alterazione di un equilibrio che non è soltanto biologico ma simbolico. L'espressione «*véritable danger social*» non rinvia tanto a un pericolo tecnico quanto a una minaccia per l'architettura giuridica e simbolica del matrimonio. Il diritto reagisce non costruendo categorie

[45] Uniform Parentage Act (1973), *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, § 5, disciplina la fecondazione eterologa.

nuove, bensì difendendo quelle esistenti: la riservatezza, l'intimità, la naturalità dell'atto procreativo.

In Francia, in questo primo momento, il problema non è ancora la tematizzazione sistematica della filiazione, ma la preservazione dell'ordine morale e dell'intimità familiare.

Settant'anni più tardi, nel giudizio romano del 1956, il medesimo fenomeno è affrontato in una prospettiva radicalmente diversa. Non è più in discussione la moralità della pratica, bensì la coerenza del sistema della filiazione. Il Tribunale, attraverso una lettura coordinata delle disposizioni codicistiche, eleva il rapporto biologico a presupposto indispensabile e sufficiente dello *status*. La natura non è più richiamata come argomento retorico o come parametro etico, ma come struttura portante dell'intero edificio normativo. La presunzione matrimoniale non crea la paternità, la presuppone. Il riconoscimento volontario non fonda lo *status* ma lo dichiara conforme a un dato genetico preesistente. Il consenso del marito all'inseminazione eterologa, proprio perché dissociato dal "substrato naturale", resta giuridicamente neutro.

Se Bordeaux inaugura la presenza della tecnica nel foro giudiziario, Roma ne determina la prima sistemazione dogmatica nell'ordinamento italiano.

Quindi, il caso del 1883 può essere letto come il momento in cui la fecondazione artificiale diventa problema pubblico, mentre quello del 1956 come l'occasione in cui diventa problema sistematico. La transizione dalla categoria del "pericolo sociale" a quella del "fondamento biologico" segna il passaggio dalla reazione emotiva alla costruzione teorica.

E tuttavia, proprio questa affermazione così netta del primato biologico rivela la propria dimensione storica. Il Tribunale non scopre una verità di natura ma seleziona, tra le possibili interpretazioni del sistema, quella che assume la genetica quale criterio ordinatore. La biologicità, lungi dall'essere semplice dato fattuale, diviene categoria giuridica. In altri termini, ciò che appare come fondamento naturale dello *status* è già il risultato di una decisione normativa.

Ed è proprio questa costruzione, apparentemente solida nel 1956, che verrà progressivamente rimessa in discussione dall'evoluzione legislativa e

giurisprudenziale successiva[46], fino alla valorizzazione del consenso e del progetto genitoriale nel diritto contemporaneo.

Il confronto comparato rende evidente questa storicità. Nella giurisprudenza statunitense del secondo dopoguerra, il consenso alla fecondazione artificiale non è elemento marginale, bensì fattore costitutivo della paternità. La responsabilità assunta prevale sulla coincidenza genetica. Non è la biologia a scomparire, ma la sua pretesa esclusività. La parentela si configura come relazione giuridica intenzionalmente voluta, e dunque come costruzione normativa fondata su un progetto.

Il punto, allora, non consiste nello stabilire quale modello sia più "autentico" o più conforme alla natura, bensì nel riconoscere che ogni modello presuppone una scelta ordinamentale circa l'elemento da elevare a criterio di imputazione dello *status*. Finché sessualità, generazione e matrimonio coincidono, la sovrapposizione tra natura e diritto appare spontanea, quando la tecnica separa tali dimensioni – dissociando l'atto sessuale dal contributo genetico e questo dal progetto genitoriale – l'ordinamento è costretto a rendere esplicita la propria opzione.

Nel 1883 si difende l'ordine simbolico, nel 1956 si sostiene la biologicità come principio sistemico, nel secondo Novecento statunitense si valorizza la responsabilità intenzionale e, da ultimo, nel diritto contemporaneo si tenta una composizione tra genetica, consenso e tutela del minore. Nessuna di queste soluzioni è definitiva, perché nessuna elimina la tensione strutturale tra natura e decisione normativa.

L'evoluzione successiva dell'ordinamento italiano dimostra tuttavia come il paradigma biologico non sia rimasto intatto. La legge 19 febbraio 2004, n. 40, pur nella sua originaria impostazione restrittiva, ha riconosciuto rilevanza giuridica al consenso espresso alla procreazione medicalmente assistita. L'art. 8 stabilisce che i nati a seguito di tecniche di PMA hanno lo stato di figli della coppia che ha espresso il consenso a tale applicazione, escludendo la possibilità di disconoscimento della paternità da parte del marito o convivente che abbia prestato consenso.

La Corte costituzionale, con una serie di pronunce a partire dal 2009, ha progressivamente rimodellato l'impianto originario della legge, valorizzando il principio di autodeterminazione e la tutela dell'interesse del

[46] S. Serravalle, *Principio di verità nella filiazione e tecniche procreative: stato del dibattito a séguito della piú recente giurisprudenza costituzionale e di legittimità*, in *Dir. succ. fam.*, 2021, 527 ss.

minore[47]. Parallelamente, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto che la nozione di "vita familiare", *ex* art. 8 CEDU, non coincide necessariamente con la derivazione biologica[48].

Il cambio di passo è evidente perché è il consenso ad assumere un ruolo essenziale, da elemento irrilevante nel 1956, diviene fondamento costitutivo dello *status* nella disciplina contemporanea.

La legislazione italiana del 2004 e la giurisprudenza costituzionale successiva – pur non oggetto diretto di queste pagine – non possono essere comprese se non alla luce di questa prospettiva. La valorizzazione del consenso quale criterio di attribuzione dello *status* non nasce *ex nihilo*, ma si colloca in un dibattito sistematico già maturo.

In conclusione, la storia della riproduzione artificiale mostra che la filiazione non è mai stata categoria puramente naturale né puramente

---

[47] In senso progressivamente demolitorio dell'impianto originario della l. n. 40/2004, la Corte costituzionale è intervenuta con una serie di pronunce che, incidendo sui cardini della disciplina, hanno progressivamente ridimensionato il paradigma biologico sotteso alla normativa: con sentenza 8 maggio 2009, n. 151, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo il divieto di crioconservazione degli embrioni, qualora l'impianto immediato risulti incompatibile con la salute della donna; con sentenza 10 giugno 2014, n. 162, è stato rimosso il divieto di fecondazione eterologa; con sentenza 5 giugno 2015, n. 96, è stata dichiarata l'illegittimità dell'esclusione dall'accesso alle tecniche di PMA delle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili di particolare gravità; da ultimo, con sentenza 22 maggio 2025, n. 68, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 8 l. n. 40/2004, per violazione degli artt. 2, 3 e 30 Cost., nella parte in cui non prevede il riconoscimento del nato da fecondazione eterologa praticata all'estero da una coppia di donne anche da parte della donna non genitrice che abbia prestato consenso alla procedura. L'itinerario giurisprudenziale così delineato evidenzia un progressivo spostamento dell'asse della filiazione dal mero dato genetico al progetto genitoriale consapevolmente assunto, nella misura in cui il consenso alla procreazione medicalmente assistita tende ad assumere funzione non soltanto legittimante la pratica, ma costitutiva dello *status*.

[48] Sull'evoluzione dei concetti di "vita familiare" e di "superiore interesse del minore" si vedano le sentenze gemelle pronunciate dalla Corte Edu del 26 giugno 2014, *Menneson c. Francia*, ric. n. 65192/11 e *Labassée c. Francia*, ric. n. 65941/11. Sul tema cfr. S. Deplano, F. Carimini (a cura di), *Genitorialità medicalmente assistita e diritti del minore*, Atti del Convegno del 13 dicembre 2023, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, Napoli, 2024, *passim*; M. Giacomini, *Il caso Mennesson. La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, in *Osservatorio Costituzionale*, 5 (2019), 167-196; S. Serravalle, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Napoli, 2018, *passim*.

volontaria, perché rappresenta il punto di intersezione tra un dato biologico, una struttura istituzionale e una decisione normativa.

La tecnica riproduttiva non distrugge questa intersezione ma la rende visibile.

Il diritto contemporaneo eredita questa tensione, non la risolve. E forse è proprio in questa tensione irrisolta – tra natura e progetto, tra genetica e responsabilità – che si gioca la trasformazione più profonda dello stato di filiazione nell'età della tecnica.

**Abstract**

Il saggio ripercorre in chiave storico-giuridica l'evoluzione della fecondazione artificiale, evidenziando il costante e irrisolto conflitto tra il paradigma biologico e la dimensione normativa. Muovendo da emblematiche vicende ottocentesche – come il caso del Tribunale di Bordeaux del 1883 – in cui la tecnica procreativa irrompeva nel discorso pubblico e giuridico, sollevando complessi interrogativi sul segreto professionale, la morale e il presunto "pericolo sociale" derivante dall'inserimento di un terzo nell'atto generativo. Attraverso queste prime pronunce si assiste al tentativo di "neutralizzare" l'artificio tecnico riconducendolo al naturale fine procreativo. L'indagine si sposta poi sulla fecondazione eterologa e sulla conseguente rottura della simmetria tra verità genetica e presunzione matrimoniale. In tale contesto, lo studio esamina il progressivo scardinamento del modello puramente biologico, culminato nell'ordinamento italiano con la legge n. 40/2004, la quale conferisce rilevanza giuridica e forza costitutiva allo *status* fondato sul consenso preventivo alla procreazione medicalmente assistita, escludendo il disconoscimento di paternità. In conclusione, il contributo dimostra come la filiazione nell'era della tecnica non possa ridursi a un mero dato naturale né a un puro atto di volontà, configurandosi piuttosto come il complesso punto di intersezione tra biologia, responsabilità intenzionale e decisione normativa.

This essay traces the historical and legal evolution of artificial insemination, highlighting the constant and unresolved conflict between the biological paradigm and the normative dimension. The Author starts from emblematic nineteenth-century cases—such as the 1883 Bordeaux Tribunal case—where reproductive technology entered public and legal discourse, raising complex questions about professional secrecy, morality, and the alleged "social danger" arising from the involvement of a third party in the generative act. Through these early rulings, an attempt emerges to "neutralize" the technical artifice by aligning it with the natural procreative purpose. The investigation then shifts to heterologous reproduction and the subsequent breakdown of the symmetry between genetic truth and marital presumption. In this context, the study examines the progressive dismantling of the purely biological model, which culminated in the Italian legal system with Law No. 40/2004; this legislation attributes

legal relevance and constitutive force to the *status* based on prior consent to assisted reproduction techniques (ART), precluding the disavowal of paternity. In conclusion, the paper demonstrates how filiation in the age of technology cannot be reduced to a mere natural fact nor to a pure act of will, emerging instead as the complex intersection of biology, intentional responsibility, and normative decision.

# La procreazione eterologa tra etica religiosa e secolarizzazione del diritto: storia, conflitti e nuovi paradigmi della filiazione

di Micaela Di Giorgio

Sommario: 1. Scienza e filiazione: l'eredità storica di un conflitto tra ordine naturale e autodeterminazione. – 2. Il laboratorio come spazio teologico: la fecondazione artificiale alle origini del sapere biomedico. – 3. L'autodeterminazione procreativa come categoria della modernità. – 4. La procreazione medicalmente assistita al vaglio del Parlamento: genesi, compromessi e tensioni costituzionali. – 5. Nota conclusiva: tra tradizione, biopolitica e nuovi diritti della filiazione.

## 1. *Scienza e filiazione: l'eredità storica di un conflitto tra ordine naturale e autodeterminazione*

Le profonde trasformazioni introdotte dalle scoperte scientifiche e dagli sviluppi della biomedicina hanno imposto il superamento del tradizionale percorso della natalità, oltre che una revisione del rapporto tra etica e diritto. Una separazione netta tra sfera morale, sfera giuridica e sfera scientifica non è più sostenibile in un contesto in cui la tecnica è divenuta parte integrante del processo generativo. Tuttavia, se l'autonomia della scienza non può ignorare le domande etiche, e né l'etica può prescindere dai dati e dalle possibilità tecniche, anche il diritto non può ridursi a mero esecutore di paradigmi morali preesistenti, o rinunciare a svolgere un ruolo regolativo. Si rende dunque necessario un modello dialogico e circolare, nel quale la scienza, che fa da aprifila, metta sul tavolo mezzi e nuove possibilità d'intervento; l'etica orienti le finalità e definisca il costrutto valoriale entro il quale muoversi; il diritto medi tra opzioni concorrenti, bilanciando gli interessi in gioco e definendo i confini dell'ammissibile[1].

[1] G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 103 ss.; Id., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 304 ss.: «Si interpreta bilanciando (interessi e valori) e si bilancia [...] interpretando nel tentativo di ricercare il "migliore diritto possibile". Soltanto riconoscendo l'indissolubilità dell'endiadi tra ragionevolezza e bilanciamento è possibile scongiurare i pericoli sia della cecità della mera sussunzione (la quale, se non accompagnata da una attività valutativa, rischia di trascurare le peculiarità del caso concreto in violazione del principio di differenziazione, *ex* artt. 3 e 118 Cost.), sia della

In questo quadro si colloca la procreazione medicalmente assistita (PMA), resa possibile dai progressi scientifici degli ultimi decenni[2]. Essa rappresenta una "scelta del diritto", perché solo l'intervento normativo è in grado di autorizzare, limitare o vietare l'uso di tecniche che modificano ciò che per secoli è stato considerato un comportamento naturale e immutabile. Al contempo, la PMA genera una costellazione di questioni etiche, religiose, giuridiche e sociali che rendono impossibile una disciplina univoca. È un terreno nel quale nessuna soluzione può dirsi definitiva e in cui la regolamentazione si muove secondo un processo mutevole.

Il discorso si complica ulteriormente se si considera la procreazione eterologa, che mette alla prova le categorie tradizionali della famiglia e della filiazione, coinvolgendo soggetti terzi, come i donatori di gameti, che partecipano senza assumere ruoli genitoriali, scardinando il modello biologico della filiazione e finendo per separare l'identità genetica da quella giuridica. Ciò finisce col far emergere interrogativi profondi sul concetto di famiglia, sulla responsabilità procreativa e sui diritti del nato. La storia giuridica della fecondazione eterologa dimostra quanto le tensioni del dibattito contemporaneo siano solo l'ultimo capitolo di un conflitto di lungo periodo, che oppone differenti visioni. Quella tra il diritto ecclesiastico, che affonda le sue radici nella teologia morale, e il diritto civile, orientato alla laicità e all'autonomia individuale; tra l'etica confessionale, che vede nella generazione e concepimento un ordine naturale immutabile, e modelli secolari, centrati sui diritti fondamentali e sul principio di autodeterminazione.

In altri termini, l'attuale controversia sulla fecondazione eterologa è l'esito di un lungo processo storico, nel quale la procreazione è stata progressivamente sottratta al monopolio della religione e ricondotta nella sfera della regolazione statuale. Oggi i conflitti si ridefiniscono attraverso

---

tirannia dei valori (i quali [...] hanno una gerarchia e non sono monadi inconciliabili e non comparabili)».

[2] In realtà, non si tratta di una pratica completamente avulsa alla tradizione antica. Nell'Antico Testamento è di fatto richiamata, quando Sara convinse Abramo a concepire un figlio con la propria schiava, per esempio, o Giacobbe ne concepì due con la schiava della moglie Rachele. Per un'ampia disamina si rimanda agli studi di A. Vallini, *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, in *Diritto penale e processo*, 2017, 7, 900 ss.

il linguaggio dei diritti fondamentali, delle biotecnologie e delle nuove identità familiari[3].

Le attuali normative bioetiche – complesse, stratificate e spesso controverse – affondano le loro radici in una lunga tradizione giuridica. È noto come per secoli la riproduzione sia stata regolata dal diritto canonico, dal diritto civile e dalle consuetudini locali, che definivano ciò che poteva dirsi lecito in materia di filiazione, di matrimonio e di appartenenza familiare. In epoca medievale come in epoca moderna la procreazione veniva intesa come un atto inscritto nel disegno divino, e proprio questa concezione teologica legittimava un controllo rigoroso sull'accesso alla maternità e alla paternità. Il magistero cattolico ha da sempre stabilito i confini dell'ammissibile, "condannando" la fecondazione assistita come moralmente illecita, sia perché ritenuta contraria alla "naturalità" del concepimento, sia perché l'uso di gameti esterni alla coppia era interpretato come una forma di *adulterium* o illecita *fornicatio*[4].

Questa impostazione non ha influito solo sugli ordinamenti confessionali. Anche sistemi formalmente laici, come quello italiano e quello francese, hanno recepito in parte tali divieti, seppure declinandoli in termini civili piuttosto che religiosi. Con il progressivo rafforzamento del ruolo dello Stato nella regolazione delle questioni familiari, è emerso il tentativo di costruire modelli giuridici autonomi dal controllo ecclesiale. Si afferma lentamente il principio di autodeterminazione in materia procreativa, che non elimina i conflitti etici, ma li colloca in un quadro diverso, ovverosia quello del diritto come luogo di mediazione, e non come semplice traduzione normativa di un ordine morale predefinito[5]. Il

[3] R. Villani, *La procreazione medicalmente assistita in Italia: profili civilistici,* in S. Rodotà, P. Zatti (diretto da), *Trattato di Biodiritto. Il Governo del corpo*, Milano, 2011.

[4] Che è quanto ora si dice a proposito della fecondazione eterologa. Per un'analisi dettagliata si rimanda a E. Dolcini, *Responsabilità del medico e reati in materia di procreazione assistita. Ambiguità e rigori della legge italiana n. 40 del 2004*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, 2008; Id., *La legge sulla fecondazione assistita, un esempio di 'sana laicità'*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, 2009.

[5] A. Gorassini, voce *Procreazione*, in *Enc. dir*, XXXVI, Milano, 1971, 952 ss.; M. Dogliotti, *Le persone fisiche*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato, Persone e famiglia*, I, Torino, 1999, 2, 50 ss.; G. Baldini, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, Torino, 1999; Id., *Libertà procreativa e fecondazione artificiale,* Napoli, 2006, 28; I. Corti, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000, 60 ss.

rinascimento scientifico di quegli anni portò alla messa a segno di contributi sovversivi, che avrebbero riscritto le pagine del sapere[6].

## 2. *Il laboratorio come spazio teologico: la fecondazione artificiale alle origini del sapere biomedico*

L'analisi delle radici storico-scientifiche della procreazione medicalmente assistita impone di volgere lo sguardo alle prime fratture che, tra Settecento e Ottocento, incrinarono il concetto stesso. Fino al XVIII secolo la scienza della riproduzione era ancóra segnata da spiegazioni

[6]Un metodo scientifico che affonda le sue origini nella rivoluzione galileiana, a partire dalla quale si determina un diverso approccio nei confronti delle scienze, tale da suggerire un percorso obbligato, articolato nella osservazione diretta, nella formulazione di ipotesi e nella verifica sperimentale per avallare o confutare la tesi proposta. *Ex multiis*, D. Wootton, *The Invention of Science: A New History of the Scientific Revolution*, HarperCollins Publishers, 2015; I.C. Binns, R.L. Bell, *Representation of Scientific Methodology in Secondary Science Textbooks*, in *Science & Education*, vol. 24, 2015, 7, 913-936. Negli ultimi anni della sua carriera, Harvey si dedicò allo studio dell'embriologia. Con il trattato del 1651, le *Exercitationes de generatione animalium*, egli appoggiò la teoria aristotelica secondo cui gli embrioni si formano gradualmente e che nel loro stadio iniziale non possiedono le caratteristiche di un adulto. Nel libro, assai più lungo del *De Motu Cordis*, Harvey esaminò le uova di gallina e di molti altri animali per seguire giornalmente lo sviluppo dell'embrione. Arrivò alla conclusione che il seme non entra in contatto con l'uovo, ma che un principio formativo viene trasmesso dal seme all'uovo per via non materiale. Prende piede così la tesi ovista: la femmina non produce alcun tipo di seme mentre quello maschile non supera il canale cervicale dell'utero ma in esso penetra solo una parte più volatile che porta alla fecondazione dell'utero stesso. Tuttavia, sebbene Harvey si fosse impegnato a creare una strada più sicura per la materia abolendo le teorie improbabili della mescolanza dei semi, la sua opera cadde ben presto nel silenzio. W. Harvey, *Exercitationes de generatione animalium. Quibus accedunt quaedam de partu; de membranis ac humoribus uteri; & de conceptione*, London, 1651. Poco più tardi, nel 1667, sarebbe stato Niels Stensen ad occuparsi di questi temi, proponendo la tesi per la quale i vivipari si riproducessero per mezzo di quelli che lui chiamava "testicoli femminili", dotati di uova che venivano trasportate dalle ovaie all'utero. Di fatto, il geologo danese scoprì il funzionamento delle tube uterine e delle ovaie. Si veda N. Steensen, *Elementorum myologiae specimen*, Amstedolami, Elizaeus Weyerstraeten, 1669. Giovanni Van Horne, poi Regnier de Graaf, avrebbero ripreso e sviluppato ulteriormente quegli studi, sino ad arrivare alla proposta di una struttura dell'apparato riproduttore e alla teoria degli *ova viparium*. Antonie Van Leeuwenhoek, pioniere nella microscopia, nel 1677 avrebbe dimostrato il ruolo degli spermatozoi, quali agenti della fecondazione.

vitalistiche o spirituali che attribuivano la fecondazione a forze immanenti e incorporee. La teoria dell'*aura seminalis*, insieme ad altre concezioni quali il preformismo e l'ovismo, cercava di conciliare osservazione empirica e visione teologica della natura. La vita era intesa come un principio animatore proveniente dall'esterno, e l'atto generativo veniva percepito come evento in larga misura "misterioso"[7]. Il diritto e la filosofia contribuirono a cristallizzare questa visione.

Il diritto canonico, che ha detenuto per secoli l'egemonia nella regolazione della famiglia e della filiazione, vedeva la procreazione come un processo sacro e sottratto alla disponibilità dell'uomo. L'ingresso della filosofia aristotelica in Occidente aveva profondamente trasformato il quadro concettuale, in uno con le soluzioni per armonizzare il rapporto tra la scienza e la sapienza, elaborate dai grandi maestri tra il XIII e il XIV secolo. Il confronto, spesso segnato da forti tensioni, tra filosofia e teologia nel periodo premoderno, trova nel binomio scienza-sapienza uno snodo teorico imprescindibile, un autentico laboratorio concettuale in cui si sperimentano modelli sistematici della realtà destinati a esercitare un'influenza che travalica l'ambito strettamente filosofico, investendo la storia culturale e umana dell'intero Occidente. Bonaventura da Bagnoregio, per esempio, avrebbe contribuito ad istituzionalizzare il platonismo noetico

[7] Sul problema dell'origine dell'anima, strettamente connesso all'embriologia, la riflessione filosofica si sviluppa già in età greca nel tentativo di conciliare generazione corporea e principio immateriale: mentre i Presocratici tendono a ricondurre l'anima a elementi della *physis*, Platone ne afferma la preesistenza e Aristotele la definisce quale forma del corpo. In parallelo si articola il dibattito sull'animazione (immediata o mediata) e sui modelli embriologici, oscillanti tra preformismo ed epigenesi. In ambito cristiano, la questione è riformulata nelle alternative tra traducianismo e creazionismo, accanto alla persistenza della dottrina della preesistenza dell'anima (come con Origene e alcuni dei suoi seguaci), poi progressivamente esclusa dall'ortodossia. Nel Medioevo il tema si lega al peccato originale e alla sistemazione del creazionismo; il Rinascimento segna una ripresa del platonismo, mentre la Riforma riapre il confronto tra le due principali opzioni. Nel Seicento, il meccanicismo sollecita tentativi di conciliazione (anche attraverso il rinnovato ricorso al preformismo, che conobbe ampia diffusione, influenzando autori come Malebranche e Leibniz), successivamente sottoposti a critica nel XVIII secolo, quando si affermano orientamenti vitalistici fondati sulla necessità di un principio non riducibile a spiegazioni puramente meccaniche. L'Enciclopedia illuminista considera ancora l'origine dell'anima un tema aperto, sebbene già in declino come oggetto di speculazione filosofica e scientifica. Per un dettagliato approfondimento (anche) di questi argomenti si veda L. Spruit, *The Origin of the Soul from Antiquity to the Early Modern Era. A Short Introduction*, Lugano, 2014.

di matrice agostiniana e, parallelamente, con la riscoperta di Aristotele nel corso del XIII secolo, contribuito alla formulazione di proposte speculative, alternative rispetto alla tradizione consolidata[8]. L'aristotelismo, che restava dominante e che era naturalmente androcentrico, attribuiva all'uomo il principio attivo della generazione (il principio del mutamento) e alla donna quello passivo, rafforzando rappresentazioni gerarchiche che avrebbero inciso sulla disciplina giuridica della filiazione fino all'età contemporanea[9].

Le riflessioni di Alberto Magno sul ruolo formativo del seme e, successivamente, quelle di Tommaso d'Aquino contribuirono a consolidare l'idea della riproduzione come fenomeno naturale e teleologicamente orientato, sottratto al dominio della tecnica e inscindibilmente connesso al matrimonio. In questa prospettiva, la generazione della vita non poteva essere artificialmente prodotta o replicata, poiché implicava non soltanto cause naturali, ma anche l'intervento creativo divino. Tale impostazione, destinata a influenzare anche il pensiero giusnaturalista successivo, da Tommaso d'Aquino[10] a Suárez[11], costituì per secoli uno dei principali

[8]Il teologo agostiniano identificava la scienza con il livello più alto della sapienza, ponendo in relazione la verità increata – oggetto di intuizione intellettuale – con la disposizione naturale dell'intelletto umano ad accogliere la luce eterna. In questa prospettiva, la dottrina agostiniana dell'illuminazione interiore forniva una solida giustificazione a una concezione della sapienza intesa come capacità intrinseca di rendere accessibile all'intelligenza umana una razionalità epistemologica fondante la verità trascendente.

[9]Aristot, *Metaphysica*, 11, 1037 a 27-29, tr. it. di G. Reale (a cura di), *Aristotele, Metafisica*, Milano, 2004, 225 ss. Per approfondimenti si veda, *ex multiis*, D. Lanza, *La struttura della teoria genetica nel* De generatione animalium, in Id., M. Vegetti (a cura di), *Aristotele, Opere biologiche,* Torino, 1971, 829-1042.

[10] Per un esaustivo approfondimento della tematica si rimanda a C.A. Testi, *L'embriologia di S. Tommaso d'Aquino e i suoi riflessi sulla bioetica contemporanea*, in *Divus Thomas*, vol. 101, 1998, 1, 80–105, spec. 83 ss. Il *Doctor Angelicus*, che aveva saputo integrare dati biologici aristotelici e dogma cristiano, elaborò la teoria dell'animazione successiva, secondo cui nell'embrione si succedono l'anima vegetativa, quella sensitiva e, infine, quella razionale, infusa da Dio. Ariberto Acerbi, dedicatosi alla fondazione epistemologica del sapere nell'opera di Tommaso d'Aquino (*Super Boetium de Trinitate*), evidenzia la ricchezza e la fecondità dell'assimilazione tommasiana del metodo aristotelico, grazie alla quale la concezione di scientificità degli Analitici viene innalzata fino al livello più alto, trovando il proprio compimento nella teologia dogmatica.

[11]Entrambi ricordati per aver saputo separare l'ordine naturale e quello divino, la fede e la ragione, tanto da passare alla storia per la modernità del loro pensiero, come ricorda, tra gli altri, Giovanni Ambrosetti: «Noi ci avviciniamo a Suarez perché è uno

ostacoli teorici alla concezione della procreazione come processo tecnicamente manipolabile.

Dalla seconda metà del Settecento la questione dell'origine dell'anima scompare progressivamente dal dibattito scientifico, per sopravvivere come tema teologico ed etico, mentre la filosofia e la scienza si orientano verso modelli naturalistici dello sviluppo embrionale e del comportamento umano.

È in questo contesto che s'inserisce l'opera di Lazzaro Spallanzani (1729-1799), figura cardine della scienza illuminista, sacerdote e biologo, il cui contributo non rileva sul solo piano tecnico-sperimentale, ma anche sul versante culturale e filosofico. Il suo pensiero opera una rottura silenziosa ma incisiva, sostenendo che il fenomeno generativo dovesse essere oggetto di osservazione empirica, invece che di speculazione metafisica. Tra il 1772 e il 1779 egli condusse una serie di esperimenti pionieristici, procedendo con fecondazioni extracorporee su rane e salamandre. Il biologo emiliano avrebbe in questo modo dimostrato che lo sviluppo embrionale richiedesse il contatto fisico tra gameti, confutando ogni concezione "spiritualistica" della fecondazione[12]. Poco dopo avrebbe

---

spirito moderno contenuto da una veste medioevale che porta tutto il rigore che le è proprio. Parliamo di modernità di Suarez specialmente in un senso […] quello che tocca il metodo della ricerca. […] Il suo grande merito sta nell'aver annunciato e cercato di realizzare, in accordo con Tommaso, l'ideale della sintesi fra fede e sapere […] Ma l'aver avuto chiara tutta la necessità di una radicale distinzione fra i due ordini, quello naturale e quello soprannaturale, doveva portare Suarez a dare una nuova forza, un vigore nuovo, alla ricerca puramente razionale. È questa per noi la caratteristica più importante della sua modernità». G. Ambrosetti, *La filosofia delle leggi di Suarez,* II-XVIII, Roma, 1948.

[12]La prima grande questione che guidò le indagini di Spallanzani sulla riproduzione riguardava il ruolo effettivo del liquido seminale nel processo di fecondazione e nello sviluppo dell'embrione. Per affrontare il problema, lo scienziato scelse come modello di studio alcune specie anfibie, animali che presentavano due vantaggi decisivi: erano facilmente reperibili in gran numero e, soprattutto, la loro fecondazione avveniva al di fuori del corpo femminile. Questa caratteristica ne rendeva possibile l'osservazione diretta, consentendo così un controllo sperimentale molto più rigoroso rispetto ai mammiferi. Una volta selezionate le cavie, Spallanzani si trovò di fronte a un ostacolo non secondario: distinguere il semplice accoppiamento degli anfibi dalla reale emissione del seme maschile, elemento la cui presenza era essenziale per verificare la validità delle varie teorie sulla generazione. La soluzione che escogitò è divenuta celebre nella storia della biologia sperimentale: predispose per rane e rospi una sorta di piccole "mutandine" protettive, le celebri *culottes*, che impedissero al maschio di rilasciare il proprio seme pur consentendo l'accoppiamento. L'idea non era completamente inedita. Anche Charles

perfezionato le sue analisi con la fecondazione intracorporea (in luogo di quella extracorporea) su esemplari canini, giungendo a dimostrare che l'induzione artificiale della gravidanza fosse possibile anche nei mammiferi.

Queste scoperte incrinarono definitivamente il mito della procreazione come processo esclusivamente naturale e non manipolabile. Spallanzani non cercava lo scontro con la teologia cattolica; seppe piuttosto individuare una soluzione compatibile con la prospettiva ecclesiastica. Il suo contributo sulla fecondazione artificiale mostra l'intenzione di collocare la novità biologica non in antitesi con il divino, ma come ulteriore esplorazione della razionalità del creato, consentendo la nascita di un nuovo paradigma epistemologico, che non vedesse più la fede come un limite alla ricerca scientifica[13]. In prospettiva, il diritto era ora destinato a misurarsi con un mondo tecnico radicalmente trasformato.

Spallanzani avrebbe così aperto la strada alla possibilità, non ancora realizzabile ma già teoricamente concepibile, che l'uomo potesse intervenire tecnicamente nel processo generativo, sottraendolo alla sua millenaria naturalità. Sebbene la riflessione giuridica tardi a recepire la portata delle innovazioni scientifiche – vuoi anche per la pressione ecclesiastica, "costretta" a mettere in discussione la moralità di quelle scoperte – le ricerche settecentesche avrebbero prodotto nel lungo periodo un effetto destabilizzante[14]. A partire dall'Ottocento, gli ordinamenti laici cominciarono a rinegoziare il ruolo dello Stato nella disciplina della famiglia, emancipandosi gradualmente dalle categorie morali confessionali. Ciò avvenne parallelamente con lo sviluppo delle tecniche e delle tecnologie, per mezzo delle quali è stato possibile creare embrioni umani in laboratorio, portando all'attenzione dell'opinione pubblica e dell'etica medica la possibilità di risolvere i casi di infertilità maschile attraverso l'intervento di

Bonnet – naturalista svizzero e interlocutore privilegiato di Spallanzani in un fitto scambio epistolare – aveva tentato un esperimento simile, senza però riuscire a condurlo a termine con successo, probabilmente a causa dei materiali scelti, inadatti a sopportare l'umidità e i movimenti degli anfibi. Spallanzani migliorò l'intuizione del collega: utilizzò inizialmente sottili membrane ricavate da vesciche animali e, in un secondo momento, optò per il taffettà, tessuto più resistente e, potremmo dire, anche sorprendentemente elegante per un uso tanto insolito.

[13] T. Penna, *Cenni storici sulla PMA eterologa: la morale sessuale cattolica e il modello bioetico francese,* in *Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, 2019, 236-238.

[14] M.L. Di Pietro, E. Sgreccia, *Procreazione assistita e fecondazione artificiale tra scienza, bioetica e diritto*, Brescia, 1999; M. Tedesco, *La procreazione medicalmente assistita*, in Aa.Vv., *Fecondazione eterologa*, Milano, 2015.

un soggetto estraneo alla coppia. Vale tuttavia la pena ricordare che solo nel 1978, e precisamente il 25 luglio di quell'anno, si assisterà presso l'*Oldham General Hospital* di Manchester alla nascita di Louise Brown, la prima bambina concepita con la fecondazione in vitro. Prima di allora con Paolo Mantegazza, fisiologo, antropologo e senatore, già si era tentato l'intervento del donatore in un progetto di filiazione di una coppia. Egli notava come non avesse trovato: «[…] né nel Vangelo né nei libri canonici alcun precetto, alcun anatema contro la fecondazione artificiale, e mi pare anzi di trovare in tutti i libri sacri un tale entusiasmo per la fecondità da darci in cento edizioni diverse il *crescite et multiplicamini* della Bibbia. Se l'uomo riesce coll'aiuto della scienza a rendere feconda una donna sterile, mi pare che compia, anche sotto il punto di vista religioso un atto meritorio»[15]. Ma le proposte del senatore non attecchirono sul suolo italico, dove la Chiesa continuava a muovere i fili, lasciando spazio nel corso del secolo successivo all'affermarsi di divieti di ordine morale, tradotti (in modo più o meno esplicito) in divieti normativi.

In paesi come la Francia, invece, benché la morale cattolica continui per lungo tempo a influenzare la disciplina della filiazione, gradualmente si assistette a un progressivo avvicinamento alla logica moderna. La procreazione non era più solo un fatto naturale ma un evento giuridico, che imponeva la competenza regolatoria del legislatore. Timidamente cominciava ad aprirsi la strada all'autodeterminazione procreativa.

## 3. *L'autodeterminazione procreativa come categoria della modernità*

Il riconoscimento dell'autodeterminazione procreativa costituisce una delle trasformazioni più profonde e controverse che hanno attraversato la storia giuridica contemporanea, che segna il passaggio da un modello nel quale l'atto generativo veniva considerato come un evento sottratto alla libertà individuale – perché inscritto in un ordine naturale, teologico o giuridico precostituito – a una concezione nella quale la procreazione diviene spazio di decisione personale, bilanciato da doveri e responsa-

[15] P. Mantegazza, *Nota sulla fecondazione artificiale della donna*, in *Gazzetta degli ospitali*, VIII, II, 1887. Per una dettagliata analisi si rimanda a E. Betta, *L'altra genesi*, Roma, 2012; T. Penna, *Il dono di capacità riproduttiva: la PMA con dono di gameti e la GPA negli ordinamenti francese e italiano*, in *Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino*, Napoli, 2020, 12, 97 ss.

bilità nei confronti del nascituro e della collettività. Prima di procedere oltre, occorre chiarire il significato del concetto di "autodeterminazione". Con tale espressione si intende la facoltà riconosciuta all'individuo di orientare in modo autonomo le proprie scelte di vita, sottraendole a condizionamenti o ingerenze esterne, e di manifestare liberamente la propria personalità. Questa libertà decisionale, non soggetta a imposizioni provenienti da fattori esogeni, investe tanto la dimensione strettamente individuale quanto quella sociale, economica e culturale. Nella sua più ampia estensione, essa incontra come limite soltanto il principio del *neminem laedere,* sebbene parte della dottrina ritenga che l'esistenza di un limite sia connaturata alla stessa nozione di autodeterminazione. In ambito sovranazionale, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ricavato tale principio dall'art. 8 della CEDU, sviluppando nel tempo un articolato e significativo orientamento giurisprudenziale[16]. È in questo contesto che s'inserisce la nota decisione *Paradiso e Campanelli c. Italia*, che rappresenta uno snodo particolarmente significativo nella definizione dei confini dell'autodeterminazione procreativa. Qui la Corte EDU, pur ammettendo che le scelte relative alla genitorialità rientrino nell'ambito della vita privata di cui all'art. 8 CEDU, ha sottolineato come esse non possano essere considerate illimitate, specie quando incidano su interessi ulteriori, quali la tutela dell'ordine pubblico e, soprattutto, la protezione del minore. In quel caso, relativo al ricorso alla maternità surrogata all'estero e al successivo rifiuto dello Stato italiano di riconoscere il legame genitoriale, la Corte ha escluso la violazione della Convenzione, valorizzando l'assenza di un legame biologico e la brevità del rapporto instaurato con il minore[17]. Sul versante interno, la tutela del diritto all'autodeterminazione trova

[16] *Ex multiis*, Corte EDU, 29 aprile 2002, ric. n. 2346/02, *Pretty v. United Kingdom*; Corte EDU, 25 marzo 1992, ric. n. 13343/87, *B. v. France*; Corte EDU, Grande Sez., 22 gennaio 2008, c. 43546/02, *E.B. c. Francia*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 380 ss. Nella sentenza della grande camera 3 novembre 2011, *S.H. e altri contro Austria*, ric. n. 57813/00, la Corte avrebbe ritenuto che i limiti posti dalla legge austriaca sulle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo non violino l'art. 8 CEDU, giustificandosi con «l'interesse del nascituro, la cui tutela comporta anche la necessità di acquisire la certezza della propria discendenza bigenitoriale, con ogni connessa proiezione anche sul crinale della completezza delle relazioni affettive e familiari e della assunzione delle responsabilità connesse».

[17] Cfr. Corte EDU, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, *Paradiso and Campanelli v. Italy*. Un'analisi di questo tipo deve necessariamente tenere dentro il percorso argomentativo della Corte EDU, 16 luglio 2014, ric. n. 37359/09, *Ha□ ma□ la□ inen v. Finland*, in merito

fondamento in un'interpretazione evolutiva dell'art. 2 della Costituzione, in base alla quale i diritti inviolabili dell'uomo non costituiscono un catalogo rigido e predeterminato, circoscritto alle sole previsioni espresse del testo costituzionale, ma rappresentano una categoria aperta, destinata ad ampliarsi in relazione ai mutamenti della società e all'emergere di nuove istanze di tutela. Dal combinato disposto degli artt. 2 e 13 della Costituzione emerge una concezione della persona quale soggetto titolare di una sfera di autonomia inviolabile, dove l'individuo è legittimato a compiere scelte fondamentali riguardanti la propria vita senza indebite interferenze esterne. In questa prospettiva, l'autodeterminazione si configura non solo come garanzia negativa di non ingerenza da parte dei pubblici poteri, ma anche come principio positivo che riconosce e promuove la libertà dell'individuo di costruire consapevolmente il proprio progetto esistenziale.

L'emersione del principio di autodeterminazione procreativa, tutt'altro che lineare, riflette la progressiva affermazione di una cultura che mette al centro dei diritti la persona, e si intreccia con la trasformazione scientifica e tecnica che ha reso la generazione suscettibile di intervento e manipolazione[18]. La filiazione era ricondotta alla verità biologica presunta all'interno del matrimonio; i genitori erano definiti dall'unione coniugale più che da una scelta libera; la sessualità era vincolata a finalità riproduttive e la procreazione interpretata come atto conformato alla volontà divina[19]. Il modello teologico e quello giusnaturalistico convergevano nel sottrar-

agli effetti sullo stato civile del cambiamento di sesso di uno dei coniugi in relazione al diritto al rispetto alla vita privata e familiare. Sul *best interest of child*, Corte EDU, 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11, *Mennesson c. Francia*; Sulla presunta violazione dell'art. 8 CEDU si veda Corte EDU, 23 gennaio 2025, ric. n. 13805/21, *H.W. c. Francia.* Ancora sulla violazione dell'art. 8 CEDU in conseguenza dell'annullamento parziale dell'atto di nascita, Corte EDU, 9 ottobre 2025, ric. n. 42247/23, *X. c. Italia.*

[18] Sul principio di autodeterminazione individuale in materia sanitaria e salutistica si rimanda a S. Mangiameli, *Autodeterminazione: il diritto di spessore costituzionale,* in Id. (a cura di), *Teoria del diritto e dello Stato*, Roma, 2010, 258 ss.; A. Valongo, *Profili evolutivi della procreazione assistita* post mortem, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 531 ss.; A. De Vita, *Il diritto all'autodeterminazione in ambito sanitario e il testamento biologico: verso nuove frontiere del diritto? Il diritto della sanità: problematiche attuali*, in *Giustizia Amministrativa*, 1, 2020; S. Deplano, F. Carimini (a cura di), *Genitorialità medicalmente assistita e diritti del minore*, Atti del Convegno del 13 dicembre 2023, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, Napoli, 2024.

[19] G. La Rocca, E. Bilotti, V. Piccinini (a cura di), *Le relazioni giuridiche familiari tra natura e storia. Prospettive culturali e questioni aperte,* Torino, 2024, 119 ss.

re la procreazione alla disponibilità dei singoli, perché era un fatto della natura e non un diritto della persona. Sarebbe stata la logica illuminista ad imporre, quale criterio informatore nell'uso della ragione, l'autolimitazione entro i confini dell'esperienza. Con l'età moderna e con le rivoluzioni scientifiche l'assetto tipicamente medievale cominciava allora gradualmente ad incrinarsi. Il consolidarsi del metodo sperimentale, la fisiologia riproduttiva e, soprattutto, la possibilità tecnica – pur inizialmente solo teorica – di intervenire sul processo procreativo rendevano sempre più difficile sostenere un'idea di riproduzione come dominio esclusivo della natura. Più tardi, la nascita dello Stato costituzionale e del costituzionalismo dei diritti trasformava l'individuo da destinatario passivo delle norme morali a titolare di prerogative soggettive che l'ordinamento è chiamato a proteggere. La libertà procreativa trova una prima legittimazione implicita nelle norme che tutelano la salute, la vita privata e familiare, l'integrità psico-fisica e, più tardi, nell'idea moderna di dignità della persona.

L'autodeterminazione procreativa si articola così in una duplice dimensione: il diritto a non procreare – tramite la contraccezione e, nei casi configurati dalla legge, l'interruzione volontaria di gravidanza – e il diritto a procreare, che include anche la possibilità di accedere a tecniche mediche sostitutive o integrative della fertilità naturale. È questa seconda dimensione che porta alla collisione con il paradigma tradizionale, perché se la libertà negativa trova più facilmente riconoscimento, la libertà positiva di procreare incontra resistenze dovendosi misurare direttamente con la dottrina della naturalità del concepimento, e con l'idea che il rapporto genitoriale sia necessariamente fondato sulla corrispondenza biologica.

Il diritto, investito delle nuove istanze provenienti dalla scienza e dalla società, veniva allora chiamato a ridefinire i confini della responsabilità procreativa. Ciò che in passato era attribuito alla natura diveniva ora oggetto di scelta, e dunque di disciplina[20]. La volontà, più della biologia, iniziava a configurarsi come elemento fondativo della genitorialità. Uno spostamento reso evidente dalla procreazione eterologa, perché rappresenta l'ambito nel quale l'autodeterminazione procreativa si confronta con limiti più stringenti. Attraverso l'intervento di un donatore, la filiazione perde il suo carattere naturale-biologico per assumere una dimensione costruttiva e intenzionale. La tecnica, scomponendo il processo volto alla

[20]L. Giacomelli, *Tutela dei minori e pragmatismo dei giudici: verso il riconoscimento delle «nuove» forme di filiazione e genitorialità,* in *Osservatorio AIC*, 2018, 3, 551-587.

procreazione e distribuendolo tra più soggetti, "rivela" il presupposto implicito della filiazione contemporanea, dove è il diritto, e non la natura, a decidere della titolarità genitoriale. Si tratta allora di un laboratorio giuridico nel senso più rigoroso del termine, perché luogo nel quale il diritto sperimenta categorie nuove, quali la volontà, l'intenzionalità e la responsabilità procreativa, per governare una realtà modellata anche dalla scienza.

Ad ogni buon conto, fino al 1985 il legislatore italiano non aveva in alcun modo avvertito l'esigenza di predisporre una forma di "tutela minima" o di copertura giuridica per le innovazioni della medicina riproduttiva, se si eccettuano alcuni risalenti disegni di legge volti a incriminare e sanzionare penalmente il ricorso alle tecniche di inseminazione artificiale. I primi interventi in materia di embrioni e cellule riproduttive non assunsero la forma di una legge, ma si concretizzarono in una sintetica circolare ministeriale. In particolare, con la circolare del 1985, il Ministro della Salute individuò per la prima volta i requisiti soggettivi per l'accesso alle prestazioni offerte dal Servizio sanitario nazionale, vietando al contempo alcune pratiche ritenute incompatibili con i "principi fondamentali del sistema giuridico costituito". Si consentiva esclusivamente il ricorso alla procreazione medicalmente assistita di tipo omologo, riservata a coppie coniugate, non separate e affette da infertilità accertata e certificata. Furono invece escluse e proibite la fecondazione eterologa, sia totale che parziale, le tecniche di crioconservazione degli embrioni e la gestazione per altri, anche se di carattere solidale.

La cosiddetta circolare Degan, dal nome del Ministro Costante Degan, delineò tuttavia un insieme di regole applicabili unicamente alle strutture sanitarie pubbliche, lasciando escluse dal proprio ambito di operatività le cliniche private. Tale scelta ebbe rilevanti conseguenze per le strutture private, che poterono continuare a utilizzare liberamente tecniche di fecondazione eterologa, maggiormente idonee a fronteggiare forme di infertilità più gravi rispetto a quelle trattabili con la PMA omologa, nonché a ricorrere alla crioconservazione per ridurre i rischi di gravidanze multiple[21]. Le restrizioni imposte alle sole cliniche pubbliche con-

[21] Circ. Ministero della sanità, n. 100/1985. Nella Relazione della XII Commissione Permanente, (Affari Sociali), presentata alla Presidenza il 26 marzo 2002, 7, reperibile su *https://www.senato.it/documenti/repository/leggi_e_documenti/raccoltenormative/15%20%20Procreazione/1%5E%20CAMERA/DDL%200047-A-quater.pdf*. Della circolare in questione si diceva: «la circolare Degan, del 1985, che vieta la fecondazione impropriamente

tribuirono a indebolire sia l'interesse collettivo sia quello degli operatori del settore verso l'adozione di una legge organica (diversamente da quanto andava accadendo, negli stessi anni, in Paesi come la Svezia, il Portogallo, Israele, la Norvegia, la Spagna e il Regno Unito). Erano le aule di giustizia a pagare lo scotto di quelle laconiche disposizioni, per le difficoltà interpretative causate dall'assenza di una disciplina puntuale e per il crescente ricorso, da parte delle cliniche private, a procedure allogeniche in mancanza di standard minimi igienico-sanitari e di adeguata professionalità.

Nonostante le criticità, nel decennio successivo alla circolare Degan il quadro normativo rimase sostanzialmente invariato, arricchendosi soltanto di ulteriori interventi ministeriali, come le circolari «Donat-Cattin» n. 19 del 27 aprile 1987 e «De Lorenzo» n. 17 del 10 aprile 1992, volte a prevenire la trasmissione dell'HIV e di altri agenti patogeni attraverso la donazione di liquido seminale impiegato nella fecondazione artificiale. Tuttavia, l'esigenza di una regolamentazione più dettagliata delle procedure e di una maggiore responsabilizzazione degli operatori, a fronte del rapido sviluppo delle pratiche di procreazione assistita, maternità surrogata e crioconservazione cellulare, condusse le cliniche private a forme di autoregolamentazione. Parallelamente, la Federazione nazionale degli ordini dei medici e degli odontoiatri sollecitò un intervento legislativo[22].

Ciò avvenne solo nel 2004, quando il legislatore italiano decise di intervenire in materia con la legge 19 febbraio 2004, n. 40[23].

---

de- finita "eterologa" nei centri pubblici, senza nulla dire nel merito dei centri privati, dove niente è vietato e quindi, nella pratica, tutto è consentito. Da tempo alcuni di questi centri si sono dati codici di autoregolamentazione buoni ma sicura- mente non sufficienti a garantire ai cittadini una univocità di comportamenti e di diritti».

[22] Preoccupazioni, queste, che furono recepite anche dalla Commissione istituita dal Ministro di Grazia e Giustizia Giuliano Vassalli per la riforma del Codice penale. La Commissione Pagliaro, nel 1992, presentò un progetto in materia di reati contro la gestazione, proponendo l'introduzione, tra i delitti contro la persona, di nuove fattispecie criminose (come il procurato aborto senza il consenso della gestante, l'aborto della donna consenziente, la produzione di embrioni umani per finalità diverse da quelle riproduttive, l'inseminazione senza consenso e, infine, l'embrionicidio, al di fuori dei casi di aborto).

[23] Legge 19 febbraio 2004, n. 40, «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita», in G.U. 24 febbraio 2004, n. 45, reperibile su *gazzettaufficiale.it*. Per una disamina dei fatti antecedenti alla regolamentazione della disciplina, *ex multiis*, S. Canestrari, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico tra valori ideali e opzioni ideologiche*, in M. Fioravanti (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, 2001. Sugli effetti della novella, si rimanda

## 4. *La procreazione medicalmente assistita al vaglio del Parlamento: genesi, compromessi e tensioni costituzionali*

Il tema della procreazione medicalmente assistita fece il suo ingresso nel dibattito parlamentare solo a partire dalla IX Legislatura, a fronte di un orientamento che, fino alla VII almeno, si era attestato su posizioni marcatamente ostative. L'elaborazione di una disciplina normativa organica fu affidata, nel tempo, a tre diverse Commissioni ministeriali. Il Ministro della Sanità istituì con decreto del 31 ottobre 1984 la prima Commissione, presieduta da Fernando Santosuosso[24]. L'obiettivo assegnatole non era quello di costruire una normativa incentrata esclusivamente sulla tutela dell'embrione, quanto piuttosto quello di delineare una disciplina delle tecniche di fecondazione assistita, inizialmente concepite come limitate alla sola modalità omologa. Ciononostante, le due proposte di legge presentate il 22 novembre del 1985 dalla Commissione prevedevano, tra le pratiche ammissibili, anche quelle di tipo allogenico o eterologo[25].

Archiviati i lavori della Commissione Santosuosso – che avrebbero comunque costituito la base di riferimento per la successiva elaborazione della l. n. 40/2004 – il Ministro della Sanità Raffaele Costa istituì, nel 1995, una seconda Commissione presieduta da Elio Guzzanti e, l'anno seguente, una terza Commissione sotto la guida di Francesco Donato Busnelli. Tali organismi, istituiti nel corso del primo Governo Berlusconi, ebbero tuttavia un'esistenza effimera, perché nonostante la prima Commissione fosse giunta alla redazione di un rapporto conclusivo, e la seconda all'elaborazione di uno schema di disegno di legge, nessuno dei due testi venne mai esaminato dal Parlamento. Analoga sorte toccò ai lavori della Commissione Igiene e Sanità del Senato, presieduta dall'allora senatrice Casellati, anch'ella pervenuta a un testo unico, travolto però dalla

---

a C. Casini, M. Casini, M.L. Di Pietro, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". Commentario*, Torino, 2004; N. Riva, *Diritti e procreazione assistita: le ragioni della legge n. 40/2004*, in *Sociologia del Diritto*, 2010, 37, 39-64; Id., *Diritti e procreazione medicalmente assistita. Un esame della normativa italiana*, Roma, 2012.

[24] F. Santosuosso, *La fecondazione artificiale nella donna*, Milano, 1961, 103 ss.; Id., *La procreazione artificiale umana*, Milano, 1984, 75 ss.

[25] Norme sui procedimenti non naturali per la fecondazione col seme del marito; Norme sulla fecondazione artificiale umana e sul trattamento di gameti ed embrioni, in *Giur. it*. 1986, II, 57-64.

conclusione anticipata della Legislatura[26]. Solo a seguito dell'incremento esponenziale degli interventi di fecondazione assistita e della diffusione di notizie dal carattere "sensazionalistico", relative a vicende giudiziarie concernenti l'impiego di campioni infetti o lo scambio di embrioni tra pazienti, la medicina riproduttiva iniziò a essere percepita come bisognosa di un intervento regolatorio idoneo a prevenire abusi e a garantire una maggiore *compliance* da parte degli operatori[27].

Grazie all'attività della relatrice della proposta, on. Marida Bolognesi, nel 1999, la XII Commissione permanente Affari sociali raggiungeva un risultato inedito, con la presentazione in Parlamento di un disegno di legge che riuniva diciassette diverse proposte in materia, giungendo all'esame della Camera dei deputati nel febbraio di quell'anno[28]. Esso,

[26] Parimenti infruttuosa risultò la proposta di legge di iniziativa popolare, sottoscritta da 197.277 cittadini, volta al riconoscimento della personalità giuridica di ogni essere umano e finalizzata alla modifica dell'art. 1 del Codice civile, mediante l'anticipazione delle garanzie previste per il nascituro sin dal momento della fecondazione dell'ovocita.

[27] Secondo una diversa interpretazione, le ragioni della riapertura del dibattito parlamentare sarebbero tuttavia da rintracciare in eventi solo indirettamente connessi alla PMA, ma più strettamente legati alla creazione e all'utilizzo degli embrioni, non per forza in maniera cumulativa. Ci si riferisce al crollo della Democrazia Cristiana a seguito degli scandali di Tangentopoli, dopo anni di egemonia (il primo cinquantennio repubblicano per essere precisi, meglio noto come quello della Prima Repubblica); la clonazione della pecora Dolly nel 1997 presso il Roslin Institute di Edimburgo (primo mammifero clonato. Non si tratta di procreazione medicalmente assistita, quanto e piuttosto di una tecnica di riproduzione asessuata, capace di creare una fotografia genetica del donatore, senza alcun rimescolamento genetico come nella riproduzione sessuata); la controversa vicenda della c.d. *Edinburgh patent* (brevetto europeo biotecnologico sulle cellule staminali, che ha avuto un impatto significativo sul dibattito pubblico per la brevettabilità della tecnologia delle cellule staminali, specialmente quelle embrionali). Il mutamento del quadro politico indusse il Ministro della Sanità Rosy Bindi ad adottare un decreto ministeriale che vietava la clonazione, la cessione onerosa delle cellule riproduttive e la pubblicizzazione delle tecniche di fecondazione artificiale.

[28] Relazione della XII Commissione Permanente, (Affari Sociali), cit., 7: «Il 27 gennaio 1998, nella XIII legislatura, dopo un lungo periodo di sofferta gestazione, la Commissione affari sociali della Camera dei deputati ha varato un testo unificato poi approvato in Aula, con sostanziali modifiche, il 26 maggio 1999 e trasmesso al Senato della Repubblica con il titolo: «Disciplina della procreazione medicalmente assistita» (Atto Senato n. 4048). Nel corso dell'infuocata discussione sul testo, si è aperto nel Paese un ampio dibattito che ha coinvolto media, comunità scientifica, operatori di centri pubblici e privati, giuristi, gerarchie ecclesiastiche, associazioni cattoliche e laiche nonché scienziate, filosofe e giuriste di grande prestigio intervenute sia a titolo personale, sia

strutturato in venti articoli, prevedeva l'ammissibilità della fecondazione eterologa, una disciplina organica della donazione e raccolta dei gameti e la possibilità di ricorrere alla crioconservazione degli embrioni soprannumerari destinati a successivi impianti. Il testo introduceva poi specifici divieti, tra cui la cessione onerosa di gameti o embrioni, il prelievo *post-mortem*, l'importazione di cellule riproduttive ed embrioni, la maternità surrogata e la clonazione umana, senza distinguere tra le diverse tipologie elaborate dall'ingegneria biomedica. Veti ai quali erano frequentemente associate sanzioni penali detentive e pecuniarie, oltre a sanzioni amministrative. Il testo unificato operava inoltre una rilevante distinzione tra i regimi di tutela. Da un lato, l'art. 10 disciplinava lo *status filiationis* del nato, riconoscendolo come figlio dei soggetti che avevano espresso la volontà di ricorrere alle tecniche di fecondazione; dall'altro, l'art. 16 individuava le misure di tutela dell'embrione, declinate prevalentemente in divieti e sanzioni concernenti la selezione eugenetica, la creazione di ibridi e chimere, la manipolazione di embrioni e gameti e la produzione di embrioni a fini esclusivamente di ricerca o sperimentazione. Il progetto Bolognesi, giunto all'esame della Camera, avrebbe però subìto modifiche di tale portata da alterarne radicalmente l'impianto originario[29], e da determinare le dimissioni dell'on. Bolognesi dalla funzione di relatrice e la sua sostituzione con l'on. Alessandro Cè. Il disegno di legge fu approvato dalla Camera il 26 maggio 1999, con 266 voti favorevoli e 153 contrari, ma non ottenne analogo esito al Senato, dove, il 7 giugno 1999, numerosi senatori non parteciparono alla votazione, nonostante l'accoglimento dei diversi emendamenti proposti[30]. Con l'inizio della XIV Legislatura il progetto, ormai noto come "ex Bolognesi", tornò al centro del dibattito alla Camera. Il testo, ulteriormente modificato – in particolare sul versante della tutela del concepito – fu nuovamente approvato l'11 giugno 2002. Al fine di scon-

come esponenti di gruppi e associazioni che si richiamano a vari percorsi del pensiero femminista».

[29] Attraverso una serie di emendamenti vennero introdotti il divieto di fecondazione eterologa e di crioconservazione degli embrioni, nonché il riconoscimento di diritti innominati in capo al concepito.

[30] Come osservato da numerosi commentatori, la discussione parlamentare rappresentò una delle pagine più controverse della storia recente del Parlamento italiano, segnata da episodi di violenza verbale e fisica, e da forme di assenteismo strategico, finalizzate a ostacolare l'adozione di una disciplina di rango primario e a demandare nuovamente la regolazione della materia a circolari e decreti ministeriali.

giurare una nuova paralisi, il Governo espresse formalmente il proprio sostegno al provvedimento. L'approvazione definitiva intervenne il 19 febbraio 2004, con 277 voti favorevoli e 222 contrari. Tale esito fu reso possibile da una maggioranza trasversale, sollecitata dall'Esecutivo e dal magistero cattolico, che valse alla legge l'appellativo di "legge Berlusconi-Ruini"[31]. Ben presto sarebbero però emerse le fragilità strutturali e le aporie, manifestatesi coi successivi *referendum* abrogativi e nelle pronunce di incostituzionalità della Corte costituzionale[32].

Sin dalle prime mosse, uno dei profili maggiormente delicati ed oggetto di critiche era rappresentato dai criteri individuati per delimitare la platea dei soggetti ammessi all'accesso a tali tecniche. Nella sua formulazione originaria, la legge si caratterizzava per un impianto fortemente restrittivo, chiaramente orientato a rendere la disciplina compatibile con determinati valori etici e morali assunti come riferimento dal legislatore. La scelta di fondo è stata quella di qualificare la PMA non come una modalità alternativa di procreazione liberamente disponibile, ma come uno strumento terapeutico, destinato esclusivamente a rimediare a situazioni di infertilità o sterilità di origine patologica, non altrimenti superabili e debitamente accertate sul piano medico. Coerentemente con tale impostazione, l'accesso alle tecniche è stato negato a tutti coloro che si trovavano nell'impossibilità di concepire naturalmente per ragioni diverse da quelle strettamente riconducibili a problemi di fertilità. Nel tempo, tuttavia, questa impostazione rigida è stata progressivamente messa in discussione dai ripetuti interventi della Corte costituzionale, che hanno inciso in modo significativo sull'assetto originario della normativa. Il giudice delle leggi ha, difatti, progressivamente riconosciuto una rilevanza costituzionale alle esigenze procreative, ampliandone la tutela anche al di fuori dello schema terapeutico delineato dal legislatore del 2004.

Un passaggio particolarmente significativo in questa evoluzione è costituito dalla sentenza della Corte costituzionale 8 maggio 2009, n. 151[33], che rappresenta il primo decisivo punto di frattura nel sistema rigidamente

[31] *Ex multiis*, M.C. Campagnoli, *Procreazione medicalmente assistita e fecondazione eterologa: il percorso frastagliato della legge 40/2004. Fattispecie, disciplina e profili giurisprudenziali*, Milano, 2017.

[32] Su questi argomenti, si consenta un rinvio a F.E. d'Ippolito, M. Di Giorgio, *Nuove forme di genitorialità tra evoluzione sociale e anacronismi giuridici,* in S. Deplano, F. Carimini (a cura di), *Genitorialità medicalmente assistita*, cit., spec. 26 ss.

[33] Corte costituzionale 8 maggio 2009, n. 151, pubblicata in G. U. 13 maggio 2009, n.19.

costruito dalla l. n. 40/2004. Con essa, la Corte costituzionale interviene su uno degli snodi centrali della disciplina originaria, ovverosia l'imposizione di limiti numerici predeterminati alla produzione e al trasferimento degli embrioni, ponendo in discussione l'idea stessa di una regolazione uniforme e indifferenziata delle tecniche di procreazione medicalmente assistita[34]. Non si finiva qui per negare la legittimità di un bilanciamento legislativo tra valori costituzionali eterogenei, ma per censurare la modalità con la quale si operava il bilanciamento stesso[35]. La disciplina si rivelava difatti irragionevole nella misura in cui appiattiva situazioni cliniche diverse sotto un'unica regola, finendo per trasformare una norma di tutela in un fattore di rischio per la salute, in violazione degli artt. 3 e 32 della Costituzione. Sarebbe stata proprio l'assenza di uno spazio di valutazione medico-professionale, e non la finalità di protezione dell'embrione in quanto tale, a determinare l'illegittimità costituzionale delle disposizioni impugnate. Pur non mettendo ancóra in discussione l'impianto assiologico complessivo della normativa, la Corte introduce un criterio destinato a incidere profondamente sugli sviluppi successivi, ovvero la necessità che la regolazione della PMA non si traduca in un sacrificio automatico e generalizzato dei diritti della donna, ma sia invece permeabile al principio di proporzionalità e alla tutela effettiva della salute. S'inaugura, in questo senso, una stagione in cui il giudice costituzionale assume un ruolo di supplenza rispetto alle rigidità del legislatore, riequilibrando progressivamente il rapporto tra protezione dell'embrione, autonomia della scienza medica e diritti fondamentali delle persone coinvolte, creando un precedente logico e giuridico per le successive decisioni che, negli anni seguenti, avrebbero

[34] La Corte costituzionale muove da una constatazione di carattere strutturale: la scelta del legislatore del 2004 di vincolare l'operato medico a parametri rigidi, astrattamente fissati, non consente di tenere conto della pluralità delle condizioni cliniche delle pazienti e delle differenti risposte individuali ai trattamenti. In tal modo, la tutela dell'embrione – pur riconosciuta come interesse costituzionalmente rilevante – viene perseguita attraverso un sacrificio sproporzionato della salute della donna, la quale si vede esposta a procedure ripetute e potenzialmente più invasive proprio a causa dell'impossibilità di modulare il numero degli embrioni impiantabili.

[35] La disciplina si rivelava difatti irragionevole nella misura in cui appiattiva situazioni cliniche diverse sotto un'unica regola, finendo per trasformare una norma di tutela in un fattore di rischio per la salute, in violazione degli artt. 3 e 32 della Costituzione. È proprio l'assenza di uno spazio di valutazione medico-professionale, e non la finalità di protezione dell'embrione in quanto tale, a determinare l'illegittimità costituzionale delle disposizioni impugnate.

inciso in modo sempre più marcato sull'assetto originario della legge, fino a ridefinire il significato costituzionale della procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento italiano. Ci si riferisce alla successiva sentenza della Corte costituzionale 10 giugno 2014, n. 162, con la quale si affermava la rilevanza costituzionale dell'interesse a procreare mediante la PMA[36]. La Corte ha qui dichiarato l'illegittimità del divieto assoluto di fecondazione eterologa previsto dall'art. 4, comma 3, della legge, ritenendo che tale preclusione determinasse un sacrificio sproporzionato dei diritti fondamentali della coppia affetta da sterilità o infertilità assoluta e irreversibile[37]. In tale occasione, la scelta di una coppia di diventare genitori e di costituire una famiglia è stata ricondotta alla «fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi», una libertà che trova il proprio fondamento negli artt. 2, 3 e 31 Cost., oltre che nel diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., in quanto attiene alla sfera più intima della vita privata e familiare. La Corte ha riconosciuto che l'impossibilità di realizzare un progetto genitoriale condiviso con il proprio partner potesse incidere, in modo anche significativo, sul benessere psicofisico della coppia, valorizzando così una nozione di salute ormai consolidata e comprensiva della dimensione psichica oltre che di quella strettamente fisica. La Consulta (che muove-

[36] Corte costituzionale 10 giugno 2014, n. 162, pubblicata in G.U. 18 giugno 2014, n. 26, reperibile su *https://www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2014/162*. I diversi aspetti del percorso argomentativo della Corte nella decisione *de qua* sono stati analiticamente discussi dagli Autori in questo numero, a cui si rimanda per un'analisi esaustiva. Si veda, altresì, M. Casini, C. Casini, *Il dibattito sulla Pma eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'"adozione per la nascita"*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2014, 2, 137; G. D'Amico, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in *forumcostituzionale.it*, 3 luglio 2014; F. Alicino, *Il potere normativo dei giudici nelle materie bioeticamente e religiosamente rilevanti*, in *BioLaw Journal. Rivista di BioDiritto*, 2023, spec. 2.

[37] Corte costituzionale n. 162/2014, cit., Considerando 5: «Le questioni toccano temi eticamente sensibili, in relazione ai quali l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene "primariamente alla valutazione del legislatore" (sentenza n. 347 del 1998), ma resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano. Il divieto in esame non costituisce, peraltro, il frutto di una scelta consolidata nel tempo, in quanto è stato introdotto nel nostro ordinamento giuridico proprio dal censurato art. 4, comma 3. Anteriormente, l'applicazione delle tecniche di fecondazione eterologa era, infatti, "lecita […] ed ammessa senza limiti né soggettivi né oggettivi" e, nell'anno 1997, era praticata da 75 centri privati».

va da una premessa oramai consolidata nella propria giurisprudenza) ha riconosciuto un certo margine di discrezionalità al legislatore nelle materie che coinvolgono scelte eticamente sensibili, perché chiamato a comporre interessi e valori costituzionali tra loro potenzialmente confliggenti; resta però ferma la sindacabilità di quella valutazione. Procedendo, e in maniera analitica, alla ricostruzione del contesto storico e normativo che aveva condotto al divieto di fecondazione eterologa, la Corte "prometteva" di rilevare come quel veto non fosse affatto espressione di un principio consolidato nell'ordinamento italiano. Tutt'al più, aggiungeva, prima di allora (e precisamente dell'entrata in vigore della l. n. 40/2004), la fecondazione eterologa era una pratica ampiamente diffusa e sostanzialmente lecita, sottoposta non a divieti assoluti ma a forme di regolamentazione amministrativa finalizzate a garantire la sicurezza sanitaria delle procedure, la tracciabilità delle donazioni e la tutela dell'eventuale nascituro. Una ricostruzione, quella offerta dalla Corte, che assume un valore argomentativo decisivo, perché, evidenziando come l'eterologa fosse già inserita nella prassi medica nazionale, s'indeboliva quella "narrazione" che giustificava il divieto introdotto nel 2004 come una necessaria espressione dei valori fondamentali dell'ordinamento giuridico. Parimenti, rilevava l'assenza di vincoli derivanti dal diritto internazionale, e difatti né la Convenzione di Oviedo del 1997 né gli altri strumenti sovranazionali impongono agli Stati membri di vietare la fecondazione eterologa. Pertanto, la restrizione italiana non trovava giustificazione d'essere nemmeno nelle fonti sovranazionali.

Alla luce di tali premesse, il divieto assoluto di ricorso alla PMA eterologa per le coppie affette da sterilità o infertilità assoluta veniva dichiarato costituzionalmente sproporzionato, per la significativa compressione dell'autodeterminazione procreativa e della salute psicofisica della coppia, senza che tale sacrificio trovasse adeguato fondamento in interessi contrapposti di pari rilievo costituzionale.

La sentenza n. 162 del 2014 rappresenta una tappa fondamentale nel processo di revisione costituzionale della l. n. 40/2004, che la Corte in quella sede ribadisce come "costituzionalmente necessaria, pur non avendo contenuto costituzionalmente orientato", in linea con quanto prima di allora era stato detto con la sentenza 28 gennaio 2005, n. 45, che pure richiama. La Consulta ha valorizzato il progetto genitoriale quale espressione della personalità dell'individuo, e riconosciuto la centralità

dei legami affettivi rispetto a quelli esclusivamente genetici, complicando, sì facendo, la possibilità di giustificare l'esclusione dall'accesso alla PMA a tutti coloro che, pur non rientrando nel modello familiare tradizionale delineato dal legislatore del 2004, fossero in grado di offrire un contesto idoneo alla crescita del minore. Vero è che ci si limita però a salvaguardare la posizione delle sole coppie eterosessuali affette da infertilità assoluta e irreversibile, non discutendo affatto dei requisiti soggettivi di accesso alla tecnica. Pur ammettendo il principio all'autodeterminazione procreativa, e ridimensionando il valore del legame genetico, si torna a valorizzare il modello familiare eterosessuale come criterio di accesso alla PMA. È su questa apparente contraddizione che si concentra gran parte della dottrina più recente, perché, nonostante fosse qui ravvisabile un'apertura verso un processo di progressiva erosione dei divieti più rigidi, non s'arriva ancóra, finanche in questa "stagione", a garantire l'effettiva e piena realizzazione del diritto all'autodeterminazione del singolo[38]. I limiti soggettivi previsti dall'art. 5 della l. n. 40/2004, che consentono l'accesso alle tecniche esclusivamente alle coppie maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile ed entrambi viventi, rivelano chiaramente l'intento del legislatore di assicurare un contesto familiare conforme al modello tradizionale, fondato sulla presenza di due genitori di sesso diverso, ritenuti in astratto più adeguati ad assumere la responsabilità genitoriale e educativa. Questa impostazione è stata, in larga misura, avallata anche dalla Corte costituzionale 23 settembre 2019, n. 221[39], che ha respinto la

[38] Un ulteriore tassello in questo percorso evolutivo, portato avanti dalla giurisprudenza costituzionale, veniva messo con la sentenza della Corte costituzionale 5 giugno 2015, n. 96, pubblicata in G.U. il 10 giugno 2015, reperibile su *https://www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2015/96*, con la quale la Corte dichiarava l'illegittimità della legge n. 40 del 2004 lì dove vietava la diagnosi genetica preimpianto (PGT) alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, concedendo loro la possibilità di accedere alla PMA per evitare la trasmissione di patologie gravi.

[39] Corte costituzionale 23 ottobre 2019, n. 221, pubblicata in G.U. il 30 ottobre 2019, reperibile su *https://www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2019/221*. Ivi, Considerando 7: «Stabilendo che alle tecniche di PMA possano accedere solo coppie formate da persone «di sesso diverso» (art. 5) e prevedendo sanzioni amministrative a carico di chi le applica a coppie «composte da soggetti dello stesso sesso» (art. 12, comma 2), la l. n. 40/2004 nega in modo puntuale e inequivocabile alle coppie omosessuali la fruizione delle tecniche considerate. Ciò, peraltro, in piena sintonia con l'ispirazione di fondo della legge stessa, sulla quale si porterà presto l'attenzione». Considerando 10: «La possibilità – dischiusa dai progressi scientifici e tecnologici – di una scissione tra atto sessuale

questione di legittimità costituzionale relativa all'esclusione dall'accesso alla PMA delle coppie formate da due donne. In tale pronuncia, il giudice delle leggi ha ribadito la centralità attribuita dal nostro ordinamento al modello di famiglia definito, per così dire, "naturale", finendo per sacrificare il diritto all'autodeterminazione individuale e il diritto a diventare genitori al di fuori degli schemi familiari tradizionali[40].

In definitiva, l'immagine restituitaci dal lungo e travagliato *iter* che ha condotto all'adozione della l. n. 40/2004 è quella di una disciplina nata più come esito di un compromesso politico-valoriale che come risultato di una riflessione sistematica e coerente sulle trasformazioni della medicina riproduttiva e delle istanze sociali ad essa connesse. Dopo anni di inerzia legislativa, affidati a interventi frammentari e a commissioni ministeriali prive di effettivo seguito parlamentare, il legislatore è giunto a una regolazione fortemente connotata in senso restrittivo, nella quale la procreazione medicalmente assistita è stata concepita non come espressione della libertà procreativa, ma come strumento terapeutico eccezionale, subordinato a presupposti rigorosi e a un modello familiare tradizionale assunto come paradigma di riferimento. L'impianto originario della legge, così come definitivamente approvato nel 2004, riflette chiaramente tale impostazione, finendo per comprimere in modo significativo il diritto all'autodeterminazione procreativa, subordinandolo a un assetto valoriale

e procreazione, mediata dall'intervento del medico, pone, in effetti, un interrogativo di fondo: se sia configurabile – e in quali limiti – un "diritto a procreare" (o "alla genitorialità", che dir si voglia), comprensivo non solo dell'*an* e del quando, ma anche del *quomodo*, e dunque declinabile anche come diritto a procreare con metodi diversi da quello naturale. Più in particolare, si tratta di stabilire se il desiderio di avere un figlio tramite l'uso delle tecnologie meriti di essere soddisfatto sempre e comunque sia, o se sia invece giustificabile la previsione di specifiche condizioni di accesso alle pratiche considerate: e ciò particolarmente in una prospettiva di salvaguardia dei diritti del concepito e del futuro nato. Le soluzioni adottate, in proposito, dalla legge n. 40 del 2004 sono, come è noto, di segno restrittivo. […] La legge prevede, infatti, una serie di limitazioni di ordine soggettivo all'accesso alla PMA, alla cui radice si colloca il trasparente intento di garantire che il suddetto nucleo riproduca il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre: limitazioni che vanno a sommarsi a quella, di ordine oggettivo, insita nel disposto dell'art. 4, comma 3, che – nell'ottica di assicurare il mantenimento di un legame biologico tra il nascituro e gli aspiranti genitori – pone il divieto (in origine, assoluto) di ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo (ossia con impiego di almeno un gamete di un donatore "esterno")».

[40]P. Veronesi, *Fisionomia e limiti del diritto fondamentale all'autodeterminazione*, in *BioLaw Journal*, 2019, 2, 34 ss.

eteronomamente definito dal legislatore. È stato proprio questo squilibrio a determinare, negli anni successivi, l'intervento correttivo della Corte costituzionale, chiamata più volte a confrontarsi con le aporie e le rigidità della disciplina. Attraverso un progressivo lavoro di erosione dei divieti più incisivi, il giudice delle leggi ha riconosciuto una crescente rilevanza costituzionale alle esigenze procreative, ricondotte alla sfera delle libertà fondamentali della persona e alla tutela della salute, intesa nella sua dimensione anche psichica e relazionale. Ciononostante, il quadro normativo attuale continua a presentare profili di criticità. I limiti soggettivi sanciti dall'art. 5 della l. n. 40/2004, confermati dalla giurisprudenza costituzionale più recente, testimoniano la persistente volontà di ancorare la disciplina a un modello familiare, che fatica a confrontarsi con la pluralità delle forme familiari emerse nella società contemporanea. Ne deriva una tensione irrisolta tra l'evoluzione delle istanze sociali e l'assetto normativo vigente, ancora fortemente segnato da una visione tradizionale della genitorialità.

## 5. *Nota conclusiva: tra tradizione, biopolitica e nuovi diritti della filiazione*

Se la genesi politica della l. n. 40/2004 rende evidente la matrice culturale e valoriale dei divieti che ha per lungo tempo imposto[41], un esempio più efficace per comprendere l'intreccio tra bioetica, religione e diritto è quello offerto dall'esperienza francese[42]. Il modello bioetico sviluppatosi oltralpe, infatti, pur muovendosi all'interno di un contesto fortemente influenzato dal cattolicesimo, ha saputo conferire alla procreazione medicalmente assistita eterologa un assetto normativo in apparenza compatibile con il magistero cattolico. Ciò si deve, in larga misura, alla figura del medico Georges David, e al decisivo sostegno politico di Simone Veil, allora Ministro della sanità, che avrebbero plasmato un

[41] Su questi argomenti si veda V. Scalisi, *La procreazione medicalmente assistita*, in Id., *Categorie e istituti del diritto civile*, Milano, 2005.

[42] Per ragioni di economia del lavoro, ci si esime in questa sede da un'adeguata analisi del copioso dibattito sviluppatosi nella letteratura anglofona sul tema. *Ex multiis,* J.A. Robertson, *Procreative Liberty and the Control of Conception, Pregnancy, and Childbirth,* in *Virginia Law Review*, 1983, 69, 3, 405-464; E. Jackson, *The regulation of assisted reproductive technology,* in *J. Med Ethics*, 31 (1), 2005; I. Glenn Cohen, *The right not to be a genetic parent?,* in *Southern California Law Review*, 2008, 81, 6, 1115 ss.

impianto giuridico capace di inserirsi con discrezione – pur senza evitare tensioni – nella tradizione morale francese. La proposta tecnico-scientifica di David nasceva da una formazione poliedrica, maturata tra ginecologia, ematologia e studio dell'ibernazione di tessuti e cellule umane. Fu grazie a queste competenze che poté teorizzare l'istituzionalizzazione della fecondazione assistita con donazione di gameti, articolando un modello etico fondato su tre princìpi cardine, quali la volontarietà del dono, la gratuità e l'anonimato del donatore. Durante le sue ricerche, egli iniziò a visitare coppie infertili e fu tra i primi a portare all'attenzione pubblica un dato sino ad allora taciuto dalla comunità medica, ovvero che l'infertilità non fosse un problema esclusivamente femminile. Tale consapevolezza lo spinse, il 10 gennaio 1973, a depositare lo statuto del primo *Centre d'étude et de conservation du sperme humain* (CECOS), inizialmente respinto dal *Ministère de la Santé* e successivamente accolto grazie alla mediazione di Simone Veil. L'intuizione decisiva di David fu la proposta del dono "da coppia a coppia", presentato come un atto di solidarietà, capace di salvaguardare l'unità coniugale e di neutralizzare simbolicamente la "presenza" del donatore nella scena riproduttiva. In questa prospettiva, il seme maschile veniva desessualizzato e desimbolizzato, così da rendere la pratica eticamente presentabile anche a un'interpretazione cattolica rigorosa, che vedeva nella procreazione eterologa un rischio di adulterio o di lesione dell'esclusività matrimoniale. Il divieto di qualsiasi forma di compenso per la cessione di gameti, eliminando il pericolo di mercificazione del corpo umano, collocava ulteriormente la tecnica entro un orizzonte etico accettabile per gran parte del mondo cattolico. Il principio dell'anonimato, infine, assolse una funzione strutturale, estromettendo il donatore dall'immaginario familiare e impedendo qualunque sovrapposizione tra paternità biologica e paternità sociale[43]. Ciononostante, la Chiesa rispose con la pubblicazione dell'Istruzione *Donum vitae* del 22 febbraio del 1987[44] – che

[43] Su questi argomenti si rimanda alla dettagliata disamina di T. Penna, *Cenni storici sulla PMA eterologa*, cit., 240 ss.

[44] *Istruzione* Donum Vitae*, sul rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione*, a cura della Congregazione per la Dottrina della Fede, Lev, Città del Vaticano, 1987. Il documento in esame costituisce ancora oggi la più articolata e sistematica enunciazione dei princìpi della morale cattolica in relazione alle tecniche biomediche che permettono di intervenire sia nelle fasi iniziali dell'esistenza umana sia nei processi della procreazione. L'istruzione offre, al contempo, una sintesi organica della visione cristiana della vita umana e della sua intrinseca dignità, ponendo tali assunti in dialogo con le acquisizioni

ammetteva solo due forme di PMA (fecondazione in vitro e inseminazione artificiale omologa) – ribadendo senza equivoci la condanna della fecondazione eterologa e della maternità surrogata, giudicate contrarie alla verità del matrimonio e alla dignità della persona umana. Le condizioni demografiche, sanitarie e sociali della Francia all'inizio degli anni Novanta imposero tuttavia un intervento legislativo, la cui urgenza divenne ineludibile nel 1993 con il ritorno al Ministero della sanità di Simone Veil. Nel 1994 furono così adottate tre leggi cruciali (*lois* n°94-548, n°94-653 e n°94-654)[45], che recepirono integralmente il modello di David, trasformando volontarietà, gratuità e anonimato in princìpi normativi inseriti nel *Code de la santé publique* e assimilando la donazione di gameti a quella del sangue. Due delle tre leggi di bioetica del 1994 sono state sottoposte al vaglio del *Conseil constitutionnel*, che si è pronunciato con la decisione 27 luglio 1994, n. 94-343/344[46], individuando nel Preambolo del 1946 e nella

della ragione naturale, così come emergono dall'osservazione dei fenomeni vitali e dei meccanismi che presiedono alla generazione dell'essere umano. Cfr. R. Campa, *Corpi sterili. L'infertilità come disabilità nel dibattito sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Niepełnosprawność a społeczeństwo. Teoria i praktyka*, 2018, 48 ss.

[45]Il *corpus* normativo del 1994 si compone di tre leggi: la legge n. 94-548 del 1° luglio 1994, in materia di trattamento dei dati personali per finalità di ricerca sanitaria; la legge n. 94-653 del 29 luglio 1994, relativa alla protezione del corpo umano; e la legge n. 94-654, concernente la donazione e l'utilizzo degli elementi e dei prodotti del corpo umano, l'assistenza medica alla procreazione e la diagnosi prenatale. Quest'ultima riveste un ruolo centrale, poiché ha introdotto nel Codice civile princìpi fondamentali quali il primato della persona, la tutela della dignità umana, il rispetto dell'essere umano sin dall'inizio della vita, l'inviolabilità e la non commerciabilità del corpo umano e dei suoi elementi, il divieto di gestazione per altri, di pratiche eugenetiche e di clonazione riproduttiva, nonché l'anonimato delle donazioni e il divieto di qualsiasi forma di remunerazione.

[46] Conseil constituionnel, Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, reperibile su *https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1994/94343_344DC.htm#wrapper-abstrats*. I ricorsi furono promossi sia dal Presidente dell'Assemblea nazionale – al fine di ottenere una verifica preventiva di costituzionalità – sia da oltre sessanta parlamentari, appartenenti, in modo non consueto, alla stessa maggioranza di governo. Le censure sollevate riguardavano, in primo luogo, la disciplina dell'embrione: si denunciava la violazione del diritto alla vita, del principio di eguaglianza tra embrioni concepiti prima e dopo l'entrata in vigore della legge e di un asserito principio costituzionale di protezione del patrimonio genetico. Un secondo ordine di contestazioni atteneva alla filiazione dei bambini nati da fecondazione eterologa, ritenuta lesiva dei diritti della famiglia sanciti dal Preambolo della Costituzione del 1946, nonché del diritto alla salute e al libero sviluppo della personalità dei minori, in quanto impossibilitati a conoscere la propria origine genetica.

Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 (artt. 1, 2 e 4) i parametri costituzionali pertinenti, valorizzando in particolare la dignità della persona umana, la tutela della salute della madre e del bambino e la libertà individuale[47]. Quanto alla fecondazione eterologa, il giudice francese ha ritenuto che nessuna disposizione costituzionale osti alla possibilità di garantire lo sviluppo della famiglia attraverso la donazione di gameti o di embrioni alle condizioni stabilite dalla legge, né che il regime di anonimato del donatore possa considerarsi lesivo della tutela della salute dei bambini nati da tali tecniche.

Letta in prospettiva storica, questa impostazione appare oggi di particolare rilievo, poiché anticipa una linea interpretativa che, per lungo tempo, è rimasta estranea all'esperienza italiana. Nel nostro ordinamento, infatti, il riaccendersi ciclico del dibattito sulla procreazione medicalmente assistita – e in particolare sull'eterologa – si è inserito in una più ampia e persistente tensione tra visioni antropologiche contrapposte e tra differenti centri di produzione normativa. A differenza del passato il quadro attuale risulta ulteriormente aggravato da fattori di ordine strutturale, primo fra tutti il marcato declino demografico, che in Italia ha ormai assunto caratteri emergenziali[48]. È in questo contesto che si collocano le recentissime pronunce della Corte costituzionale italiana, le quali sembrano segnare – seppure in ritardo – un avvicinamento alla traiettoria già tracciata dal *Conseil constitutionnel* francese negli anni Novanta. Con la sentenza della Corte costituzionale 22 maggio 2025, n. 68, si è ammessa la possibilità di indicare nell'atto di nascita la madre d'intenzione, qualificando tale riconoscimento non come espressione di un diritto soggettivo

Si invocava inoltre il principio di responsabilità personale, sul presupposto che la legge esclude qualsiasi legame giuridico tra donatore e nato. Cfr. L. Favoreu, L. Philip (a cura di), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Parigi, 2003, 859 ss.

[47] Muovendo da tali premesse, e riconoscendo l'ampio margine di discrezionalità del legislatore, ha qui affermato che l'embrione non è titolare di diritti costituzionali, a differenza della madre, del fanciullo e della famiglia, e che non trovano quindi applicazione né il principio del rispetto dell'essere umano dall'inizio della vita né quello di eguaglianza. Si veda P. Passiglia (a cura di), *La fecondazione eterologa*, in *cortecostituzionale.it*, marzo 2014.

[48] I dati contenuti nel Rapporto ISTAT 2025 delineano uno scenario che impone una cooperazione più stretta tra legislatore e comunità scientifica, orientata a garantire condizioni tecniche e normative adeguate, a ridurre le diseguaglianze territoriali e socio-economiche e a riconoscere la pluralità delle forme familiari contemporanee, non più riconducibili esclusivamente al modello tradizionale spesso richiamato dal magistero ecclesiale.

della donna, ma come attuazione del diritto fondamentale del minore alla bigenitorialità, all'identità personale e alla stabilità affettiva e materiale[49]. Il ragionamento della Corte si fonda sul principio dell'«interesse superiore del minore», radicato negli artt. 2 e 30 Cost., nella Convenzione ONU sui diritti del fanciullo (del 20 novembre 1989, ratificata in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176), nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 24, par. 3) e nell'art. 8 CEDU. La situazione di persistente precarietà giuridica dei minori nati tramite PMA eterologa, aggravata dalla disomogeneità delle prassi amministrative e dalle incertezze interpretative degli uffici del pubblico ministero, ha così imposto un intervento correttivo dopo anni di sollecitazioni rimaste prive di riscontro legislativo.

La Corte demanda la scelta al Parlamento, sollecitando un intervento che sia finalmente emancipato da rigidità ideologiche e da resistenze di matrice confessionale. Se l'esperienza francese ha indubbiamente rappresentato, già a partire dagli anni Novanta, un laboratorio avanzato di bilanciamento costituzionale, le più recenti pronunce della Corte costituzionale italiana sembrano oggi indicare una progressiva convergenza

[49]Corte costituzionale 22 maggio 2025, n. 68, pubblicata in G.U. il 28 maggio 2025, reperibile su: *https://www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2025/68*. Per un'attenta disamina della sentenza *de qua* si rimanda alle esaustive analisi degli Autori di questo stesso numero. La successiva sentenza della Corte costituzionale 22 maggio 2025, n. 69, pur non eliminando l'esclusione delle donne *single* dall'accesso alle tecniche di PMA, ribadisce nelle motivazioni che nessun impedimento di ordine costituzionale preclude al legislatore la possibilità di estendere la disciplina anche alle famiglie monoparentali. Corte costituzionale 22 maggio 2025, n. 69, pubblicata in G.U. il 28 maggio 2025, reperibile su: *https://www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2025/69*. Una pronuncia, questa, che potrebbe leggersi in continuità con la già richiamata sentenza n. 221 del 2019, perché sembra quasi estendere alla famiglia monoparentale il ragionamento già sviluppato allora per le coppie omosessuali. La Corte si trova a dover ribadire la rilevanza costituzionale dell'interesse della donna, benché nubile, all'autodeterminazione procreativa, pur ammettendo che la limitazione di cui all'art. 5 della l. n. 40/2004 non sia manifestamente irragionevole o sproporzionata, perché collegata alla tutela del nascituro e al principio di precauzione. La Corte evita ancora una volta di sostituirsi al legislatore e conferma la centralità della discrezionalità parlamentare nella definizione dei requisiti di accesso alla PMA. S'introduce, tuttavia, un significativo elemento di evoluzione, per il ripensamento intorno al tradizionale modello familiare (biparentale ed eterosessuale), che non viene questa volta presentato come costituzionalmente privilegiato, ma come una delle opzioni normative praticabili dal legislatore. In definitiva, la sentenza resta fedele all'impianto metodologico delle precedenti decisioni in materia, e s'inserisce in un percorso di progressivo adeguamento dell'interpretazione costituzionale ai mutamenti della società.

verso quel modello, a cui non può più sottrarsi il legislatore. Oggi egli è definitivamente chiamato a costruire un equilibrio rinnovato, capace di tutelare i diritti fondamentali nel rispetto della pluralità delle coscienze e, al contempo, di governare un cambiamento sociale e demografico che non consente ulteriori rinvii.

**Abstract**

La procreazione medicalmente assistita, quella eterologa in particolar modo, si colloca al crocevia tra trasformazioni scientifiche, conflitti etico-religiosi e processi di secolarizzazione del diritto, come dimostra l'esperienza dell'ordinamento italiano, che è una chiara testimonianza delle forti tensioni sussistenti in materia tra istanze costituzionali e persistenti resistenze di matrice confessionale. L'evoluzione delle tecniche riproduttive ha progressivamente scardinato il modello biologico tradizionale della filiazione, determinando uno spostamento dalla naturalità biologica all'intenzionalità giuridica e imponendo una ridefinizione delle categorie della genitorialità, (ancora una volta) antesignana la giurisprudenza costituzionale, chiamata a ridisegnare i confini della disciplina vigente. In chiave comparata, il modello francese offre una prospettiva alternativa di bilanciamento tra diritti fondamentali e tradizione, aprendo a una riflessione sulle prospettive future della filiazione alla luce dei diritti del minore e delle trasformazioni demografiche e sociali.

Medically assisted reproduction, particularly heterologous reproduction, stands at the crossroads of scientific transformations, ethical-religious conflicts, and processes of legal secularisation. This is clearly demonstrated by the Italian legal system, which reflects the strong tensions between constitutional demands and persistent religious resistance. The evolution of reproductive techniques has gradually challenged the traditional biological model of filiation, driving a shift from biological naturalness to legal intentionality and demanding a redefinition of the categories of parenthood. Faced with this shift, constitutional case law is once again leading the way, called upon to redefine the boundaries of the current legal framework. From a comparative standpoint, the French model offers an alternative paradigm regarding the balance between fundamental rights and tradition, prompting a reflection on the future of filiation in light of children's rights alongside demographic and social changes.

# PMA ed etica: la prospettiva del Comitato nazionale per la bioetica

di Marco Francesco Errico

Sommario: 1. Etica e diritto: tra innovazioni e transizioni. – 2. La procreazione medicalmente assistita: cenni introduttivi. – 3. La PMA: la posizione del Comitato nazionale per la bioetica. – 3.1. Il Comitato nazionale per la bioetica. – 3.2. Le questioni affrontate dal Comitato. – 4. Conclusioni.

## 1. *Etica e diritto: tra innovazioni e transizioni*

Il rapporto tra etica e diritto ha assunto nel corso degli ultimi anni dei tratti inediti, anche, e forse soprattutto, in considerazione delle importanti evoluzioni che hanno caratterizzato l'odierna società.

L'attuale contesto è peraltro contraddistinto da molteplici innovazioni (non solo quelle tecnologiche) che hanno di fatto creato una forma particolare di società che sinteticamente può definirsi "in transizione".

È innegabile che la nostra società vive un momento di forti ed importanti cambiamenti, i quali richiedono una riflessione sul ruolo che oggi svolgono l'etica e la morale in questo momento di "passaggio".

È altrettanto evidente che tutte le transizioni (tra le più importanti quella sociale, digitale ed ambientale), per essere effettive, debbano essere scrutinate proprio alla luce di valori morali ed etici che, chiaramente, si muovono di pari passo alle evoluzioni sociali.

Se questa, a parere di chi scrive, è la prospettiva, allora è necessario verificare quali siano gli effetti delle predette evoluzioni nella società.

L'approccio con cui si affrontano questi temi, come anche ricordato dalla giurisprudenza amministrativa[1], deve essere cautelativo e non emo-

[1] Il riferimento è alla nota sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, in *www.giustizia-amministrativa.it*, sull'uso degli strumenti algoritmici nell'attività amministrativa. Ebbene, la pronuncia ricorda che «Non può quindi ritenersi applicabile in modo indiscriminato, come si ritiene nella motivazione della sentenza di primo grado, all'attività amministrativa algoritmica, tutta la legge sul procedimento amministrativo, concepita in un'epoca nella quale l'amministrazione non era investita dalla rivoluzione tecnologica, né sono condivisibili richiami letterari, pur noti ed apprezzabili, a scenari orwelliani (da considerarsi con cautela perché la materia merita un approccio non emotivo ma capace di delineare un nuovo equilibrio, nel lavoro, fra uomo e macchina differenziato per ogni campo di attività)». È evidente che le coor-

tivo, poiché riflessioni eccessivamente fondate sulle emozioni portano ad assumere atteggiamenti troppo radicali in senso negativo o, al contrario, positivo.

Da un altro punto di vista, la metodologia con la quale affrontare il tema dell'etica e del suo rapporto con le transizioni non può che essere di tipo interdisciplinare caratterizzata da una naturale interlocuzione e integrazione tra le varie scienze.

Del resto, è proprio il confronto, meglio il dialogo, tra i saperi che «[…] nella prospettiva relazionale integrata, ciascuna conoscenza è in grado di acquisire dalle altre, contenuti ulteriori e consapevolezze che, arricchendola, la rendono capace di produrre contributi di utilità in molteplici e differenziati contesti, obiettivi non conseguibili in una prospettiva solipsistica»[2].

Se poi le innovazioni, come anche le transizioni, interessano le libertà o, ancora di più, gli aspetti più intimi dell'individuo, allora la *questione etica* assume una centralità ancora più evidente.

Nello specifico, siamo nell'ambito della *science policy* espressione che evoca il confluire delle scienze nel dibattito politico, sociale e di conseguenza anche in quello normativo – istituzionale.

In tal modo, è iniziata ad affermarsi l'idea che la bioetica[3] deve inten-

---

dinate suddette possano applicarsi, in via analogica, a tutte le evoluzioni e non solo a quella tecnologica.

[2] Sul punto si v. M.R. Spasiano, *Frammentazione delle conoscenze e unità del sapere*, in *Diritto e Società,* 2022, 3, 450. L'A., in particolare, osserva che «si impone, piuttosto, una condizione di interlocuzione secondo un modello osmotico di reciproca integrazione, fondato sul rispetto e anche sulla disponibilità alla reciproca conformazione, nonché di adattamento funzionale alle mutevoli circostanze della realtà, alla comune ricerca (nei limiti di quanto sia umanamente possibile) della composizione di quella integralità del sapere, premessa per il rinvenimento di riposte esaustive alla complessità dei problemi». Sul punto si v. anche P. Pantalone, *Crisi pandemica e paradigma delle responsabilità intergenerazionali*, in *Il diritto dell'economia*, 2025, 1, 91, in cui afferma che «Inoltre, il necessario dialogo tra saperi tecnici e giuridici, nonché il largo impiego della tecnologia, impongono di "leggere" e affrontare le questioni intergenerazionali in chiave interdisciplinare, coinvolgendo l'etica, la sociologia, la politica».

[3] A.a.V.v., *Bioetica e Biodiritto, Quaderno 1,* Scuola Superiore della Magistratura, 2021, Roma, 11, «Il termine bioetica è comparso per la prima volta nel 19701 nella letteratura scientifica quando venne utilizzato per rappresentare la nuova disciplina che, attraverso la combinazione tra la conoscenza biologica (bio) e quella del sistema dei valori umani (etica), avrebbe consentito di garantire la sopravvivenza dell'umanità dinanzi al tumultuoso progresso delle scienze nei campi della biotecnologia, della biomedicina e dell'in-

dersi come «[…] un'area di discussione pubblica in quanto si indaga il rapporto tra individui e istituzioni, nonché le decisioni in materia di salute, di vita e di morte»[4].

Su queste premesse, la bioetica, a partire dagli anni '80, si è ulteriormente trasformata in una forma, ancora più particolare, definita come biodiritto, che ha come punto fondamentale l'analisi delle relazioni tra diritto, bioetica e scienze della vita[5].

A ben vedere, il biodiritto attiene a questioni relative ai diritti fondamentali e al rispetto della dignità umana, proprio alla luce dello sviluppo delle tecnologie, tra cui quelle biomediche.

---

gegneria genetica, che aprivano la strada a inimmaginate possibilità di manipolazione della vita umana e della natura». Sul punto, M. Tallacchini, *Bioetica e diritto informale*, in *Digesto*, 2013, ha osservato che «La visione dell'"impresa etica" come «determinazione, per quanto sia possibile, di ciò che è giusto e sbagliato, buono e cattivo, in relazione agli sviluppi scientifici e tecnologici della biomedicina» ha accompagnato e giustificato la contemporanea rinascita dell'etica come strumento per migliorare la razionalità delle decisioni pubbliche nell'ambito delle scienze della vita. In questa prospettiva l'etica è stata considerata come uno strumento normativo "neutrale", vale a dire capace di parlare in nome della razionalità. L'istituzionalizzazione dell'etica attraverso comitati e commissioni vale a dire organismi nominati con funzioni consultive (i comitati di orientamento di *policy*) o amministrative (i comitati per la ricerca), ha determinato la sovrapposizione tra il presunto programma di chiarificazione razionale e la volontà di implementare specifiche volontà politiche. Infatti, la trasformazione della dimensione etica in strumento di scelta dei valori ha certamente disatteso le originarie ambizioni di agorà pubblica e democratica del discorso etico, riducendo il nascente dibattito pubblico al pensiero dell'establishment intellettuale».

[4] R. Sala, *Etica pubblica e biodiritto*, in S. Rodotà, M. Tallacchini (a cura di), *Ambito e fonti del diritto*, Milano, 2010, 125. L'A. prosegue, poi, affermando che «Intesa come etica pubblica, dunque, la bioetica si occupa di questioni pubbliche, le cui soluzioni sono trovate o dovrebbero essere trovate nell'interesse di tutti i cittadini. Include perciò una riflessione sui modi della scelta pubblica nonché sui suoi prevedibili esiti, rinviando così alla sfera di competenza del diritto».

[5] P. Borsellino, *Tra cultura e norma*, in S. Rodotà, M. Tallacchini (a cura di), *Ambito e fonti del diritto*, Milano, 2010, 149, rileva che si è fatto riferimento al concetto di biodiritto «[…] per esprimere l'idea dell'insufficienza di una discussione bioetica che, prendendo in considerazione soltanto le implicazioni morali degli interventi sulla vita e sull'ambiente, resi possibili dagli straordinari progressi in ambito medico e biogenetico avvenuti nel corso del ventesimo secolo, non riservasse attenzione anche al modo in cui i problemi, sollevati *ex novo* o riproposti in nuova luce dalle conoscenze acquisite dalla ricerca biomedica, possono essere accostati nel quadro del diritto che già c'è, oppure essere regolati dal diritto futuro».

In questo campo di indagine, tuttavia, la prospettiva assunta è antropocentrica, laddove ogni riflessione è orientata ad uno sviluppo consapevole ed etico dell'individuo.

Ebbene, il progresso della tecnologia, più in particolare delle scienze mediche, ha posto nuove esigenze e nuovi interrogativi soprattutto in considerazione del fatto che anche l'inizio o la fine della vita possono oggi dipendere da soluzioni tecnologiche avanzate anche programmate dall'uomo.

Il ruolo del diritto in questo settore è, ancora più complesso, poiché si trova, non sempre efficacemente, a dover regolamentare un settore "estremamente" intimo e, pertanto, fluido e cangiante[6]; a tal proposito, un ruolo altrettanto complicato ma necessario è quello svolto dagli interpreti del diritto (in particolare dalla giurisprudenza), i quali hanno l'arduo compito di sintetizzare e *"*giuridicizzare*"* le esigenze della società[7], a fronte delle numerose lacune normative[8].

---

[6] Osserva L. D'Avack, *Il ruolo della giurisprudenza di fronte alle questioni eticamente sensibili*, in A.A.V.V., *Bioetica e Biodiritto*, *Quaderno 1*, Scuola Superiore della Magistratura, 2021, Roma, 150, che «Nel rapporto uomo-biotecnologie emerge sempre più un'ultima generazione di diritti umani, di diritti bioeticamente rilevanti, invocati per le più disparate e opposte conclusioni sul piano dello *ius condendum*. Si pensi fra gli altri al diritto alla felicità, all'integrità del proprio patrimonio genetico, al diritto al figlio, al diritto di conoscere le proprie origini genetiche, al diritto a non essere concepito, al diritto a nascere sano, al diritto al potenziamento, al diritto ad una morte dignitosa, ai diritti degli animali, al diritto alla non manipolazione dell'ambiente come ecosistema. Un complesso di diritti umani che spesso poggia su basi non sempre oggettivamente certe e che richiede una verifica, una adeguata riflessione bioetica e biogiuridica per chiarire, coordinare ed elaborare i loro contenuti. Il rischio è che il nucleo dei diritti comunemente considerati fondamentali (c.d. diritti civili; diritti politici; diritti sociali) si trovino costretti a convivere con un numero assai più ampio di diritti di libertà incerti e deboli i quali finirebbero per ingabbiare i primi, obbligandoli a incerte negoziazioni o convogliandoli verso i poteri politici ed economici dominanti».

[7] A tal proposito è stato osservato che «*A truly ethical bioethics should not bog down research in red tape, moratoria, or threats of prosecution based on nebulous but sweeping principles such as 'dignity,' 'sacredness,' or 'social justice.' Nor should it thwart research that has likely benefits now or in the near future by sowing panic about speculative harms in the distant future*», S. Pinker, *The moral imperative for bioethics*, 2015, in *https://www.bostonglobe.com/opinion/2015/07/31/the-moral-imperative-for bioethics/JmEkoyzlTAu9oQV76JrK9N/story.html.*

[8] Quanto detto trova anche conferma nella giurisprudenza costituzionale; a tal proposito, si segnala la pronuncia n. 33 del 2021, nella quale la Corte, con riferimento alla maternità surrogata, ha evidenziato che «Il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto

## 2. *La procreazione medicalmente assistita: cenni introduttivi*

Una delle questioni che maggiormente interessano l'etica, la bioetica e il biodiritto è la procreazione medicalmente assistita[9] (d'ora in avanti PMA), una tecnica medica che interviene sul c.d. inizio vita e che consente una fecondazione artificiale.

Gli aspetti sociali e quelli etici connessi al tema sono evidenti; tuttavia, pare necessario ricordare che le tecniche di PMA rappresentano una possibile «[…] soluzione [ai] problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (cfr. art. 1, legge 19 febbraio 2004, n. 40) e che, proprio in ragione delle sue implicazioni sociali, il diritto ha l'obbligo di regolamentare.

La procreazione costituisce uno degli aspetti più intimi (e non solo

---

del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati – non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco. Di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore». Dal canto suo la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con sentenza 30 dicembre 2022, n. 38162, ha rilevato che a fronte dell'invito della Corte costituzionale, «Il legislatore è rimasto finora inerte. Il monito giace inascoltato. Nell'attesa dell'intervento, sempre possibile ed auspicabile, del legislatore, il giudice, trovandosi a dover decidere una questione relativa allo *status* del figlio di una coppia omoaffettiva, non può lasciare i diritti del bambino indefinitamente sospesi, ma deve ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare, nel caso concreto, la protezione dei beni costituzionali implicati, tenendo conto delle indicazioni ricavabili dalla citata sentenza della Corte costituzionale».

[9] Il tema della procreazione medicalmente assistita è diverso dalla maternità surrogata, la quale, secondo la Corte costituzionale 18 giugno 2019, n. 221, è un accordo con il quale una donna «si impegna ad attuare e a portare a termine una gravidanza per conto di terzi, rinunciando preventivamente a "reclamare diritti" sul bambino che nascerà». Il CNB nella mozione «Maternità surrogata a titolo oneroso» del 18 marzo 2016 ha rilevato «che la maternità surrogata è un contratto lesivo della dignità della donna e del figlio sottoposto come un oggetto a un atto di cessione. Il CNB ritiene che tale ipotesi di commercializzazione e di sfruttamento del corpo della donna nelle sue capacità riproduttive, sotto qualsiasi forma di pagamento, esplicita o surrettizia, sia in netto contrasto con i principi bioetici fondamentali […]».

personali) dell'individuo, poiché, chiaramente, interviene sulla sfera sessuale e sul rapporto relazionale dei soggetti coinvolti.

Allo stesso tempo, la procreazione, intesa nell'accezione di genitorialità, rappresenta un altrettanto valore intimo dell'individuo, nella misura in cui configura quel «[...] "pezzo" importante di quel "pieno sviluppo della persona" che costituisce l'obiettivo prioritario del progetto costituzionale di liberazione promozione umana»[10].

Il dibattito scientifico, politico e sociale sul tema ha posto le basi concrete per l'introduzione della l. n. 40/2004, la quale disciplina il tema della PMA, prima affrontata solo a livello amministrativo.

Il ricorso alle tecniche di PMA oggi è consentito secondo le condizioni e modalità previste dalla l. n. 40/2004, disciplina che ha il primario obiettivo di assicurare i diritti e la dignità dei soggetti coinvolti ovvero dei genitori e del concepito.

Tralasciando gli aspetti normativi, pare opportuno ricordare che la PMA, secondo l'impostazione legislativa, rappresenta "*l'extrema ratio*", poiché ai sensi dell'art. 1, comma 2, il suo ricorso è consentito «qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità».

Il presente contributo ha però l'obiettivo di analizzare il tema della PMA, alla luce della prospettiva del Comitato nazionale per la bioetica (CNB), di cui si parlerà *infra*.

Come avviene per tutte le questioni etiche, l'approccio con cui analizzare le complesse questioni relative alla PMA non può essere prettamente emotivo, piuttosto è necessario assumere un atteggiamento cautelativo, capace di essere rispettoso della dignità umana e degli interessi dei soggetti coinvolti.

Dal punto di vista statistico, deve osservarsi che il numero delle coppie che hanno fatto ricorso alle tecniche di procreazione assistita è in continuo aumento, basti pensare che dall'introduzione della l. n. 40/2004 sono nati oltre 217.000 bambini con tecniche di PMA[11].

L'evoluzione tecnologica, dal canto suo, ha rappresentato un aspetto fondamentale per lo sviluppo delle tecniche di PMA; la tecnologia, anche quella implementata con l'AI, è destinata ad assumere un ruolo ancor

[10] A. D'Aloia, P. Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, in S. Rodotà, M. Tallacchini (a cura di), *Ambito e fonti del diritto*, Milano, 2010, 1342.

[11] I dati sono disponibili sul sito web: *https://www.epicentro.iss.it/pma/aggiornamenti.*

più centrale, in quanto in grado di sviluppare metodologie estremamente puntuali ed efficaci.

La complessità del tema, tuttavia, risiede nel fatto che la procreazione (sia quella naturale che artificiale), stante la sua natura, non è passibile di una definita categorizzazione; difatti, essa, come osservato, «[…] sembra identificarsi più alla stregua di un contenitore complesso, un crocevia di diritti e interessi, anche conflittuali, di principi e valutazioni oggettive, di "funzioni" e responsabilità, di doveri»[12].

L'interrogativo ancor più complesso, al quale forse mai potrebbe darsi una soluzione univoca, è quello relativo alla natura della procreazione artificiale, in particolare, se essa rappresenti un diritto, una libertà o, piuttosto, un'esigenza[13].

---

[12] A. D'Aloia, P. Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, op. cit., 1341.

[13] Sul punto V. Marcenò, *Il diritto e la nascita del vivente: a chi spetta il "diritto di procreare artificialmente"?,* in A.a.V.v., *Bioetica e Biodiritto, Quaderno 1*, Scuola Superiore della Magistratura, 2021, Roma, 39, si interroga sulla natura della procreazione. L'A. rileva «[…] si può parlare di "diritto" di procreare artificialmente? O sarebbe più corretto parlare di esigenza, di aspettativa alla procreazione che, per quanto legittima soggettivamente, non assurge a vero e proprio diritto costituzionalmente riconosciuto? Si consideri che parlare di diritto implica la pretesa nei confronti dello Stato a che esso sia tutelato e, dunque, garantito. Qualora si accogliesse la qualificazione di "diritto", quale sarebbe il suo effettivo contenuto: diritto alla procreazione anche artificiale? diritto a essere genitori? diritto ad avere un figlio? diritto ad avere un figlio sano?».

A. D'Aloia, P. Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, cit., 1342, sul punto osservano che «La proiezione di questo diritto/libertà è duplice. Questo significa, in prima battuta, che la ricerca della genitorialità (nelle forme in cui la scelta procreativa può realizzarsi) non può essere imposta o vietata; né il diritto può razionalmente adottare misure o meccanismi che incidano (anche indirettamente) sul diritto alla libertà procreativa (come strategie rigide di pianificazione familiare o sanzioni anche solo amministrative o fiscali collegate al numero dei figli), o penalizzino al contrario chi sceglie di non avere figli 4. D'altro canto, nemmeno può ammettersi che questo diritto si trasformi, in particolare nella sua declina zione 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».

## 3. *La PMA: la posizione del Comitato nazionale per la bioetica*

### 3.1. *Il Comitato nazionale per la bioetica*

Preliminarmente, pare opportuno concentrarsi, seppur brevemente, sull'analisi generale del Comitato nazionale per la bioetica (d'ora in avanti CNB), al fine di meglio comprendere la posizione assunta rispetto al tema oggetto di indagine.

Il Comitato è stato istituito con DPCM 28 marzo 1990 e svolge vari compiti, tra cui ricognitivi, di consulenza, di informazione, di impulso, su temi bioetici che hanno impatti sulla società.

Come affermato nelle linee guida[14], approvate nel 2009 e modificate nel 2015, uno dei principali compiti del Comitato è quello di «promuovere una adeguata cultura bioetica nel nostro Paese attraverso la redazione di documenti, e la promozione di iniziative scientifiche, anche di carattere congressuale, seminariale, editoriale e mass-mediatico».

Le funzioni[15] del Comitato ineriscono a tematiche etiche e riguardano, principalmente, lo sviluppo delle tecnologie nelle scienze della vita e della salute dell'uomo.

Dal punto di vista operativo, ai sensi dell'art. 6 del Regolamento del 2008 (modificato nel 2015) i documenti del Comitato sono i pareri, le mozioni e le risposte e si differenziano a seconda della loro natura e finalità.

I pareri[16] sono documenti discussi sulla base degli approfondimenti

---

[14] Le linee guida sono disponibili al sito *bioetica.governo.it*.

[15] C. Cosonato, L. Savarino, *Il ruolo di mediazione all'interno del Comitato Nazionale per la bioetica*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2023, 2, 9, in cui si osserva che «il CNB ha compiti relativi alla seconda e alla terza delle funzioni sopra segnalate, e in particolare: alla formulazione di pareri e all'individuazione di soluzioni, anche ai fini della predisposizione di atti legislativi in riferimento ai problemi di natura etica e giuridica emergenti con il progredire delle ricerche; ha funzioni di consulenza presso il Governo, il Parlamento e le altre istituzioni; ha compiti di informazione nei confronti dell'opinione pubblica sui problemi etici emergenti con il progredire degli studi e delle applicazioni tecnologiche nell'ambito delle scienze della vita e della cura della salute. Nello svolgimento di tali funzioni, il CNB redige documenti che, a seconda della natura e finalità, sono indicati come pareri, mozioni o risposte».

Sul punto si v. anche F. D'Agostino, *Il Comitato nazionale per la Bioetica*, in *Medic. Metodologia e didattica clinica*, 13 (3), 2005, 16.

[16] L'art. 6, comma 2, reg. precisa che «I documenti, indicati come Pareri, sono

fatti dai gruppi di lavoro, le mozioni[17] sono documenti con caratteri di urgenza e, infine, con le risposte[18] il CNB fornisce indicazioni a pareri richiesti da enti o persone fisiche.

L'attività del Comitato, *ex* art. 1, comma 2, del Regolamento, è articolata in gruppi di lavoro.

Le linee guida specificano, all'art. 5, che i gruppi di lavoro hanno l'obbligo di garantire la vera funzione del Comitato, ovvero quella di «[…] sede scientifica, elevata ed imparziale della cultura bioetica, organismo sensibile verso i segnali della società e luogo indipendente di riflessione organica pluridisciplinare».

L'istituzione del Comitato per la bioetica non è una esperienza solo italiana, vi sono infatti numerosi Paesi europei, come anche organizzazioni internazionali, che l'hanno costituito[19], proprio con l'obiettivo di riservare un'attenzione maggiore alle questioni bioetiche.

Ebbene, l'attività del Comitato, sebbene rivolta anche alle Istituzioni e quindi al Legislatore, in verità, ha trovato più spazio nella giurisprudenza[20], anche costituzionale, la quale in più occasioni ha considerato nelle proprie pronunce l'apporto fornito dal CNB.

L'attività del CNB, come avrà modo di specificarsi in seguito, è estre-

---

discussi e approvati in Assemblea ai sensi dell'art. 5 del Regolamento e sulla base dell'approfondimento svolto dai Gruppi di lavoro con le modalità stabilite nelle Linee guida riguardanti tale attività»

[17] Cfr. art. 6, comma 3, del regolamento afferma che «Le Mozioni sono documenti aventi carattere di urgenza e sono approvate con la presenza di almeno la metà dei componenti del Comitato e a maggioranza dei presenti all'Assemblea. Le modalità di presentazione delle proposte di Mozione e di formulazione del relativo documento sono regolate dalle Linee guida».

[18] Cfr., art. 6, comma 4, «Le Risposte sono documenti con cui il CNB dà indicazioni su questioni per le quali è stato richiesto il suo parere da altri enti o persone fisiche. Le modalità per l'ammissibilità delle questioni e per la formulazione del documento sono regolate dalle Linee guida.

La Risposta a quesiti riferiti a casi personali non può esser data, salvo in ipotesi eccezionali in cui ricorrano motivi di interesse generale e comunque nel rispetto della funzione giurisdizionale spettante alla magistratura.

Il Presidente può fissare un termine entro il quale la Risposta deve essere data».

[19] *https://bioetica.governo.it/it/link/comitati-di-bioetica-in-europa-e-nel-mondo/*

[20] L. Di Majo, *Il Comitato Nazionale per la bioetica*, in *federalismi.it*, 2025, 2, 75, osserva che «Mentre la Corte costituzionale pare aver colto l'opportunità di arricchimento gnoseologico offerta dagli organismi etici e scientifici tutte quelle volte in cui occorre attrarre nei processi decisionali saperi metagiuridici, il legislatore mantiene una posizione

mamente rilevante, poiché offre alla società (da considerarsi nella sua ampia accezione) una visione scientifica ma allo stesso tempo etica.

Il CNB, al contempo, rappresenta quella sede privilegiata per il dialogo interdisciplinare, capace di compendiare il progresso tecnico-scientifico all'etica, sempre al servizio della società.

### 3.2. *Le questioni affrontate dal Comitato*

Uno dei temi che, per i suoi risvolti, ha interessato l'opinione pubblica e soprattutto il dibattito politico, scientifico e giudiziario è la PMA che, come visto, è uno strumento capace di risolvere problemi legati alla fertilità umana.

Il tema della procreazione artificiale attiene squisitamente alle questioni legate all'inizio della vita e per tale ragione investe da un lato l'interesse dell'embrione e dall'altro quello alla genitorialità.

Con specifico riguardo alla prospettiva del CNB, esso ha iniziato ad occuparsi sistematicamente della questione sin dal 1994, laddove, già in questa fase iniziale, è emersa «[…] una fondamentale indecisione del CNB in una materia di tanta delicatezza e gravità»[21].

---

talvolta di diffidenza, talaltra di riluttanza nei confronti degli aspetti bioetici, utili semmai solo quando si registra una posizione di collateralità tra la politica e il Comitato stesso. La politica fa ancora piuttosto fatica ad accettare non tanto di essere guidata, quanto supportata nella dimensione dell'istruttoria, sebbene un atteggiamento meno distante significherebbe, al contrario, fare un uso buono e sapiente della consulenza extragiuridica, sfruttando quei "nomodotti" che consentono al Comitato di fornire un supporto istituzionale altamente qualificato. Probabilmente il Comitato, oltre ad essere vittima di prassi non particolarmente virtuose su tali versanti, è stato anche carnefice di sé stesso per non aver sfruttato appieno gli strumenti di impulso che il Regolamento e le Linee Guida gli riconoscono e che gli avrebbero probabilmente consentito di acquisire una rilevanza maggiore rispetto a quella (poca, per la verità) fin qui riconosciutagli dalla politica. La Corte ha invece dimostrato, in poche ma significative decisioni, di saper cogliere il prezioso contributo offerto dal CNB che non va disperso, anzi acquisito e valutato tutte quelle volte in cui non si può prescindere da una lettura, anche in chiave interpretativa, del pluralismo bioetico».

[21] Sul punto si v. *La fecondazione Assistita*, *Documenti del Comitato Nazionale per la Bioetica*, in *https://bioetica.governo.it/it/*, 1995, 7, laddove si specifica che «Il lettore potrà forse percepire con stupore o con disappunto come il CNB non sia di fatto giunto a opinioni unanimi proprio per quel che riguarda la riflessione strettamente bioetica in tema di F.A. e potrà forse osservare che la pubblicazione di ben quattro capitoli diversi al riguardo assume una valenza preoccupante, rendendo esplicita una fondamentale indecisione del

In particolare, uno degli aspetti maggiormente incidenti sull'etica, nella prospettiva del CNB, risiede nel fatto che la PMA sottintende una fecondazione c.d. artificiale, ovvero «[…] l'insieme di tecniche la cui finalità è di ottenere un concepimento con modalità diverse dal rapporto sessuale»[22].

Per le finalità del contributo, sono stati scelti alcuni casi, soprattutto quelli maggiormente espressivi della posizione, non sempre unanime, del Comitato rispetto alla PMA.

Nelle ipotesi che si andranno ad analizzare si può ravvisare la particolarità del tema che, come già detto, dipende direttamente dalla diversità ontologica degli interessi coinvolti.

Si ribadisce, infatti, che in tutta la documentazione del CNB emerge la necessità di tutelare da un lato la posizione dell'embrione (qualificato dalla l. n. 40/2004 come un soggetto) dall'altro, il diritto/esigenza alla procreazione.

Tuttavia, non può esimersi da una considerazione.

Invero, la percezione sociale della PMA è profondamente mutata nel corso degli anni, anche perché è la stessa società ad essere cambiata nel tempo.

Negli anni 1994/1995, periodo in cui il CNB ha iniziato ad analizzare il tema della procreazione assistita, la dottrina tradizionale della Fede, quindi la Chiesa, era «contraria, dal punto di vista morale, alla fecondazione omologa in vitro; questa è in se stessa illecita e contrastante con la dignità della procreazione e dell'unione coniugale, anche quando tutto sia messo in atto per evitare la morte dell'embrione umano»; veniva osservato altresì che «l'inseminazione artificiale omologa all'interno del matrimonio non può essere ammessa, salvo il caso in cui il mezzo tecnico risulti non sostitutivo dell'atto coniugale, ma si configuri come una facilitazione e un aiuto affinché esso raggiunga il suo scopo naturale»[23].

---

CNB in una materia di tanta delicatezza e gravità. Un'osservazione del genere, naturalmente, sarebbe non solo legittima, ma anche non priva in linea di principio di un suo fondamento. Mi sia consentito però di richiamare l'attenzione del lettore più sulle convergenze che sulle divergenze che emergono dalle pagine di questo documento. Si tratta di convergenze significative, che vanno colte però sul piano degli orientamenti di principio, più che su quello delle singole opzioni concrete e operative che da questo documento possono emergere».

[22] *La fecondazione assistita, Documenti del Comitato Nazionale per la Bioetica*, op. cit., 147.

[23] Le espressioni sono del *Documento della Congregazione per la dottrina della fede*,

È, quindi, evidente che la posizione del CNB sul tema non poteva non tener conto di questa forte posizione, tant'è che nel documento del 1995 (il primo organico sulla PMA) era tangibile questa naturale incertezza. Dall'altro lato, però, emergeva la necessità di "ispirare" una regolamentazione generale equilibrata verso due principi «[…] della soddisfazione dei desideri procreativi di coloro che ricorrono alla fecondazione artificiale e del rispetto della vita umana nelle sue prime fasi»[24].

Il veloce sviluppo delle tecnologie di PMA ha portato con sé nuove questioni etiche e altrettante posizioni assunte dalla società, di conseguenza il CNB ha iniziato ad occuparsi, più o meno, sistematicamente del tema.

Con parere del 18 novembre 2005, il CNB ha analizzato l'istituto dell'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita.

La questione atteneva al destino degli embrioni congelati e abbandonati i quali, stante il silenzio della l. n. 40/2004 sul punto, dovrebbero essere custoditi fino al momento della loro estinzione naturale.

In particolare, il tema riguarda tutte quelle situazioni in cui gli embrioni crioconservati non siano stati più utilizzati, per cause dipendenti (rifiuto, irreperibilità) o indipendenti (decesso, raggiungimento di un'età che non consente una gravidanza) dalla volontà dei genitori[25].

Per risolvere questa questione, il CNB è partito dall'assunto secondo cui l'embrione è da considerarsi come una vita umana e, pertanto, è meritevole di rispetto e tutela fin dal suo inizio.

Dal punto di vista legislativo, invece, l'art. 13 della l. n. 40/2004 vieta qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano, mentre il comma 2 consente la ricerca e sperimentale «a condizione che si perseguano fina-

*Il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione*, del 22 febbraio 1987, disponibile in *https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for%20human-life_it.html.*

[24] E. Lecaldano, *Implicazioni etiche nel campo della fecondazione assistita,* in *La fecondazione assistita*, *Documenti del Comitato Nazionale per la Bioetica*, 1995, 195.

[25] Nel parere, 3, disponibile sul sito del Comitato, si legge che «Il modo in cui fino ad oggi sono state applicate le tecniche extracorporee di PMA in molti paesi nel mondo ed anche in Italia fino all'entrata in vigore della l. n. 40/2004 ha determinato la formazione di un rilevante numero di embrioni umani crioconservati, per una parte dei quali non è più realizzabile l'iniziale progetto parentale, a causa del rifiuto dei genitori di portarlo a conclusione, per la sopravvenuta irreperibilità di costoro –e in casi limite per il loro decesso- o per il raggiungimento da parte della donna di una età che non consente più obiettivamente lo sviluppo di una gravidanza priva di rischi».

lità 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».

Il parere rileva che vi sono più opzioni da considerare.

Ebbene, secondo una prima ricostruzione, vi è la possibilità di distruggere gli embrioni crioconservati dopo anni dalla loro produzione, si tratta – ricorda il parere – «[…] di un obbligo amministrativo, la cui giustificazione non viene esplicitamente indicata»[26].

Dall'altro lato, vi è la possibilità di destinare gli embrioni c.d. residuali (in stato di definitivo e accertato abbandono e con il consenso dei soggetti coinvolti) alla ricerca scientifica.

In verità, sul punto sono state assunte posizioni diverse tra i bioeticisti, laddove una parte riteneva che l'embrione dovesse considerarsi come una vita e che, pertanto, l'interesse alla ricerca non poteva prevalere sul c.d. diritto alla vita; vi era, anche, chi sosteneva che lo stato di abbandono poteva legittimare l'utilizzo a fini scientifici. Tra questi ultimi, si è anche osservato che in caso di ragionevole certezza sull'incapacità dell'embrione di svilupparsi, le cellule vitali potevano essere destinate a fini scientifici o terapeutici.

Alla luce di queste riflessioni, il Comitato ha prospettato una soluzione capace di garantire una possibilità di vita e di sviluppo degli embrioni, proponendo che quelli in stato di abbandono siano messi a disposizione di altre coppie intenzionate ad intraprendere la PMA, assicurando il loro trasferimento e la loro nascita.

In questo caso, il Comitato ha prospettato la c.d. adozione per nascita, soluzione che risponde al modello della c.d. adozione legittimante, dando, peraltro, priorità ai valori di solidarietà, generosità, responsabilità e irrevocabilità.

Nel parere, è stato osservato che l'adozione per nascita rappresenta una prospettiva eticamente accettabile «capace di risolvere, almeno in parte, il problema bioetico degli embrioni residuali, cioè definitivamente privati di un progetto parentale; ed è conseguentemente altrettanto eticamente accettabile, e anzi doverosa, una ampia promozione dell'istituto della APN ed un sostegno alle coppie o alla donna che ne facciano richiesta»[27].

---

[26] Parere del 18 novembre 2005, 3.

[27] Parere del 18 novembre 2005, 6. Peraltro, alla fine del Parere il CNB esprime delle

Sempre del destino degli embrioni, ne ha discusso il Comitato anche nel 2007, occupandosi, in particolare, di quelli che, a seguito di analisi morfologiche, presentavano gravi malformazioni irreversibili e che quindi non era opportuno il loro impianto, anche in considerazione di un rifiuto consapevole della madre.

Con riferimento a questa ipotesi, peraltro, le linee guida stabilivano che se dall'indagine emergevano gravi anomalie irreversibili, l'embrione non doveva essere crioconservato, bensì lasciato in coltura.

Anche in questa occasione, in sede di discussione, nel CNB si sono sviluppate due diverse opzioni.

Secondo una prima opzione, l'embrione – con il consenso informato dei genitori – può essere destinato a fini di ricerca, anche se comporta un esito distruttivo. Tale opzione è avvalorata dal presupposto che «prima della loro estinzione, sia legittimo donare le loro cellule a fini solidaristici»[28].

Per un'altra parte del CNB, invece, ogni utilizzazione strumentale e con esito distruttivo degli embrioni è da considerarsi eticamente inaccettabile, in quanto contraria alla dignità e al diritto alla vita.

Sulle basi di queste diverse ricostruzioni, il CNB ha prospettato una posizione unitaria, ovvero quella «che venga individuato un criterio di accertamento di "morte dell'embrione", che renda possibile la donazione di cellule embrionali alla ricerca, stabilendo un'analogia con la donazione di organi *ex mortuo*»[29]. In particolare, l'interrogativo che si è posto il CNB attiene all'individuazione di un criterio di accertamento della morte dell'embrione, nel momento in cui la sua vitalità non è definitivamente venuta meno.

La posizione del CNB non era tuttavia unanime, poiché alcuni sostenevano l'analogia con la donazione degli organi c.d. *ex mortuo* e di conse-

raccomandazioni tra cui: «che si introducano nell'ordinamento norme che prevedano la liceità e le modalità di ricorso alla APN a favore degli embrioni crioconservati e in stato oggettivo di abbandono; che tale stato di abbandono venga legalmente accertato e qualificato con criteri rigorosi; che la legge formuli appropriati criteri per l'individuazione delle coppie o comunque delle donne che si offrano all'APN; che la pratica dell'APN sia garantita contro ogni forma di commercializzazione o di lucro; che al nato da APN venga riconosciuto il medesimo statuto giuridico previsto in generale per i nati da PMA».

[28] Sul punto si v. *Destino degli embrioni derivanti da PMA e non più impiantabili*, del 26 ottobre 2007, disponibile sul sito del Comitato, 6.

[29] Documento del 26 ottobre 2007, 7.

guenza «se il prelievo e l'utilizzazione di blastomeri vivi da un embrione dichiarato morto può essere paragonabile al prelievo di organi e tessuti da un individuo dichiarato morto, può allora ritenersi eticamente lecita la donazione dei primi alla ricerca»[30]. Dall'altro lato, invece, vi era chi sosteneva l'impossibilità di praticare l'analogia tra accertamento della morte celebrale totale del soggetto già nato e l'accertamento della morte per arresto e degenerazione dello sviluppo dell'embrione.

Tra le tante questioni che hanno interessato il tema della PMA, uno in particolare è stato posto all'attenzione della giurisprudenza anche costituzionale. Il riferimento è alla c.d. PMA eterologa, tecnica vietata dall'art. 4, comma 3, della l. n. 40/2004, ovvero quella in cui i gameti (ovocita e spermatozoo) non provengono dalla coppia ma da soggetti esterni ad essa.

Sul punto è intervenuta la Corte costituzionale, la quale, con la pronuncia del 10 giugno 2014, n. 162 ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 4, comma 3, nella parte in cui stabilisce il divieto di fecondazione di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili[31].

La Corte costituzionale, con pronuncia del 22 maggio 2015, n. 68 ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 8 l. n. 40/2004 nella parte in cui «non prevede che pure il nato in Italia da donna che ha fatto ricorso all'estero, in osservanza delle norme ivi vigenti, a tecniche di procreazione medicalmente assistita ha lo stato di figlio riconosciuto anche della

[30] Sul punto, si v. abstract del *Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica sul destino degli embrioni derivanti da PMA e non più impiantabili*, disponibile al sito del Comitato.

[31] In dottrina si v. V. Baldini, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2014, 2; F. Angelini, *Dalla fine di un irragionevole divieto al caos di una irragionevole risposta. La sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, lo Stato, le Regioni sulla fecondazione assistita eterologa*, in *Istituzioni del federalismo*, 2015, 61 ss.; A. Ruggeri, *La sentenza sulla fecondazione «eterologa»: la Consulta chiude al «dialogo» con la Corte EDU*, in *Quad. cost.*, 2014, 659 ss.; A. Vallini, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, in *Dir. pen e proc.*, 2014, 842; L. d'Avack, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, in *Dir. fam. e persone*, 2014, 1005; A. Cariola, *Quel che resta e quel che impedisce: la vicenda dell'assegno divorzile nel contesto delle nozioni di famiglia e convivenza nella giurisprudenza costituzionale*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.rivista.it*, 2014, 4; A. Ciervo, *Una questione privata (e di diritto interno). La Consulta dichiara incostituzionale il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in *www.diritti-cedu.unipg.it*, 2014.

donna che, del pari, ha espresso il preventivo consenso al ricorso alle tecniche medesime e alla correlata assunzione di responsabilità genitoriale»[32].

Il Comitato, già nel 2011, si è occupato della questione relativa all'opportunità che l'individuo nato da PMA eterologa conosca le proprie origini biologiche.

Anche in questo caso, il Comitato non ha assunto una posizione unanime, tuttavia, i componenti erano concordi nel ritenere "raccomandabile" rivelare al figlio le modalità di concepimento, anche con l'ausilio di esperti, nonché di riconoscere il diritto di accedere ai registri dove sono conservati i dati genetici dei datori di gameti[33], anche perché i predetti dati potrebbero essere indispensabili per la salute del soggetto.

Tuttavia, alcuni membri hanno ritenuto opportuno tutelare il c.d. anonimato anagrafico dei donatori, questo perché il soggetto nato con i procreatori biologici ha solo un legame genetico e non relazionale, quest'ultimo tipico della famiglia intenzionale.

Un'altra parte, invece, intendeva riconoscere al soggetto il diritto ad una informazione piena, anche nell'ottica di tutelare l'interesse del minore[34]. Peraltro, in questo caso, si è addirittura osservato che eludere o nega-

---

[32] La sentenza e le relative massime sono disponibili all'indirizzo *https://www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2025/68*.

In dottrina, si v. G. Bevivino, *L'interesse del minore quale criterio (non sempre correttamente) applicato dalle recenti sentenze nn. 68 e 69 della Corte costituzionale*, in *www.accademiaassociazionecivilisti.it/*, 2025, 8; E. Bilotti, *La Corte costituzionale e la tutela dei nati a seguito della violazione dei divieti previsti dalla L. n. 40 del 2004*, in *Famiglia e diritto*, 2025, 10; L. d'Avack, *Le due madri: l'interesse del minore e la responsabilità genitoriale*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2025, 3.

[33] Sinteticamente, nell'abstract del documento si ritiene raccomandabile «che i genitori rivelino al figlio le modalità del suo concepimento attraverso filtri e criteri appropriati (proporzionalità, sostenibilità, rilevanza, attinenza, ecc.) anche con l'ausilio di una consulenza. Si raccomanda anche che al nato si riconosca sempre il diritto di accedere a quei registri dove sono conservati i dati genetici e la storia clinica dei datori di gameti, dato che trattasi di notizie a volte indispensabili per la sua salute».

[34] Nel documento Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa del 25 novembre 2011, disponibile sul sito del comitato, a 15 si evidenzia che «Ne deriva che nel rapporto tra il terzo che ha dato i propri gameti e vuole rimanere celato dietro l'anonimato – desiderio recepito dalle legislazioni di alcuni paesi per non scoraggiare la cessione dei gameti – e il nato da fecondazione eterologa che abbia bisogno di conoscere le proprie origini biologiche per lo sviluppo della sua persona dovrebbe sempre prevalere l'interesse di quest'ultimo. Altrimenti si registrerebbe uno sbilanciamento totale nella tutela tra queste due persone: l'eterologa costituisce, infatti,

re la richiesta di conoscere le proprie origini possa implicare una forma di violenza «[…] di chi, conoscendo la verità che concerne un'altra persona e potendo comunicargliela, si rifiuta di farlo, mantenendo nei suoi confronti un'indebita posizione di potere»[35].

In definitiva, il CNB ha evidenziato la necessità di orientare il percorso di "disvelamento" secondo un percorso condiviso e con l'ausilio di tecnici, anche in considerazione dell'età del figlio.

Se, tuttavia, vi sono necessità di cura e tutela della salute del figlio, allora, è necessario che la struttura o il medico richiedano l'accesso ai registri e l'utilizzo dei dati per i trattamenti diagnostici e terapeutici, previa autorizzazione dei genitori o, in caso di diniego, con l'assenso dell'Autorità giudiziaria.

Infine, nel 2014, il CNB si è occupato dello scambio involontario di embrioni.

Il documento origina da una vicenda accaduta all'ospedale Pertini di Roma, in cui gli embrioni di una coppia, a seguito di PMA omologa, sono stati impiantati per errore nell'utero di un'altra donna, la quale si era sottoposta alla medesima tecnica.

In via preliminare, il Comitato si è concentrato sul concetto di genitorialità e filiazione, precisando, tuttavia, che «il Comitato ritiene in questa vicenda di scambio involontario di embrioni di non esprimere una "preferenza" bioetica in merito alla prevalenza delle une o delle altre possibili figure genitoriali nella consapevolezza che qualsiasi sia la situazione in cui i bambini cresceranno, il dilemma etico resterà aperto. Si aggiunga l'unanime consapevolezza del carattere drammatico e tragico, delle vicende che qui vengono analizzate e della sofferenza umana che esse attivano»[36].

È interessante la prospettiva assunta dal CNB, il quale pone delle riflessioni, in primo luogo, sul ruolo della madre gestante e di quella genetica, poi, sul padre genetico e su quello sociale o legale e infine "ragiona nell'interesse dei nati".

All'esito dell'analisi del Comitato è emerso che i genitori, i procreatori e i donatori sono titolari d'interessi etici e giuridici rilevanti ma che, allo

già una deroga al principio di responsabilità genitoriale, poiché impone al figlio uno *status* familiare diverso da quello a cui avrebbe diritto, uno *status* in cui la filiazione è dissociata dalla derivazione biologica in base alla scelta dei soggetti adulti coinvolti».

[35] Sul punto si v. l'abstract del documento.

[36] Documento *Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, 11 luglio 2014, disponibile sul sito del Comitato, 3.

stesso tempo, la loro tutela è subordinata alla realizzazione degli interessi del nato.

Deve osservarsi, quindi, che il Comitato ha sostanzialmente ritenuto preminente l'interesse del minore, il quale assume, a questo punto, una posizione prevalente rispetto agli interessi e ai diritti riconosciuti ai genitori.

Come anticipato, in quest'occasione, il CNB non ha espresso una preferenza bioetica, tuttavia, nell'interesse dei futuri nati, ha avanzato alcune raccomandazioni, tra cui il diritto ad avere figure genitoriali certe e, di conseguenza, affrontare vicende come quella esaminata con sollecitudine, soprattutto, in tempi capaci di consentire ai nati condizioni familiari adeguate. Il Comitato ha, altresì, espresso «l'auspicio etico che sia accantonata la logica stringente dei diritti in competizione e che le famiglie coinvolte siano in grado di accedere alla dimensione della responsabilità e della solidarietà nei confronti dei nati, anche con la garanzia giuridica di non esclusione (tra cui il diritto di visita)»[37], nonché il diritto delle coppie a conoscere l'errore accaduto e quello dei nati di sapere le proprie origini.

## 4. *Conclusioni*

Dalle ipotesi passate in rassegna, emerge, come affermato dal Comitato, che esso non sempre riesce a raggiungere una univocità e comunanza nelle decisioni da assumere, proprio in ragione del fatto che la PMA, come tutte le questioni bioetiche, coinvolge una molteplicità di interessi sociali, giuridici ed etici.

In particolare, la PMA rappresenta uno dei temi più complessi, in quanto è di per sé caratterizzata da una intrinseca fluidità, dal momento che deve confrontarsi con lo sviluppo delle tecnologie mediche e, allo stesso tempo, con i valori più intimi dell'individuo, tra cui la sfera sessuale, quella intima e affettiva.

A tal proposito, dall'analisi condotta è emerso che il CNB rappresenta uno dei maggiori interlocutori sulle questioni bioetiche, non solo perché composto da esperti in questa materia ma, soprattutto, poiché sede di

[37] Abstract del documento *Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, 11 luglio 2014, disponibile sul sito del Comitato.

dialogo e di confronto in cui si sintetizzano e bilanciano interessi, certe volte, tra loro confliggenti.

Del resto, come ricordato dal fondatore e primo Presidente Adriano Bompiani, il Comitato «è una sede scientifica, elevata ed imparziale della cultura bioetica, è un'antenna sensibile verso i segnali della società (nazionale ed internazionale) ma anche luogo indipendente di riflessione organica pluridisciplinare»[38].

Le soluzioni offerte dal CNB cercano di essere quanto più possibile "eticamente sostenibili" (ovvero, compatibili con le esigenze e questioni che pone l'etica) e dimostrano la necessità di affrontare le questioni bioetiche con un approccio interdisciplinare. L'indecisione del Comitato su determinati temi è, in conclusione, sintomatica del carattere estremamente fluido degli stessi e, allo stesso tempo, dimostra come gli interessi in gioco mutino a seconda dei cambiamenti della società.

Dall'altro lato, il legislatore, a differenza di quanto avvenuto sino ad ora, deve cercare di colmare le numerose lacune normative che si riscontrano rispetto ai temi bioetici, valorizzando ancor di più l'attività del CNB che, si ricorda, ha il compito, tra gli altri, «di indicare soluzioni ai fini della predisposizione di atti legislativi»[39].

Come ricordato, anche dalla Corte di Cassazione, la giurisprudenza non è fonte del diritto[40] e, pertanto, gli interpreti del diritto non possono supplire alla fonte normativa che, soprattutto in questo ambito, è un elemento fondamentale ed imprescindibile per una effettiva tutela dei soggetti coinvolti.

[38] *https://bioetica.governo.it/it/il-comitato/presentazione/*.

[39] *https://bioetica.governo.it/it/il-comitato/presentazione/*.

[40] Cfr. Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162.

**Abstract**

Il contributo intende offrire una ricostruzione della procreazione medicalmente assistita, alla luce delle interpretazioni fornite dal Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB). Partendo dall'analisi del binomio etica e diritto, nella prospettiva dell'evoluzione scientifica e della transizione tecnologica, lo scritto ripercorre le principali questioni che hanno interessato la PMA, laddove, al contempo, è emersa «[…] una fondamentale indecisione del CNB in una materia di tanta delicatezza e gravità». Nelle conclusioni, invece, si sottolinea la necessità di colmare i vuoti normativi, valorizzando il ruolo e l'expertise del CNB il quale ha, tra le altre, la finalità di «indicare soluzioni ai fini della predisposizione di atti legislativi».

The paper aims to offer a reconstruction of Medically Assisted Procreation, in the light of the interpretations provided by the National Committee for Bioethics (CNB). Starting from the analysis of the binomial ethics and law, in the perspective of scientific evolution and technological transition, the paper traces the main issues that have affected the PMA, where, at the same time, it has emerged «[...] a fundamental indecision of the C.N.B. in a matter of such delicacy and gravity». The conclusions, on the other hand, underline the need to fill the regulatory gaps, enhancing the role and expertise of the C.N.B. which has, among other things, the purpose of «indicating solutions for the purpose of preparing legislative acts».

# Appunti in tema di embrioni sovrannumerari

di Ludovica Russo

Sommario: 1. Gli embrioni crioconservati: statuto giuridico dell'embrione e deroghe al generale divieto di crioconservazione. – 2. La condizione degli embrioni sovrannumerari. – 3. La giurisprudenza costituzionale e la necessaria tutela della dignità dell'embrione. – 4. *Segue*. Sul divieto di sperimentazione tra tutela della dignità umana e libertà di ricerca scientifica. – 5. *Segue*. Sulla possibilità di impiego degli embrioni sovrannumerari per la ricerca scientifica e la sperimentazione. – 6. Considerazioni finali.

## 1. *Gli embrioni crioconservati: statuto giuridico dell'embrione e deroghe al generale divieto di crioconservazione*

Per comprendere appieno le problematiche inerenti al dibattito sugli embrioni crioconservati non si possono tralasciare, seppur in modo incidentale, le questioni legate allo statuto dell'embrione umano, il quale coinvolge una complessa intersezione tra scienza medica, bioetica e diritto. In termini strettamente scientifici, l'embrione è definito come l'organismo umano nei primi stadi del suo sviluppo, a partire dalla fecondazione e fino all'ottava settimana di gestazione, fase in cui si formano i principali organi e tessuti. Dal punto di vista embriologico, lo stadio embrionale ha inizio con la fusione del materiale genetico dei gameti – ovulo e spermatozoo –, che danno origine a uno zigote, una cellula totipotente capace di svilupparsi in un organismo completo. Tale cellula, attraverso successive divisioni mitotiche, evolve in una morula, poi in blastocisti, e successivamente si impianta nella parete uterina[1].

Ebbene, il dibattito giuridico ed etico[2] ruota in larga parte attorno a questo momento originario, in quanto lo zigote, pur essendo una singola cellula, contiene già un patrimonio genetico unico e irripetibile, espressione della futura identità biologica dell'individuo. Da qui discende il problema, giuridicamente e bioeticamente rilevante, di

[1] M. R. Montinari, *Statuto dell'embrione (parte medica),* in *Enciclopedia di Bioetica e scienza giuridica*, vol. XI, Napoli, 2021, 849 ss.

[2] M. R. Montinari, *Statuto dell'embrione (parte medica)*, cit., 852; F. D. Busnelli, *Statuto dell'embrione (parte giuridica),* in *Enciclopedia di Bioetica e scienza giuridica,* vol. XI, Napoli, 2017, 890 ss.

attribuire o meno all'embrione una soggettività giuridica o almeno una forma di tutela.

Punto nodale della questione, risulta essere la definizione del momento in cui inizia una nuova vita individuale, poiché questo determina le modalità e i limiti degli interventi sull'embrione stesso: l'embrione, sin dalla fecondazione, rappresenta un individuo dotato di un ciclo vitale autonomo e intrinsecamente umano. Questa prospettiva, sostenuta da un ampio consenso scientifico, vede l'embrione quale entità biologica con potenzialità di sviluppo fino alla nascita e oltre, giustificando così una protezione rigorosa anche in fase embrionale[3].

Sul piano etico, il dibattito si articola intorno alla domanda fondamentale se l'embrione possa essere considerato una persona a pieno titolo sin dal concepimento o solo in fasi successive del suo sviluppo. La Chiesa Cattolica nel sostenere che l'embrione è un essere umano a tutti gli effetti fin dal momento della fecondazione, riconosce allo stesso la medesima protezione riservata a una persona già nata[4]. Di contro, alcune teorie laiche, nel proporre varie distinzioni basate sullo stadio di sviluppo dell'embrione, come quella relativa al concetto di "pre-embrione", la quale riconosce il potenziale di vita dell'embrione dopo i primi 14 giorni dalla fecondazione, – durante i quali non si manifestano ancora le caratteristiche biologiche che lo renderebbero un individuo umano completo[5] – giustificano la ricerca scientifica sull'embrione fino al quattordicesimo giorno. Questa visione è stata adottata in varie legislazioni come quella del Regno Unito con il c.d. Rapporto Donaldson[6], ma trova, tuttavia, una resistenza significativa in contesti più conservatori[7].

Sul piano giuridico, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, in particolare all'art. 3, comma 2, viene espressamente vietata

---

[3] M. R. Montinari, *Statuto dell'embrione (parte medica)*, cit., 851, «Il nuovo sistema non è una semplice somma dei due sottosistemi, ma un sistema combinato, [...] identificato come biologicamente umano».

[4] G. Torlone e E. Sgreccia*, Statuto dell'embrione (parte etica),* in *Enciclopedia di Bioetica e scienza giuridica,* vol. XI, Napoli, 2017, 861 ss.

[5] G. Torlone e E. Sgreccia*, Statuto dell'embrione (parte etica),* in *Enciclopedia di Bioetica e scienza giuridica*, cit., 863 ss.

[6] *Stem Cell Research: Medical Progress with Responsibility*, published by Department of Health, 16 august 2000. Vedilo in allegato al "*Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica sull'impiego terapeutico delle cellule staminali*", 27 ottobre 2000.

[7] F. D. Busnelli, op. loc. cit.

la clonazione riproduttiva degli esseri umani, poiché inserita nel contesto del rispetto della dignità umana[8]. La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea ha ulteriormente chiarito che il concetto di "embrione umano" copre ogni ovulo umano fin dalla fecondazione e che ogni utilizzo degli embrioni umani per scopi di ricerca è ammissibile solo in circostanze strettamente definite e in accordo con i diritti fondamentali[9].

Anche nel diritto internazionale, il Comitato per i diritti dell'uomo, attraverso i suoi Commenti Generali, ha più volte ribadito che la protezione della vita umana inizia dal concepimento, tuttavia, l'applicazione di tale principio è stata mitigata dalla considerazione secondo la quale spetta ai singoli Stati bilanciare la tutela dell'embrione con altri diritti fondamentali, come la salute[10] e la libertà scientifica[11].

Ulteriori strumenti di tutela per l'embrione sono ravvisabili anche nella Convenzione di Oviedo del 1997, la quale, pur non essendo direttamente produttiva di effetti nell'ordinamento italiano, costituisce uno dei principali riferimenti normativi in materia di bioetica a livello europeo. In particolare, l'art. 18, comma 2, sancisce il divieto di creare embrioni umani a fini di ricerca, lasciando tuttavia agli Stati contraenti un margine di discrezionalità nel prevedere eventuali eccezioni, purché subordinate a condizioni rigorose e accompagnate da adeguate garanzie di «protezione dell'embrione»[12]. Tale Convenzione, pertanto, non preclude la sperimentazione sugli embrioni già creati per finalità riproduttive, a condizione che ciò avvenga nel rispetto della dignità umana e delle disposizioni normative nazionali[13].

Nel contesto giuridico nazionale, la questione dello statuto degli embrioni ha trovato una prima e organica disciplina nella l. 19 febbraio

[8] Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, 2000, art. 3, comma 2.

[9] Corte di giustizia dell'Unione Europea (CGUE), sentenza del 18 ottobre 2011, *Oliver Brüstle vs Greenpeace* (C-34/10).

[10] P. Perlingieri, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 1020.

[11] Comitato per i diritti dell'uomo, Commenti Generali n. 36 del 2018 sul diritto alla vita.

[12] Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina (Convenzione di Oviedo), 4 aprile 1997, art. 18, comma 2.

[13] Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina (Convenzione di Oviedo), 4 aprile 1997, art. 18, comma 1.

2004, n. 40 recante norme in materia di procreazione medicalmente assistita (PMA)[14]. Tale normativa stabilisce la regola secondo la quale l'embrione è considerato quale soggetto giuridico fin dal momento della fecondazione, equiparando in tal modo, almeno in parte, la tutela dell'embrione a quella del nato[15]. La medesima, all'art. 14, impone un divieto generale di crioconservazione degli embrioni, consentendo tale pratica solo in circostanze eccezionali, ovvero quando il trasferimento in utero non sia possibile immediatamente per motivi di salute della donna[16]. Attraverso le disposizioni contenute nella l. n. 40/2004 l'Italia ha anticipato il riconoscimento della soggettività giuridica dell'embrione al momento del concepimento, ponendosi quale *unicum* all'interno del panorama giuridico internazionale[17]. Questa scelta legislativa, tuttavia, ha suscitato numerosi dibattiti, soprattutto per quanto riguarda le implicazioni pratiche della crioconservazione e le deroghe ammesse. La Corte costituzionale italiana, con due sentenze, quella dell'8 maggio 2009 n. 151 e quella del 21 ottobre 2015 n. 229 ha progressivamente eroso il carattere assoluto del divieto di crioconservazione, introducendo deroghe funzionali alle esigenze della pratica medica e alla tutela dell'integrità psico-fisica della donna[18]. In particolare, dichiarando l'illegittimità costituzionale del limite massimo di tre embrioni impiantabili, previsto dalla legge n. 40 del 2004, la Corte ha reso possibile la crioconservazione di embrioni sovrannumerari onde evitare rischi derivanti da trattamenti ripetuti[19]. La medesima sentenza, inoltre, nel sottolineare la necessità di operare un bilanciamento tra la tutela dell'embrione ed altri diritti costituzionali, come il diritto alla salute

[14] S. Agosta, *Tra ragionevoli preoccupazioni di tutela ed irragionevoli soluzioni normative: la recente disciplina sulla procreazione artificiale al banco di prova dei fini-valori della Costituzione*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 95; E. Lamarque, *Referendum sulla procreazione assistita: l'inammissibilità del quesito totale, in Quad. cost.*, 2005, 381 ss.; A. Musumeci, *Referendum e la legge sulla procreazione medicalmente assistita. Note a margine su un dialogo (impossibile) tra Parlamento, Corte costituzionale e corpo elettorale*, in *Costituzionalismo.it*, 2005, 2; A. Celotto, *Legge sulla procreazione medicalmente assistita: quanti dubbi di costituzionalità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2004.

[15] M. Manetti, *La questione dell'embrione nel quadro dei principi costituzionali*, in *www.costituzionalismo.it*, 2005.

[16] Art. 14, l. 19 febbraio 2004, n. 40.

[17] F. D. Busnelli, op. loc. cit.

[18] Corte cost. 8 maggio 2009, n. 151, in *www.biodiritto.it.*

[19] Corte cost. n. 151/2009.

e alla libertà procreativa[20], ha incidentalmente affermato che la dignità dell'embrione non può prevalere in modo assoluto su tutti gli altri diritti[21].

Tale approccio giuridico riflette una tendenza verso un'applicazione più flessibile delle norme sulla crioconservazione, che consente una gestione più dinamica della PMA, rispettando al contempo i diritti fondamentali di tutti i soggetti coinvolti[22]. La giurisprudenza ha così riconosciuto la necessità di deroghe che permettano la crioconservazione in situazioni specifiche, come la presenza di patologie genetiche negli embrioni o la necessità di differire il trasferimento in utero per motivi medici[23].

Il tema degli embrioni crioconservati, dunque, continua a essere caratterizzato dalla necessità di individuare un equilibrio tra la protezione della vita nascente e le esigenze pratiche della scienza medica. Mentre la normativa italiana privilegia la tutela dell'embrione, l'evoluzione giurisprudenziale dimostra una crescente apertura verso una maggiore flessibilità normativa, necessaria per affrontare le sfide poste dalle nuove tecnologie biomediche[24].

## 2. *La condizione degli embrioni sovrannumerari*

La condizione degli embrioni sovrannumerari rappresenta una delle questioni più complesse e dibattute nell'ambito della procreazione medicalmente assistita (PMA). Sono definiti embrioni sovrannumerari

[20] La libertà procreativa non è espressamente menzionata nel testo costituzionale, ma è pacificamente ricondotta dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale all'area dei diritti fondamentali della persona, in quanto espressione dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost., nonché dei principi di autodeterminazione e dignità della persona. Essa trova inoltre fondamento negli artt. 3, 31 e 32 Cost., in quanto attiene alla sfera delle scelte esistenziali fondamentali, al progetto di vita familiare e alla tutela della salute, intesa anche nella sua dimensione psico-fisica. La Corte costituzionale, a partire dalla sent. n. 151 del 2009, ha costantemente affermato la necessità di un bilanciamento tra la tutela dell'embrione e i diritti della coppia, riconoscendo che le scelte procreative rientrano nella sfera di autodeterminazione costituzionalmente protetta, come ulteriormente confermato dalla sentenza Corte costituzionale 11 novembre 2015, n. 229.

[21] Corte cost. n. 151/2009.

[22] F. D. Busnelli, *Statuto dell'embrione (parte giuridica)*, cit., 889 ss.

[23] F. D. Busnelli, *Statuto dell'embrione (parte giuridica)*, cit., 885 ss.

[24] F. D. Busnelli, *Statuto dell'embrione (parte giuridica)*, cit., 887 ss.

gli embrioni formati mediante tecniche di PMA che, non essendo destinati all'impianto immediato e risultando eccedenti rispetto al numero di embrioni impiantabili nel singolo ciclo di trattamento vengono crioconservati[25]; tali embrioni non hanno prospettive di sviluppo biologico futuro in quanto, non essendo selezionati ed utilizzati ai fini della PMA, vengono crioconservati a tempo indeterminato e custoditi in apposite banche sino alla loro estinzione naturale[26]. Infatti, sebbene siano embrioni prodotti a fini procreativi mediante tecniche di fecondazione in vitro, essi non vengono impiantati quando risultino eccedenti rispetto ai cicli programmati ovvero quando, a causa di gravi anomalie genetiche o di un processo di deterioramento biologico, siano considerati non idonei al trasferimento in utero, in quanto potrebbero comportare un grave pregiudizio per la salute della donna.[27]

Numerosi interrogativi attengono allo statuto giuridico applicabile agli embrioni, in particolare riguardo alle modalità e ai limiti della loro conservazione e utilizzo.

In Italia, la l. n. 40/2004, disciplinante la materia della procreazione medicalmente assistita, stabilisce un rigido quadro normativo riguardo alla creazione e gestione degli embrioni sovrannumerari. L'articolo 14[28] della l. n. 40/2004, nonostante al comma 1 vieti, in linea generale, la crioconservazione degli embrioni, al comma 3 riconosce la possibilità di crioconservazione per i casi in cui il trasferimento in utero non sia possibile per «grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione»[29]. Nonostante tale cornice normativa, la giurisprudenza italiana ha più volte sollevato il tema dell'inapplicabilità o della necessità di deroghe a tali disposizioni, soprattutto alla luce di eventi sopravvenuti che rendono impossibile o inopportuno l'impianto degli embrioni

[25] F. Meola, *Sugli embrioni sospesi*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2023, 44 ss.

[26] Cfr. DM Ministero della salute, 11 aprile 2008, recante «Linee guida esplicative in materia di procreazione medicalmente assistita», che distingue due categorie di embrioni crioconservati: «La prima, quella degli embrioni che sono in attesa di un futuro impianto, compresi tutti quelli crioconservati prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004, e la seconda, quella degli embrioni per i quali sia stato accertato lo stato di "abbandono"».

[27] R. Cristiano, *Gli embrioni soprannumerari: tutela e sperimentazione*, in *Rivista Aic*, 2018, 5 ss.

[28] L. n. 40/2004.

[29] Art. 14, l. n. 40/2004.

crioconservati. Un punto cruciale relativo al dibattito riguarda la "sorte" degli embrioni sovrannumerari quando, ad esempio, la coppia che ha dato origine agli embrioni non intende più procedere con il trattamento, o quando uno dei partner cambia sesso[30] o viene meno uno dei requisiti soggettivi previsti per l'accesso alla PMA. In particolare, il caso del rifiuto della madre a procedere con il trasferimento in utero, pone interrogativi di particolare rilevanza riguardo al destino degli embrioni non impiantati, evidenziando diverse criticità normative e pratiche. La crioconservazione di questi embrioni, sebbene necessaria, violerebbe il divieto legislativo che ne vieta la pratica, generando un paradosso in cui sarebbe la legge stessa ad alimentare una situazione che aveva inizialmente proibito. Il destino di questi embrioni appare "nebuloso" e indefinito, poiché la legge non prevede conseguenze chiare per il rifiuto della madre e non impone sanzioni o obblighi coercitivi per l'impianto, anche perché, in tal caso, si verificherebbe una manifesta violazione dei diritti della persona. Le linee guida ministeriali del 2004[31] e del 2008[32], sono intervenute sulla disciplina della crioconservazione degli embrioni non trasferiti, senza tuttavia fornire una soluzione sistematica alla questione, finendo per accentuare profili di criticità sia in relazione ai conflitti tra le diverse fonti normative, sia relativamente al profilo della responsabilità del personale medico[33].

[30] Si veda F. Meola, *Sugli embrioni sospesi*, cit., 44 ss. «In questo caso, a tenore della norma, che limita l'utilizzo di tali tecniche, riservandolo alle sole «coppie di maggiorenni di sesso diverso», sembrerebbe doversi concludere che il venir meno, per il profilo in questione, dell'elemento soggettivo sia causa di inutilizzabilità degli embrioni prodotti, che, quindi, non potranno essere impiegati a fini procreativi da parte della stessa coppia che ne ha determinato la formazione. Tale conclusione, però, lascia comunque privo di risposta l'interrogativo concernente la sorte di quegli stessi embrioni. Se, infatti, è indubbio che, come appena evidenziato, questi non potrà più essere impiegato per il soddisfacimento delle esigenze procreative della coppia, è altrettanto evidente che, nel silenzio della legge, neppure nessuno dei due *partner* potrà singolarmente impiegarlo per quegli stessi scopi. E ciò a prescindere da chi abbia operato un cambiamento della propria identità sessuale».

[31] Decreto del Ministero della salute, 21 luglio 2004 n. 15165, "*Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita*", in G.U. n. 191 del 16 agosto 2004.

[32] Decreto del Ministero della salute, 11 aprile 2008 n. 31639, "*Linee guida in materia di procreazione medical-mente assistita"*, in G.U. n. 101 del 30 aprile 2008.

[33] Si veda in F. Meola, *Sugli embrioni sospesi*, cit., 50 ss. «Disponendo, infatti, in tema di "Crioconservazione degli embrioni: modalità e termini", le Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita adottate sia nel 2004 che nel 2008 hanno stabilito che si dovranno considerare due diverse tipologie di embrioni crioconservati: la prima,

Con l'introduzione delle nuove linee guida nel 2015[34], la questione è diventata maggiormente complessa, in quanto spetta ai centri medici gestire una situazione giuridicamente ed economicamente gravosa, con costi di crioconservazione che ricadono sugli stessi.

Nel tempo, e con diverse pronunce, la Corte costituzionale è intervenuta nel tentativo di adeguare la rigidità della normativa prevista dalla l. n. 40/2004. In particolare, la Corte con la sentenza n. 151/2009, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, nella parte in cui fissava in un numero massimo di tre gli embrioni da impiantare, ha affermato la regola secondo la quale, il numero di embrioni deve essere determinato sulla base di considerazioni mediche relative al singolo caso concreto[35].

Tale pronuncia, ha avuto l'effetto di introdurre significative deroghe alla rigida previsione legislativa, mitigando il divieto di crioconservazione e consentendo una maggiore flessibilità nella gestione degli embrioni sovrannumerari.

Tuttavia, non si può non considerare che la condizione degli embrioni sovrannumerari pone rilevanti questioni giuridiche, specie riguardo alla

---

quella degli embrioni che sono in attesa di un futuro impianto, compresi tutti quelli crioconservati prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004, e la seconda, quella degli embrioni per i quali sia stato accertato lo stato di "abbandono". In entrambi i casi le spese da sostenere per il congelamento saranno a carico del Centro di procreazione medicalmente assistita. Si verificheranno condizioni diverse solo per la conservazione. Quindi, per guidare l'interprete nell'individuazione degli embrioni abbandonati le stesse Linee guida hanno precisato: "Per definire lo stato di abbandono di un embrione si deve verificare una delle seguenti condizioni: a) il centro deve avere una rinuncia scritta al futuro impianto degli embrioni crioconservati da parte della coppia di genitori o della singola donna (nel caso di embrioni prodotti con seme di donatore e in assenza di partner maschile, prima della normativa attuale) oppure b) il centro deve documentare i ripetuti tentativi eseguiti per almeno un anno di ricontattare la coppia o la donna in relazione agli embrioni crioconservati. Solo nel caso di reale, documentata impossibilità a rintracciare la coppia l'embrione potrà essere definito come abbandonato"».

[34] Decreto del Ministero della salute, 1° luglio 2015, "*Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*", in G.U. n. 161 del 14 luglio 2015. Tali linee guida, hanno disciplinato le modalità di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, regolato le procedure cliniche e di laboratorio, precisato il regime del consenso informato e della sua revocabilità, nonché definito i criteri per la crioconservazione dei gameti e degli embrioni, recependo gli effetti delle principali pronunce della Corte costituzionale in materia.

[35] Corte cost. n. 151/2009.

loro possibile destinazione. Tra le diverse opzioni considerate vi è la donazione a fini procreativi per altre coppie, la ricerca scientifica, o la loro definitiva eliminazione, ciascuna delle quali solleva ulteriori dilemmi morali e legali[36]. In particolare, la questione della donazione degli embrioni ha trovato spazio nel dibattito giuridico come possibile soluzione, ma resta vincolata a stringenti requisiti normativi e al consenso informato delle parti coinvolte.

Alla luce di quanto fin qui esposto, appare chiaro che la disciplina degli embrioni sovrannumerari nell'ordinamento italiano continua a sollevare questioni di compatibilità costituzionale, alla luce delle persistenti incertezze normative e delle diverse pronunce giurisprudenziali intervenute nel tempo. In tale prospettiva, si impone l'esigenza di un intervento normativo che, nel rispetto dei principi costituzionali, consenta una regolazione coerente della materia, fondata su un ragionevole bilanciamento tra la tutela della vita embrionale e i diritti fondamentali delle persone coinvolte nei trattamenti di PMA.

## 3. *La giurisprudenza costituzionale e la necessaria tutela della dignità dell'embrione*

Diversi interventi della Corte costituzionale hanno permesso di superare alcuni limiti legislativi presenti all'interno della normativa in materia e di adeguare alle nuove esigenze fattuali e scientifiche quelle norme che risultavano essere eccessivamente rigide. La Corte, infatti, ha dovuto operare un delicato bilanciamento tra i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione e la necessità di proteggere la vita nascente in quanto portatrice di una dignità intrinseca.

La giurisprudenza costituzionale ha progressivamente delineato una linea interpretativa che riconosce all'embrione una protezione derivante direttamente dai principi fondamentali, in particolare dagli articoli 2 e 32 Cost., ma anche dall'articolo 3 Cost.

In primo luogo, l'art. 2 della Costituzione, il quale tutela i diritti inviolabili dell'uomo, è stato interpretato dalla Corte quale principio fondamentale anche al fine di garantire la protezione della vita umana fin dal suo inizio. Tale principio è stato più volte richiamato dalla Corte che, in particolare con la sentenza n. 35 del 1997, ha avuto modo di chiarire che il

[36] I. Barone, *Dignità e sorte degli embrioni soprannumerari*, in *www.juscivile.it.*

concepito non può essere considerato quale mero oggetto di diritto, bensì deve essere ritenuto un'entità degna di protezione in quanto portatrice di vita potenziale. In tal senso la Corte, ponendo l'accento sul principio della dignità umana, ha fermamente riconosciuto la necessità di tutelare gli esseri umani anche nella fase di sviluppo embrionale,[37] non potendosi, tuttavia, prescindere da una valutazione improntata all'"ordinamento del caso concreto" ed al bilanciamento con altri interessi che, di volta in volta, possono venire ad esistenza come quello relativo all'esigenza di tutelare il diritto alla salute della donna.

Ed invero, la Corte costituzionale con la sentenza n. 151/2009, e relativamente al diritto alla tutela della salute *ex* art. 32 Cost. ha chiarito che la tutela dell'embrione deve essere sempre bilanciata con il diritto della donna a decidere sulla propria salute e a essere sottoposta a trattamenti medici che non violino la sua dignità. In tale sentenza la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, co. 2 della l. n. 40/2004, nella parte in cui prevedeva l'obbligo di un unico e contemporaneo impianto di un massimo di tre embrioni. La norma, a parere della Corte, si poneva in contrasto sia con l'art. 3 Cost. a causa dell'irragionevole previsione di un trattamento identico per fattispecie differenti, sia, per il pregiudizio che ne derivava alla salute della donna, con l'art. 32 Cost. in quanto imponeva la creazione di un numero di embrioni pari a tre «in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita»[38].

L'effetto di tale pronuncia, oltre determinare l'illegittimità dell'obbligo di cui all'art. 14, comma 2, l. n. 40/2004, è stato anche quello di introdurre una deroga al generale divieto di crioconservazione dal momento che l'unico mezzo per garantire la conservazione degli embrioni non immediatamente impiantati risulta essere quello del congelamento degli stessi.

Anche sul tema oggetto di indagine, la Corte costituzionale si è espressa affrontando nuovamente la questione della dignità dell'embrione con due sentenze nell'arco del medesimo anno. Con la sentenza del 14

[37] Corte cost. 10 febbraio 1997, n. 35, in P. Papanti Pelletier, *Il problema della qualificazione soggettiva del concepito,* in *Procreazione assistita: problemi e prospettive: atti del Convegno tenutosi a Roma il 31 gennaio 2005 nella sede dell'Accademia dei Lincei,* 2005, 229 ss.

[38] Corte cost. n. 151/2009.

maggio 2015, n. 96[39], la Corte costituzionale dichiarava l'illegittimità degli artt. 1, comma 1, 2 e 4, comma 1 della l. n. 40/2004, nella parte in cui non consentivano il ricorso alle tecniche di PMA per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, mentre con la sentenza del 21 ottobre 2015, n. 229[40], la Corte dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, co. 3, lettera b) e co. 4, nella parte in cui contemplava come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa fosse esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto di embrioni affetti da malattie genetiche. Con tale pronuncia, la Corte ha evidenziato che qualsiasi sperimentazione sugli embrioni deve rispettare la dignità umana e deve essere strettamente finalizzata alla protezione della vita dell'embrione stesso. In questo senso, l'articolo 2 della Costituzione è stato nuovamente richiamato al fine di ribadire che l'embrione, pur non essendo una persona giuridica in senso stretto, è titolare di una dignità che la legge deve proteggere[41].

Con la sentenza del 24 maggio 2023 n. 161, la Corte costituzionale è nuovamente intervenuta sull'assetto normativo della procreazione medicalmente assistita affrontando la questione della irrevocabilità del consenso informato in relazione agli embrioni crioconservati. In particolare, il caso riguardava una coppia che, dopo essersi sottoposta ad un percorso di PMA comprensivo di crioconservazione degli ovuli fecondati, aveva finalizzato una proceduta di separazione coniugale con conseguente revoca del consenso del marito alla procedura di impianto. La moglie, dunque, al fine di ottenere la condanna della struttura sanitaria a procedere all'impianto, aveva adito il Tribunale ordinario di Roma sostenendo che l'art. 6 co. 3 della legge n. 40/2004 non consentisse la revoca del consenso in un momento successivo alla fecondazione dell'ovulo.[42] Il giudice *a quo*, ritenendo che il vincolo imposto dall'art. 6, co. 3, l. n. 40/2004 fosse lesivo del principio della libera autodeterminazione e

[39] S. Penasa, *La sentenza n. 96 del 2015 della Corte Costituzionale: l'insostenibile debolezza della legge 40*, in *BioLaw Journal- Rivista di Biodiritto,* 2015, 1 ss.

[40] Corte cost. 21 ottobre 2015, n. 229, in *www.cortecostituzionale.it*.

[41] Corte cost. n. 229/2015, «Anche con riguardo a detti embrioni […] si prospetta, infatti, l'esigenza di tutelare la dignità dell'embrione, alla quale non può parimenti darsi, allo stato, altra risposta che quella della procedura di crioconservazione. L'embrione, infatti, quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico».

[42] Corte cost. 24 maggio 2023, n. 161, in *www.cortecostituzionale.it*.

presentasse profili di discriminazione a causa della disparità di trattamento nei confronti della parte maschile della coppia, sollevava questione di legittimità costituzionale.

La Corte costituzionale, in merito alle questioni relative agli artt. 2 e 3 Cost. osservava come il consenso informato assumendo un ruolo centrale in quanto «atto finalisticamente orientato a fondare lo stato di figlio»[43] ed esprimendo «una fondamentale assunzione di responsabilità»[44] da cui discende un affidamento non soltanto per quanto concerne la situazione giuridica del figlio ma anche della donna, – la quale si sottopone a terapie ed interventi invasivi – e richiamando le linee guida del d.m. 1 luglio 2015, ove è stabilito che «la donna ha sempre il diritto ad ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati», concludeva per l'irrevocabilità del consenso da parte del marito in seguito alla già avvenuta fecondazione. La Corte, inoltre, riaffermava specificatamente la necessaria tutela della dignità dell'embrione *ex* art. 2 Cost. dal momento che, l'embrione, avendo «in sé il principio della vita»[45] ed essendo la sua dignità, «riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost.»[46], risultava meritevole di tutela anche nel caso in cui fosse soprannumerario o malato[47].

Posto tale principio, appare opportuno sottolineare – per quanto qui di maggiore interesse – che la Corte costituzionale, nella sentenza in esame, affermava esplicitamente la non assolutezza della tutela giuridica dell'embrione in quanto, viste le molteplici esigenze emergenti dal mutamento sociale, risultava necessario, a seconda del singolo caso concreto, ricercare un ragionevole punto di equilibrio fra i diversi interessi coinvolti in questioni inerenti temi «eticamente sensibili»[48]. Tuttavia, sul punto, la Corte si limitava a rimettere la definizione di tale punto d'equilibrio «primariamente alla valutazione del legislatore»[49],

[43] Corte cost. n. 161/2023.

[44] Corte cost. n. 161/2023.

[45] Corte cost. n. 161/2023.

[46] Corte cost. n. 229/2015.

[47] Corte cost. n. 229/2015 e Corte cost. n. 161/2023.

[48] Corte cost. 21 ottobre 2015, n. 22, in *www.cortecostituzionale.it*.

[49] Corte cost. n. 161/2023, «Tuttavia, resta fermo che, nel nostro ordinamento, la ricerca, nel rispetto della dignità umana, di un ragionevole punto di equilibrio, eventualmente anche diverso da quello attuale, fra le diverse esigenze in gioco in questioni che toccano «temi eticamente sensibili» (sentenza n. 162 del 2014) non può che spettare

soprassedendo su quali potessero essere le questioni di rilevanza sociale inerenti alla sorte degli embrioni crioconservati e la loro destinazione.

Appare opportuno domandarsi se, in questo quadro complesso e articolato che necessita di un bilanciamento tra i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti e la protezione della vita nascente, possa trovare spazio la libertà della ricerca scientifica e la conseguente possibilità di destinazione degli embrioni sovrannumerari alla stessa.

## 4. Segue. *Sul divieto di sperimentazione tra tutela della dignità umana e libertà di ricerca scientifica*

Le riflessioni svolte nei paragrafi precedenti conducono, inevitabilmente, ad affrontare una delle tematiche più delicate e complesse del diritto contemporaneo, nella quale il conflitto tra la dignità della vita umana e le necessità del progresso scientifico diviene particolarmente evidente: quella relativa al divieto di sperimentazione sugli embrioni.

Sul punto, l'art. 13, commi 1 e 2, della l. n. 40/2004 stabilisce il divieto di qualsiasi forma di sperimentazione sull'embrione umano, salvo che essa non sia finalizzata esclusivamente alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso[50].

Come abbiamo avuto modo di osservare, la l. n. 40/2004 è stata oggetto di numerosi interventi da parte della Corte costituzionale la quale, se da un lato ha rimosso alcuni irragionevoli divieti (*supra* par. 3), ha comunque sempre ribadito che la protezione della dignità dell'embrione deve essere considerata quale valore primario ed inderogabile.

Tale principio è stato da ultimo confermato con la sentenza n. 84 del 2016, nella quale la Corte costituzionale si è occupata, specificatamente, del divieto di sperimentazione scientifica sull'embrione.

Nella sentenza in esame, una delle questioni sollevate dal giudice *a quo* riguardava il divieto assoluto «di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull'embrione che non risulti finalizzata alla tutela dello stesso», per sospetto contrasto con gli artt. 9, 32 e 33 co. 1 Cost. Il caso riguardava

«primariamente alla valutazione del legislatore», «alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale» (sentenza n. 221 del 2019), ferma restando la sindacabilità da parte di questa Corte delle scelte operate, al fine di verificare che con esse sia stato realizzato un bilanciamento non irragionevole (sentenza n. 162 del 2014)».

[50] Art. 13, l. n. 40/2004.

una coppia che, in seguito alla crioconservazione di nove embrioni, e vista l'impossibilità di procedere all'impianto degli stessi a causa delle patologie che in questi erano già state riscontrate, aveva espresso la volontà di destinare tali embrioni ad attività mediche diagnostiche e/o di ricerca scientifica connesse alla patologia genetica. Il giudice *a quo*, nel rimettere la questione, aveva ritenuto non manifestamente infondata la parte relativa al divieto di ricerca scientifica sugli embrioni soprannumerari ove non idonei a scopi procreativi[51] sottolineando come il divieto censurato, nella sua assolutezza, si risolvesse «nella completa negazione delle esigenze individuali e collettive sottese all'attività di ricerca scientifica, proprio in quei settori quali la terapia genica e l'impiego delle cellule staminali embrionali, che la comunità medico – scientifica ritiene fra i più promettenti per la cura di numerose e gravi patologie»[52].

La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi su tale questione, sottolineava come la stessa rimandasse «al conflitto, gravido di implicazioni etiche oltreché giuridiche, tra il diritto della scienza (e i vantaggi della ricerca ad esso collegati) e il diritto dell'embrione, per il profilo della tutela (debole o forte) ad esso dovuta in ragione e in misura del (più o meno ampio) grado di soggettività e di dignità antropologica che gli venga riconosciuto». Tale conflitto, a parere della Corte, comprendendo differenti e controversi aspetti sociali e riguardando profili sì giuridici, ma anche etici e medico – scientifici e coinvolgendo «le legislazioni, i comitati etici e le commissioni speciali dei molti Paesi che hanno affrontato il problema», i quali sono ben lungi dell'essere pervenuti a risultati su cui converga un generale consenso, ha concluso dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 co. 1, 2 e 3 della l. n. 40/2004. Orbene, di maggiore interesse risulta, tuttavia, non tanto la decisione di inammissibilità da parte della Corte costituzionale, bensì il ragionamento da questa posto in essere per addivenire a tale decisione.

La Consulta, infatti, ben conscia delle problematiche che sarebbero scaturite da un'eventuale sentenza additiva visti i controversi profili innervanti la figura dell'embrione, ha ritenuto che – considerata anche la sentenza del 27 agosto 2015 "Parrillo vs. Italia" della Grande Chambre

[51] Corte Cost. 22 marzo 2016, n. 84, in *www.cortecostituzionale.it*.

[52] Corte Cost. n. 84/2016.

della Corte Europea dei diritti dell'uomo [53] – competa unicamente al legislatore la valutazione dell' opportunità di utilizzazione, a fini di ricerca, degli embrioni affetti da malattia e di quelli scientificamente «non biopsabili»[54].

La Corte, pertanto, ha ritenuto la problematica della destinazione degli embrioni alla ricerca scientifica connotata da un tasso di discrezionalità tale da essere sottratta al suo sindacato, preferendo rimettere la questione della definizione al legislatore.

Secondo parte della dottrina[55], in questa occasione la Corte, chiamata a dare una risposta finalizzata al soddisfacimento degli interessi concreti del caso di specie, avrebbe potuto spingersi oltre l'inammissibilità della questione e fare ricorso a strumenti decisori più incisivi come l'interpretativa di rigetto, invitando il legislatore ad adeguare la disciplina nella direzione di una maggiore apertura alle ragioni della scienza; soprattutto, avrebbe potuto impiegare un'additiva di principio[56] che, pur

[53] Corte EDU, 27 agosto 2015, "Parrillo vs. Italia", in *www.hudoc.echr.coe.int*.

[54] Corte Cost. n. 84/2016, «Unicamente al legislatore, infatti, compete la valutazione di opportunità (sulla base anche delle "evidenze scientifiche" e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale) in ordine, tra l'altro, alla utilizzazione, a fini di ricerca, dei soli embrioni affetti da malattia – e da quali malattie – ovvero anche di quelli scientificamente "non biopsabili"; alla selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il "sacrificio" dell'embrione; alla eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crioconservazione; alla opportunità o meno (dopo tali periodi) di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell'embrione e di sua destinazione alla sperimentazione; alle cautele più idonee ad evitare la "commercializzazione" degli embrioni residui».

[55] Cfr., in tal senso, C. Casonato, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2023, 176 ss. e G. Baldini, *Embrioni soprannumerari, ricerca scientifica e divieti normativi. Riflessione a margine delle prime pronunce della giurisprudenza italiana e della Corte EDU*, *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2016, 285.

[56] Con l'espressione "interpretativa di rigetto" si fa riferimento alle pronunce con cui la Corte costituzionale respinge la questione di legittimità ma indica, tuttavia, l'interpretazione della disposizione conforme a Costituzione, vincolando in tal modo l'attività applicativa del giudice a quo e dei giudici successivi. Le «sentenze additive di principio», invece, costituiscono una tecnica decisoria attraverso cui la Corte, pur non sostituendosi al legislatore, individua un principio costituzionalmente necessario che la disciplina vigente deve rispettare, demandando al legislatore l'attuazione concreta della soluzione, soprattutto in ambiti caratterizzati da elevata discrezionalità politica ed etica. Sul punto, v. *ex multis* G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 255 ss.; R. Bin e G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, XXXVI ed., 421 ss.

riconoscendo al legislatore lo spazio di scelte altamente discrezionali ed eticamente controverse e non incidendo sulla portata generale del divieto, avrebbe consentito l'impiego dei singoli embrioni, oggetto del giudizio, nell'ambito della ricerca scientifica[57].

Tuttavia, la pronuncia della Corte appare mantenere una certa coerenza con quanto dalla stessa precedentemente affermato nelle sentenze già oggetto di analisi (*supra* par. 3), ovvero che la dignità dell'embrione costituisce un valore di rilievo costituzionale e pertanto la sua tutela non può venire meno per il solo fatto di essere affetto da malformazioni genetiche.

Inoltre, nel ragionamento seguito dalla Corte, sebbene l'embrione sia definito portatore in sé del principio della vita, non si esclude la possibilità di un affievolimento della sua tutela nel bilanciamento con altri valori costituzionalmente prevalenti, né la possibilità, per il legislatore futuro, di operare una nuova e diversa composizione dei beni coinvolti a favore di una più ampia tutela della libertà della ricerca scientifica e della salute individuale e collettiva che possa comportare anche un sacrificio della vita degli embrioni.[58] Da quanto fin qui esposto, appare evidente come il divieto di sperimentazione sugli embrioni rifletta una scelta di politica legislativa e giurisprudenziale che mira a garantire il rispetto della dignità della vita umana in tutte le sue forme.

Tuttavia, tale divieto non può considerarsi assoluto in quanto trova il suo limite nella necessità di garantire il progresso scientifico e la tutela della salute, soprattutto in contesti dove la ricerca può contribuire allo sviluppo di nuove terapie e trattamenti medici. In questo senso, la l. n. 40/2004 e la giurisprudenza che ne è seguita costituiscono dei passi verso la ricerca del delicato equilibrio tra la necessità di proteggere la vita umana e la libertà di ricerca scientifica.

---

[57] Sul punto si rimanda a R. Cristiano, *Gli embrioni soprannumerari*, cit., 11 ss.; A. Ruggeri, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in *federalismi.it*, 2016.; F. Angelini, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Dig.Disc. Pubbl.*, VI, 2015, 375 ss; A. D'aloia, *L'(ex) 40*, in *Quaderni Costituzionali*, IV, 2015, 997 ss.; Id., *Quel che resta della legge 40*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2014, 1 ss.; M. Abagnale, *La Procreazione Medicalmente Assistita nella metamorfosi della legge 40/2004*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2015, 1 ss.

[58] R. Cristiano, *Gli embrioni soprannumerari*, cit., 13.

## 5. Segue. *Sulla possibilità di impiego degli embrioni sovrannumerari per la ricerca scientifica e la sperimentazione*

Dalle riflessioni precedenti emerge con evidenza come il dibattito sugli embrioni sovrannumerari non impiegabili a fini procreativi appaia ancora del tutto aperto: essi non possono essere considerati alla stregua di *res*, né ridotti a materiale genetico privo di valore intrinseco, in ragione del potenziale di vita di cui sono portatori; tuttavia, allo stesso tempo, non sono pienamente equiparabili a persone giuridiche in senso proprio, poiché, in assenza di impianto, non possiedono una concreta prospettiva di sviluppo[59].

Proprio tale ambiguità ha alimentato un acceso dibattito civilistico[60] circa la possibilità di ricondurre gli embrioni alla categoria dei beni. In particolare, si discute se questo, in quanto entità biologica non ancora individualizzata, possa essere oggetto di atti dispositivi oppure se debba essere sottratto a qualsiasi forma di appropriazione o disponibilità[61]. In questa prospettiva, una parte della dottrina[62] ha escluso che l'embrione possa costituire un bene ai sensi dell'art. 810 c.c., sottolineando come esso sia parte della corporeità umana e, dunque, rientri tra le entità sottratte alla logica proprietaria, alla stregua di quanto accade per gli organi, i tessuti o le cellule, in ossequio al principio dell'indisponibilità del corpo umano[63]. Tale impostazione si collega alla categoria dei beni *extra commercium*, già conosciuta dal nostro ordinamento in relazione a beni che, pur avendo

[59] R. Cristiano, *Gli embrioni soprannumerari*, cit., 16 ss.

[60] In merito alla qualificazione giuridica del corpo, al suo "statuto", ai suoi rapporti con la persona, v. M. Bessone e G. Ferrando voce *Persona fisica*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 194 ss.; M. Dogliotti, *Atti di disposizione sul corpo e teoria contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 241 ss.; C. D'Arrigo, voce *Integrità fisica*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 2000, 712 ss.; P. Zatti, *Principi e forme del "governo del corpo"*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C. Marco Mazzoni, S. Rodotà e Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, Napoli, I, 99 ss.

[61] G. Resta, Do we own our bodies? *Il problema dell'utilizzazione del materiale biologico umano a scopi di ricerca e brevettazione*, in *Polemos*, 2008, 143 ss.; G. Cricenti, *I diritti sul corpo*, Napoli, 2008, 16 ss.

[62] E. Caterini e F. Torchia, *Sperimentazione sugli embrioni*, in *Enciclopedia di Bioetica e scienza giuridica*, XII, Napoli, 2022, 350 ss.

[63] Per una non recente ma lucida ed ancora attuale analisi della questione dei diritti sul corpo, per tutti, S. Rodotà, *Ipotesi sul corpo "giuridificato"*, in *Tecnologie e diritti*, 1995, 73 ss.

un valore oggettivo o economico, non possono essere alienati in quanto legati alla dignità della persona[64].

In tal senso, l'embrione si colloca in una zona grigia tra soggettività giuridica e oggettualità indisponibile, richiedendo l'applicazione di categorie intermedie proprie del diritto della persona e non del diritto patrimoniale[65]. La sua possibile destinazione (alla scienza o alla donazione) non può dunque essere gestita secondo logiche proprietarie, ma deve fondarsi su un consenso informato, libero e responsabile[66], nel rispetto della dignità dell'essere umano in formazione.

Emblematica in questo senso è la sentenza *Parrillo c. Italia* della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo[67], in cui la Corte ha ritenuto non violato l'art. 8 CEDU da parte dello Stato italiano per aver negato alla ricorrente la possibilità di donare a fini di ricerca gli embrioni crioconservati prodotti con il proprio gamete. In quella sede, la Corte EDU ha escluso che gli embrioni potessero essere ricondotti alla nozione di "beni" oggetto di un diritto patrimoniale, proprio in virtù della loro natura speciale e del collegamento con la dignità umana. Al contempo, ha lasciato agli Stati membri un ampio margine di apprezzamento nella regolamentazione della materia, sottolineando la mancanza di consenso europeo sul punto e il carattere "eticamente sensibile" della questione.

Più di recente, come già si è avuto modo di sottolineare, la sentenza della Corte costituzionale n. 161, ha offerto un ulteriore spunto di riflessione. In particolare, pur essendo la stessa incentrata sulla questione dell'irrevocabilità del consenso alla PMA dopo la fecondazione, la Corte ha affermato in modo inequivoco che l'embrione, anche se crioconservato o malato, è portatore di una dignità tutelata *ex* art. 2 Cost., in quanto «recante in sé il principio della vita»[68]. Tuttavia, nel rimarcare che la

[64] P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 3ª ed., IV, Napoli, 2020, 1 ss.

[65] Per la prospettiva della lettura della funzione sociale sancita dall'art. 42 Cost. in chiave servente rispetto al valore-persona, P. Perlingieri, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Camerino-Napoli, 1979, 23 ss. e Id., *«Funzione sociale» della proprietà e sua attualità*, in S. Ciccariello, A. Gorassini e R. Tommasini (a cura di), *Salvatore Pugliatti*, *I Maestri italiani del diritto civile*, Napoli, 2016, 187 ss.

[66] F. Meola, *Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, comma 1, e 6, commi 1 e 3, della legge n. 40 del 2004*, cit.; nonché Id., *Il consenso informato al trattamento di PMA e la sua irrevocabilità: a proposito di alcune recenti ordinanze ... "da ignorare"*, in *www.cortisupremeesalute.it*.

[67] Corte EDU 27 agosto 2015, "Parrillo vs. Italia", in *www.hudoc.echr.coe.int*.

[68] Corte cost. n. 161/2023.

definizione di un punto di equilibrio tra i valori coinvolti debba spettare al legislatore, la Corte ha di fatto lasciato aperta la possibilità di una regolamentazione normativa che contempli la donazione degli embrioni, anche in chiave solidaristica, a favore di coppie che ne abbiano necessità o della ricerca scientifica, ove compatibile con i principi costituzionali.

In questo quadro, si affaccia quindi la possibilità di una donazione regolata e responsabile degli embrioni sovrannumerari, come già avviene in altri ordinamenti – si pensi, ad esempio, alla Spagna, ove la donazione è consentita a fini riproduttivi o scientifici, previo consenso informato e valutazione dell'idoneità –. Il sistema ordinamentale italiano, pur privo di una disciplina positiva in tal senso, non mostra – alla luce delle più recenti evoluzioni giurisprudenziali – una preclusione assoluta a tale possibilità.

A tale proposito, non risulta tralasciabile, anche alla luce della giurisprudenza fin qui considerata, la concezione che accorda a tutti gli embrioni, anche e soprattutto se malati, una tutela e una dignità assoluta tale da escludere qualsiasi forma di attività sperimentale invasiva, manipolativa o distruttiva sugli stessi[69].

Da qui, la necessità di operare un delicato bilanciamento tra esigenze di progresso scientifico e tutela della dignità umana. Vero è che la Corte costituzionale, nelle sue pronunce, ha sempre ribadito che la dignità dell'embrione deve essere rispettata ma, allo stesso tempo, non ha mancato di sottolineare che, in alcuni casi, la ricerca scientifica può costituire un valore che merita tutela, purché siano rispettate rigide condizioni e finalità terapeutiche[70].

La Corte, infatti, sebbene abbia sempre riconosciuto all'embrione la tutela di cui all'art. 2 Cost., non si è mai pronunciata in maniera diretta sul divieto di sperimentazione, ma si è limitata a demandare la questione, vista la sua intrinseca complessità, ad altre sedi, sottintendendo implicitamente il fatto che questo non possa essere inteso in senso assoluto, ma debba essere letto in armonia con il principio della libertà di ricerca scientifica sancito dall'art. 33 Cost.[71] Sul punto, parte della

[69] R. Cristiano, *Gli embrioni soprannumerari*, cit., 18 ss.

[70] Corte cost. n. 84/2016.

[71] Corte cost. n. 84/2016, «A fronte, dunque, di quella che qualcuno ha definito "una scelta tragica", tra il rispetto del principio della vita (che si racchiude nell'embrione ove pur affetto da patologia) e le esigenze della ricerca scientifica – una scelta, come si è detto, così ampiamente divisiva sul piano etico e scientifico, e che non trova soluzioni significativamente uniformi neppure nella legislazione europea

dottrina[72] discute della possibilità di distinzione tra sperimentazione terapeutica e non terapeutica, evidenziando come solo la prima possa essere considerata quale lecita se volta alla tutela della salute dell'embrione o se non risultino ulteriori alternative valide alla ricerca proposta. La discussione sulla possibilità di utilizzare embrioni sovrannumerari per la ricerca scientifica rimane aperta e controversa, riflettendo il delicato equilibrio tra il rispetto della dignità umana e le esigenze della ricerca scientifica. È chiaro, tuttavia, che qualsiasi passo avanti in questo campo deve essere accompagnato da un attento esame giuridico ed etico, per garantire che i diritti fondamentali siano sempre al centro delle decisioni normative e giurisprudenziali.

## 6. *Considerazioni finali*

Nel valutare l'impiego degli embrioni sovrannumerari per scopi di ricerca scientifica, si impone un approccio che non si limiti a evocare in via generale il necessario bilanciamento tra la tutela della dignità dell'embrione e la promozione della libertà della scienza, ma che specifichi, alla luce dei principi costituzionali, quale contenuto assuma tale bilanciamento in relazione alla concreta condizione biologica e funzionale dell'embrione. Il solo riferimento astratto ai diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento rischia, infatti, di perpetuare una soluzione formalmente neutra ma sostanzialmente inadeguata, eludendo i nodi reali della questione.

Sebbene la l. n. 40/2004 configuri un impianto normativo di impronta rigorosa, incentrato sul divieto di sperimentazione salvo che per fini di tutela dell'embrione stesso, gli interventi correttivi della giurisprudenza costituzionale ne hanno gradualmente attenuato l'assolutezza, ammettendo margini interpretativi fondati sul rispetto della dignità e su concrete finalità terapeutiche[73].

Tuttavia, tale apertura si è sviluppata in assenza di una esplicita siste-

– la linea di composizione tra gli opposti interessi, che si rinviene nelle disposizioni censurate, attiene all'area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale».

[72] E. Caterini e F. Torchia, *Sperimentazione*, cit., 355 ss.

[73] Corte cost. n. 151/2009; Corte cost. n. 229/2015.

matizzazione normativa o dottrinale in grado di distinguere – in modo netto – tra embrioni vitali e non vitali e dunque tra situazioni che, per caratteristiche biologiche e teleologiche, risultano ontologicamente eterogenee.

Ed è proprio in questa eterogeneità che si colloca l'esigenza di valorizzare il caso concreto quale sede naturale del bilanciamento costituzionale[74]: non è possibile, infatti, predeterminare aprioristicamente un modello di tutela valido per tutte le situazioni, quando la struttura ontologica dell'embrione, la sua idoneità a svilupparsi e le finalità perseguibili incidono in modo decisivo sul contenuto stesso dei diritti costituzionali coinvolti. Il caso concreto non rappresenta una mera applicazione di regole generali, ma la sede in cui quei principi trovano attuazione effettiva, secondo logiche di proporzionalità, adeguatezza e coerenza sistemica[75].

L'attuale disciplina degli embrioni sovrannumerari, pur essendo il frutto di una stratificazione normativa e giurisprudenziale che ha cercato di rispondere alle trasformazioni bioetiche e scientifiche del nostro tempo, continua a fondarsi su un bilanciamento astratto e uniforme tra il principio della dignità della vita umana e quello della libertà di ricerca scientifica. Tale bilanciamento, seppur teoricamente ineccepibile, si rivela tuttavia insufficiente quando applicato in modo indifferenziato a tutte le fattispecie che riguardano l'embrione. Non ogni embrione presenta infatti la medesima condizione biologica, lo stesso grado di vitalità potenziale o l'identico valore funzionale nel contesto della procreazione medicalmente assistita. Ne deriva che il medesimo trattamento giuridico per situazioni ontologicamente diseguali rischia di contraddire il principio di ragionevolezza e il canone di proporzionalità[76], fondamenti dell'ordinamento costituzionale.

Si impone, dunque, un approccio ermeneutico che valorizzi la concreta condizione dell'embrione quale elemento discriminante nella composizione tra i principi costituzionali coinvolti. Quando l'embrione è sano e

[74] P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità*, cit., 33 ss.

[75] P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, rist. 1982, 1 ss.; Id., *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, *in Rass. dir. civ.*, 2005, 188 ss.; Id., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, 282; Id., *Profili del diritto civile*, 3ª ed., Napoli, 1994, 75 ss.

[76] G. Perlingieri e A. Fachechi, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017, 45 ss.

dunque dotato di un'effettiva capacità di sviluppo autonomo, il parametro costituzionale di riferimento non può che essere l'art. 2 Cost., nella sua accezione di protezione della vita quale diritto inviolabile della persona umana.

In questa prospettiva, l'embrione è titolare di una dignità che, pur non traducendosi in piena soggettività giuridica, fonda un vincolo indisponibile alla sua integrità e giustifica un principio di *favor vitae* che impone la tutela del suo potenziale evolutivo. La destinazione a finalità diverse da quella procreativa, come la sperimentazione o la distruzione, risulterebbe in tale ipotesi lesiva di un interesse primario e costituzionalmente protetto.

Diversamente, nel caso in cui l'embrione sia affetto da gravi patologie genetiche tali da renderlo biologicamente non vitale, viene meno il presupposto stesso su cui si fonda la tutela costituzionale incentrata sull'art. 2 Cost.

L'impossibilità di realizzare il progetto procreativo e l'assenza di una prospettiva di sviluppo autonomo collocano l'embrione in una dimensione ontologicamente diversa, che richiede di attivare altri valori costituzionali, non meno centrali nell'architettura dei diritti fondamentali. In particolare, l'art. 33 Cost. riconosce e garantisce la libertà della scienza come espressione della personalità individuale e come strumento di progresso collettivo, mentre l'art. 9 Cost. impone alla Repubblica di promuovere lo sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica.

L'impiego controllato e finalizzato degli embrioni non vitali nell'ambito di progetti di ricerca di alto valore terapeutico o formativo si presenta, in questa prospettiva, come un'espressione coerente di tali principi, a condizione che siano rispettate stringenti garanzie etiche e giuridiche. A questi si aggiunge l'art. 3 Cost., che impone un trattamento differenziato delle situazioni diseguali, vietando la generalizzazione normativa che sottopone embrioni vitali e non vitali alla medesima disciplina, in assenza di una giustificazione razionale.

Un simile automatismo si risolverebbe, infatti, in una compressione irragionevole tanto della libertà di ricerca quanto della tutela del diritto alla salute, la quale trova una sua espressione anche nell'accesso alle potenzialità offerte dalla sperimentazione biotecnologica[77].

Da questa impostazione discende una proposta interpretativa

[77] G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 63 ss.

coerente con il sistema assiologico della Carta costituzionale[78], che rifiuta sia l'assolutizzazione ideologica del principio di tutela della vita in astratto, sia la marginalizzazione della dignità dell'embrione.

Il criterio della vitalità biologica, assunto come parametro tecnico e non etico, consente di distinguere razionalmente le ipotesi in cui il bilanciamento deve necessariamente risolversi a favore del *favor vitae*, da quelle in cui la valorizzazione della libertà della scienza, della solidarietà sociale e della promozione del sapere rappresentano obiettivi costituzionalmente prevalenti. In tale prospettiva, l'impiego degli embrioni non vitali per finalità scientifiche non costituisce un'offesa alla dignità umana, bensì una sua possibile forma di trasfigurazione in chiave solidaristica, nella misura in cui permette di destinare una materia biologica, altrimenti destinata all'inutilizzo o al decadimento, alla cura e al benessere della collettività.

[78] P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità*, cit., 79 ss.

**Abstract**

Il contributo analizza lo statuto giuridico degli embrioni sovrannumerari, indagando la complessa intersezione tra la tutela della dignità umana, il diritto alla salute e la libertà di ricerca scientifica. Muovendo dall'esame della legge n. 40/2004 e della sua evoluzione giurisprudenziale, il lavoro evidenzia il progressivo superamento dei divieti assoluti di crioconservazione a favore di un bilanciamento basato sulla valutazione del caso concreto. L'indagine approfondisce la tensione tra la protezione della vita nascente e l'esigenza di progresso biotecnologico, soffermandosi sulla qualificazione dell'embrione quale entità intermedia tra soggettività e indisponibilità del corpo. Lo studio propone di andare oltre i rigidi automatismi normativi di carattere astratto, introducendo una distinzione tecnico-scientifica tra embrioni vitali e non vitali, in linea con i canoni di ragionevolezza e proporzionalità garantiti dall'art. 3 della Costituzione.

This paper analyzes the legal *status* of supernumerary embryos, investigating the complex intersection between the protection of human dignity, the right to health, and the freedom of scientific research. Drawing on an examination of Law No. 40/2004 and its jurisprudential evolution, the study highlights the progressive overcoming of the absolute prohibitions on cryopreservation in favor of a balancing approach based on case-by-case assessment. The investigation delves into the tension between the protection of nascent life and the need for biotechnological progress, focusing on the qualification of the embryo as an intermediate entity between legal subjectivity and the non-disposability of the human body. The study proposes moving beyond rigid, abstract normative automatisms by introducing a technical-scientific distinction between viable and non-viable embryos, in accordance with the standards of reasonableness and proportionality guaranteed by Article 3 of the Constitution.

# L'effettività del diritto (fondamentale) alla salute nella dimensione territoriale, tra attuazione legislativa e giurisprudenza costituzionale

di Donatella Morana

Sommario: 1. PMA ed effettività del diritto alle cure: note introduttive. – 2. La disciplina della PMA nella legge n. 40/2004 al vaglio della giurisprudenza costituzionale: casi emblematici di inattuazione legislativa dell'art. 32 Cost. – 3. L'effettività dell'accesso alle cure nel rapporto circolare tra legislatore e Corte costituzionale: condizionamento finanziario versus incomprimibilità e fondamentalità del diritto alla salute. – 4. Salute e modello regionale: le competenze legislative e la dimensione territoriale nell'attuazione del diritto alle cure.

## 1. *PMA ed effettività del diritto alle cure: note introduttive*

Il breve intervento che mi accingo a svolgere si collega idealmente ai temi che sono stati affrontati nel primo *panel* di questo Convegno, incentrato sull'analisi di alcune rilevanti questioni giuridiche poste dalla procreazione medicalmente assistita nella dimensione tanto nazionale quanto comparatistica. Gli specifici profili su cui intendo proporre qualche considerazione riguardano le coordinate di fondo delle garanzie costituzionali di effettività del diritto a ricevere prestazioni sanitarie (ossia del diritto alle cure) e il rapporto tra la tutela di questo diritto e la molteplicità dei livelli territoriali coinvolti nella regolazione dei servizi sanitari.

In particolare, vorrei dapprima richiamare taluni significativi interventi della giurisprudenza costituzionale che si sono confrontati con il problema del finanziamento delle prestazioni necessarie a soddisfare il bisogno di salute, per poi soffermarmi sul quadro costituzionale di riferimento in ordine al riparto delle competenze tra lo Stato e le Regioni in materia sanitaria.

Dunque, pur non focalizzando la mia esposizione su aspetti peculiari della disciplina della PMA, tenterò di evidenziare alcune delle principali premesse costituzionali a partire dalla quali deve poi svilupparsi l'organizzazione sanitaria volta a erogare (anche) i servizi di procreazione assistita.

Non è dubbio, infatti, che l'accesso alle tecniche di PMA rappresenti una componente del più ampio e "fondamentale" diritto a ottenere pre-

stazioni per la tutela della salute garantito dall'art. 32 Cost.[1]. Di conseguenza, anche la riflessione sulle prestazioni sanitarie che ineriscono alla procreazione assistita deve inserirsi su uno sfondo comune al diritto alla salute e a ogni altro diritto sociale, vale a dire la questione – che è centrale – dell'effettiva fruibilità sul piano della concretezza delle salvaguardie prefigurate al livello normativo costituzionale.

Sotto questo riguardo, per assicurare l'effettività del diritto alla salute non si può prescindere da congrui interventi attuativi dell'art. 32 Cost. che devono svilupparsi anzitutto nella dimensione legislativa. Sarebbe peraltro illusorio immaginare che il dovere attuativo del legislatore possa essere portato a compimento *uno actu*, dal momento che diversificati sono i fronti sui quali la sua azione si rende necessaria e particolarmente complessa è l'attività di composizione delle molteplici, e non sempre armoniche, esigenze in gioco.

Tra i principali compiti con cui il legislatore è tenuto a misurarsi si colloca, in primo luogo, l'obiettivo di garantire la disponibilità di risorse, non soltanto finanziarie, ma anche umane e organizzative. Negli ultimi anni, infatti, è divenuto sempre più evidente come il tema (che è insieme di ordine quantitativo e qualitativo) delle professionalità impiegate e quello dell'organizzazione svolgano un ruolo non subordinato rispetto a quello – pure essenziale – dell'allocazione dei necessari mezzi economici, al fine di strutturare un servizio sanitario in grado di attestarsi su *standard* adeguati. Così come il legislatore non può sottrarsi da una chiara definizione dei processi decisionali e del regime della responsabilità dei soggetti coinvolti, a vario titolo, nella erogazione delle prestazioni sanitarie; ciò impone, da

[1] All'interno dell'ampia letteratura in tema di PMA nell'ordinamento italiano, tra le opere monografiche di impianto costituzionalistico v., almeno, B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017; L. Chieffi, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018; A. Vesto, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Torino, 2018; S. Agosta, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Roma, 2020; F. Angelini, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, 2020; M.P. Iadicicco, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020; I. Rivera, *La procreazione medicalmente assistita. Profili giuridici, etici e sociali*, Milano, 2025; nonché, con particolare riferimento al principio del superiore interesse del minore, F. Ferrari, *Interesse del minore e tecniche procreative. Principi costituzionali e ordine pubblico*, Milano, 2023.

un altro punto di vista, che venga perseguita la trasparenza dell'azione e predisposto un funzionale sistema di controlli.

Più in generale, l'attuazione legislativa dell'art. 32 Cost. deve costantemente fare i conti con il fine ultimo additato dalla norma costituzionale: la soddisfazione del bisogno di salute della persona, che implica, tra l'altro, impegno nel mettere a disposizione prestazioni di qualità, presenza di meccanismi di verifica della loro efficacia terapeutica (e, ancor prima, della loro non nocività), garanzia della loro appropriatezza alla stregua delle più avanzate conoscenze medico-scientifiche (senza dimenticare che la stessa nozione di appropriatezza può poi essere declinata in più direzioni: clinica, organizzativa, temporale ecc.).

## 2. *La disciplina della PMA nella legge n. 40/2004 al vaglio della giurisprudenza costituzionale: casi emblematici di inattuazione legislativa dell'art. 32 Cost.*

Prima di procedere a qualche considerazione sui profili che ho sopra anticipato, ritengo utile sottolineare che proprio e principalmente lungo il versante dell'appropriatezza dei trattamenti sanitari, nonché del diritto ad avervi accesso, si è mossa quella ben conosciuta giurisprudenza costituzionale che ha riscontrato l'illegittimità di alcune delle scelte normative compiute in tema di PMA dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40. Intendo riferirmi nello specifico alle sentenze della Corte costituzionale 8 maggio 2009, n. 151, 10 giugno 2014, n. 162 e 5 giugno 2015, n. 96.

In particolare, nella prima di esse, oggetto di ampia e meritata attenzione da parte della dottrina, la Corte costituzionale colpisce l'art. 14, commi 2 e 3, della l. n. 40/2004, rimuovendo sia il divieto di creare più di tre embrioni per ogni ciclo di PMA, sia l'obbligo per il medico di procedere a un unico e contemporaneo impianto; inoltre, viene accertata l'illegittimità della disciplina «nella parte in cui non prevede che il trasferimento [nell'utero] degli embrioni, da realizzare non appena possibile […], debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna». Si tratta di una decisione che può essere considerata in linea di continuità con quei criteri (individuati già nella sent. n. 282/2002) che ad avviso della Corte rappresentano un limite insuperabile per la discrezionalità politica del legislatore: criteri che includono la necessità di non emarginare l'autonomia e la responsabilità del medico nella decisione sulle cure, che devono

per l'appunto essere quelle più appropriate in relazione alla condizione del paziente (previo suo consenso), in base alle acquisizioni scientifiche e sperimentali. Il medico, in sostanza, non può essere sostituito dal legislatore nella valutazione di quale sia l'attività sanitaria più appropriata[2]. L'annullamento della disciplina si fonda precisamente sul rilievo che essa non riconosceva «al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto».

Sia pure all'interno di una valutazione più articolata e non esente da taluni profili problematici[3], l'accesso a cure appropriate ha un peso anche nella sent. n. 162/2014, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità del divieto di PMA di tipo eterologo, previsto all'art. 4, comma 3, della versione originaria della l. n. 40/2004. Com'è noto, l'argomentazione della decisione ha trovato il suo fulcro nella considerazione che, introducendo tale divieto, il legislatore avesse operato un non soddisfacente bilanciamento tra interessi costituzionali contrapposti, assegnando importanza assoluta al diritto della persona nata in esito a PMA di «conoscere la propria identità genetica» ed erroneamente ritenendo tale diritto come del tutto incompatibile con la modalità eterologa. Producendo siffatto assetto normativo, rileva la Corte, il legislatore non aveva dunque esperito alcun tentativo, che pure sarebbe stato possibile, di trovare una composizione con altre posizioni costituzionalmente tutelate e altrettanto meritevoli di protezione, incluso il diritto alla salute di quelle coppie per le quali non è utilmente percorribile la via della PMA omologa. In sostanza, intro-

[2] È stato diffusamente sottolineato in dottrina che la sent. Corte cost. n. 151/2009 ha ricollocato al centro delle tecniche di procreazione assistita la competenza scientifica del medico, quale soggetto più adeguato a operare, caso per caso, le valutazioni necessarie: v. in questo senso, tra gli altri, M. Cecchetti, L. Buffoni, *Le fonti nazionali*, in S. Rodotà, M. Tallacchini (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in S. Rodotà, Zatti (dirr.), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2010, 785 ss., spec. 793.

[3] Sui quali si soffermano, ad esempio, V. Baldini, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Dirittifondamentali.it*, 15 settembre 2014, e L. Violini, *La Corte e l'eterologa: i* diritti *enunciati e gli* argomenti *addotti a sostegno della decisione*, in *Osservatorio costituzionale*, luglio 2014.

ducendo il divieto, il legislatore ha omesso di dare rilievo, tra l'altro, alla circostanza che «l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia»[4]. Sotto questo aspetto, è dunque la preclusione (rigidamente stabilita dal legislatore) di un rimedio terapeutico nei confronti di soggetti che potrebbero proficuamente avvalersene, a contribuire a determinare l'illegittimità del divieto.

Allo stesso modo, l'interdizione legislativa della possibilità di accedere alla PMA e le ricadute a carico del diritto alla salute che ne derivano assumono un ruolo risolutivo, nel senso della illegittimità, anche nella sent. n. 96/2015. In questo caso, a essere sottoposti al sindacato di legittimità erano l'art. 1, commi 1 e 2, e l'art. 4, comma 1, della l. n. 40/2004, nella parte in cui tali disposizioni escludevano le coppie fertili, ma portatrici di gravi patologie geneticamente trasmissibili, dalla facoltà di fare ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. L'irragionevolezza della esclusione viene accertata dalla Corte sulla base del dato che, in tal modo, si induceva normativamente la donna a esporsi a un rischio per la sua salute ben maggiore di quello cui la stessa sarebbe andata incontro se fosse stato consentito alla coppia di effettuare una diagnosi preimpianto all'interno di un percorso di PMA. Dirimente in questo senso è la constatazione che qualora venisse intrapresa una gravidanza avviata con metodo naturale e un successivo esame prenatale sul feto mostrasse ciò che si sarebbe potuto rivelare *ex ante* attraverso una diagnosi preimpianto, ossia «accertati processi patologici […] relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna», la stessa donna potrebbe comunque ricorrere all'interruzione volontaria della gravidanza, anche reiteratamente (*ex* art. 6, comma 1, lett. b, legge 22 maggio 1978, n. 194). Tuttavia, l'interruzione volontaria, si sottolinea esattamente nella pronuncia, è una modalità «innegabilmente più traumatica», che espone irragionevolmente a rischi di maggiore entità la salute di chi vi si sottoponga. In altri termini, la censurata scelta normativa di preclusione «non consente (pur essen-

[4] Evidenzia in proposito P. Veronesi, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 marzo 2015, che «concentrandosi "sulla salute della coppia" in sé, la Corte si pone nello stesso ordine d'idee del legislatore, il quale ha associato la possibilità di procedere alle tecniche di procreazione assistita (appunto) alle sole coppie e non già ai/alle *singles*».

do scientificamente possibile) di far acquisire "prima" alla donna una informazione che le permetterebbe di evitare di assumere "dopo" una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute»; questo *vulnus* al diritto alla salute, peraltro, non può «trovare un positivo contrappeso, in termini di bilanciamento, in una esigenza di tutela del nascituro, il quale sarebbe comunque esposto all'aborto»[5].

Può dunque osservarsi, in via di estrema sintesi, che ciò che la riferita giurisprudenza costituzionale sembra colpire con queste pronunce (sia pure con diversità di accenti e argomentazioni) è la pretesa del legislatore di stabilire in termini tassativi, attraverso scelte normative prefissate e non valutabili dal tecnico sanitario alla luce di validate conoscenze scientifiche, l'*an* e il *quomodo* della praticabilità delle tecniche di procreazione assistita. Scelte legislative di questo tipo danno di fatto luogo a ipotesi in cui tali tecniche finiscono per essere sganciate dalla loro funzione primaria, vale a dire assicurare la strumentalità e l'adeguatezza del rimedio terapeutico rispetto alla garanzia del diritto alla salute nel singolo caso concreto, nella qual cosa del resto consiste l'appropriatezza del rimedio stesso. Da questo punto di vista, insomma, le previsioni della l. n. 40/2004 trovate illegittime dalla Corte si pongono come esempi emblematici di scelte normative non attuative, o addirittura disattuative, dell'art. 32 Cost., e aventi pertanto conseguenze ostative nei confronti dell'effettività del relativo diritto.

## 3. *L'effettività dell'accesso alle cure nel rapporto circolare tra legislatore e Corte costituzionale: condizionamento finanziario* versus *incomprimibilità e fondamentalità del diritto alla salute*

Come già accennato, l'attuazione del diritto alle cure *ex* art. 32 Cost. va incontro a inevitabili esigenze di contemperamento, di equilibrio, di bilanciamento rispetto ad altri diritti o interessi costituzionali, oltre che dipendere dal *quantum* di risorse finanziarie disponibili da indirizzare allo scopo.

La questione dell'effettiva erogazione delle prestazioni sanitarie, al

[5] La Corte in tal modo assicura una «una anticipazione della tutela della salute della donna»: così, S. Penasa, *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti "rafforzati"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 8 luglio 2015.

pari di quelle che concernono gli altri diritti a prestazione, rappresenta quindi una delle sfide più impegnative, e qualificanti al tempo stesso, che gli ordinamenti statali hanno davanti da quando, a partire dalla metà del secolo scorso, le esperienze costituzionali soprattutto europee hanno assunto una conformazione non soltanto liberal-democratica, ma anche sociale.

All'interno di questo orizzonte, un tema centrale consiste ancor oggi nella messa a fuoco della ripartizione dei compiti tra i soggetti istituzionali cui spetta, da una parte, di adottare le scelte necessarie a rendere effettivi i diversi diritti sociali, e quelli che hanno il dovere, dall'altra parte, di controllare che tali scelte siano conformi alle prescrizioni vincolanti derivanti dalla stessa cornice costituzionale, anche sotto il punto di vista del bilanciamento. Si tratta di un tema che chiama evidentemente in causa, nel nostro ordinamento come in altri, anzitutto il rapporto tra legislatore e giudice costituzionale. Se, infatti, in prima battuta è competenza del legislatore predisporre il quadro normativo finalizzato sia a reperire e distribuire i mezzi finanziari necessari che a organizzare efficacemente l'erogazione delle prestazioni, rientra invece tra le funzioni della Corte costituzionale verificare che nello svolgimento dei suoi compiti il legislatore non abbia abusato della sua discrezionalità, adottando decisioni incompatibili con gli obiettivi imposti dalla Costituzione, o che non abbia tenuto conto delle priorità in essa fissate e della molteplicità dei bisogni da soddisfare.

D'altro canto, nello svolgimento di questa attività di verifica non di rado la Corte finisce con l'esplicitare ulteriormente alla luce delle norme costituzionali criteri e parametri che, a loro volta, dovranno guidare il legislatore nei successivi interventi di attuazione, fatto salvo lo spazio di legittima discrezionalità che deve essergli riconosciuto. Si innesca dunque una sorta di moto decisionale circolare che, nella sua dimensione virtuosa, è potenzialmente in grado di favorire il più alto livello di effettività dei diritti a prestazione che le condizioni di fatto rendano possibile.

Tra tali condizioni di fatto, un ruolo preponderante occupa, com'è ovvio, la questione delle risorse economiche pubbliche disponibili e utilizzabili per rendere fruibili le prestazioni derivanti dai diritti sociali. È stata del resto la stessa giurisprudenza costituzionale, com'è noto, a qualificare questi diritti come "finanziariamente condizionati".

All'interno di questo quadro di fondo, per quanto specificamente attiene al diritto alla salute si sono registrati e si registrano orientamenti

giurisprudenziali non sempre univoci e comunque in evoluzione. In estrema sintesi può osservarsi, con le debite cautele, che la Corte costituzionale sembra aver assunto, in tempi relativamente recenti, un atteggiamento di progressiva attenuazione della rigida applicazione dello schema che poggia sul condizionamento finanziario del diritto, per approdare a una più decisa rivalutazione dell'incomprimibilità del diritto alle cure.

Non è questa la sede per ripercorrere le tappe che hanno portato la giurisprudenza costituzionale alla elaborazione, prima, e alla ferma applicazione, poi, di un modello di diritto alla salute come finanziariamente condizionato. In ogni caso, è netta l'impressione che negli ultimi anni si sia palesato un cambio di passo al riguardo.

Anzitutto, sempre più spesso la Corte segnala il carattere incomprimibile del diritto alla salute per rimarcare una sorta di capovolgimento doveroso nel rapporto tra diritto soggettivo e risorse finanziarie: in questi casi, la necessità di assicurare il diritto diventa prioritaria rispetto al discorso sulle risorse disponibili. Pare insomma estendersi l'approccio inaugurato con la sentenza 16 dicembre 2016, n. 275, nella quale, con riguardo al diritto al trasporto scolastico delle persone con disabilità, si puntualizza che «è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione». È su questa scia che più di recente si è posta, ad esempio, la sentenza 6 dicembre 2024, n. 195, in cui la Corte ha espressamente incluso la spesa sanitaria tra quelle "costituzionalmente necessarie", qualificando conseguentemente come illegittima la scelta del legislatore statale di "tagliare" le risorse a essa destinate: i diritti incomprimibili, infatti, «e in particolare il diritto alla salute, coinvolgendo primarie esigenze della persona umana, non possono essere sacrificati fintanto che esistono risorse che il decisore politico ha la disponibilità di utilizzare per altri impieghi che non rivestono la medesima priorità». Insomma, non ogni funzione pubblica presenta lo stesso grado di rilevanza costituzionale: quella di tutelare la salute occupa una posizione tale che il conseguimento di eventuali risparmi di spesa non deve avvenire privando il sistema dei finanziamenti necessari al suo soddisfacimento.

Questo indirizzo giurisprudenziale, del resto va in qualche modo a integrare ed estendere lo sforzo che la stessa Corte costituzionale aveva già in precedenza intrapreso per attenuare gli esiti più radicali derivanti dall'applicazione dello schema del diritto finanziariamente condizionato, sottolineando che il bilanciamento operato dal legislatore non può essere

considerato ragionevole se, per esigenze di equilibrio di finanza pubblica, ad essere conculcato è il «nucleo essenziale» o «nucleo irriducibile» del diritto alla salute. Il ricorso a questo parametro di contenimento della discrezionalità legislativa mira evidentemente a individuare una linea di confine oltre la quale il legislatore non può più sfruttare l'argomento delle risorse disponibili per giustificare l'insufficiente attuazione dell'art. 32 Cost., soprattutto quando a essere private di effettività siano prestazioni particolarmente necessarie alla tutela della salute. Non può peraltro negarsi, a onor del vero, che lo stesso riferimento alla nozione di nucleo essenziale del diritto non è esente da risvolti opachi, trattandosi di un concetto dai tratti sostanzialmente indefiniti che non fornisce un criterio sicuro sulla cui base distinguere la parte "essenziale" della tutela del diritto alla salute da quella "non essenziale". Sicché il concreto contenuto di tale nozione finirà con l'essere quello di volta in volta individuato nelle diverse decisioni della stessa Corte.

Ad ogni modo, questi orientamenti giurisprudenziali, nel momento in cui inseriscono elementi di flessibilità nell'approccio alla risoluzione delle problematiche di attuazione del diritto alle prestazioni sanitarie basato esclusivamente sulla mera presa d'atto delle risorse disponibili, meritano di essere favorevolmente accolti. Anche per la ragione che la sia pure parziale sottrazione del diritto in questione alla logica del condizionamento finanziario contribuisce a valorizzare, per quanto indirettamente, la portata precettiva dell'aggettivo «fondamentale» con cui, in termini espressi, l'art. 32 Cost. qualifica tanto il diritto individuale alla salute quanto il corrispondente interesse della collettività.

In proposito, l'ipotesi interpretativa alla quale da tempo aderisco e i cui argomenti mi appaiono ancora utilmente spendibili, è nel senso che la fondamentalità del diritto (e dell'interesse collettivo) alla salute possa fungere da peculiare parametro valutativo di quelle decisioni legislative nelle quali il diritto di cui si parla venga messo in bilanciamento con diritti o interessi costituzionali antagonisti. In questi casi, il carattere testualmente «fondamentale» del diritto alla salute (e solo di esso) appare in grado di attribuirgli una forma di resistenza rafforzata nei riguardi di altri diritti cui la Costituzione, pur prevedendoli, non fornisce la stessa esplicita qualificazione. Quanto sostenuto non equivale a dire che il maggior "peso" così riconosciuto alla tutela della salute nelle operazioni di bilanciamento possa comportare che i diritti contrastanti debbano restare privi di pro-

tezione: in modo meno dirompente ma più lineare, la caratteristica della fondamentalità pare semplicemente implicare che il godimento di ogni altro diritto incontri il limite di non determinare conseguenze nocive sulla salute individuale e collettiva. Dunque, nello svolgere le attività di contemperamento tra le diverse posizioni soggettive e i molteplici interessi salvaguardati nell'ordito costituzionale, i pubblici poteri, a partire dal legislatore, devono assicurare la massima espansione degli altri diritti purché dalla loro concreta fruizione non scaturiscano conseguenze lesive per la salute altrui.

Nonostante questa lettura seguiti a sembrarmi maggiormente convincente, sono consapevole che la giurisprudenza costituzionale, quando ha avuto occasione di pronunciarsi specificamente sul tema, si è mossa in tutt'altra direzione[6]. Mi riferisco, in particolare, alle due note pronunce (Corte costituzionale 9 maggio 2013, n. 85 e Corte costituzionale 23 marzo 2018, 58) con le quali la Corte ha giudicato alcune decisioni del legislatore relative allo stabilimento industriale ex-Ilva di Taranto. Non è qui indispensabile esaminare nel dettaglio il contenuto delle norme sottoposte a scrutinio nelle due occasioni[7]. Può essere sufficiente ricordare che, benché nel primo caso il giudizio si sia concluso con il rigetto della questione e nel secondo caso con il suo accoglimento, in entrambe le circostanze la Corte ha comunque escluso che la presenza dell'aggettivo «fondamentale» nell'art. 32 Cost. implichi una forma di speciale tutela del diritto alla salute rispetto ad altri diritti costituzionali. Nelle stesse pronunce, conseguentemente, si nega che tale qualificazione sia idonea a fornire un criterio aggiuntivo o integrativo in punto di bilanciamento, ai fini della valutazione della ragionevolezza e della proporzionalità delle scelte legislative. D'altro canto, poiché la Corte nelle menzionate decisioni non fornisce nessuna interpretazione alternativa relativamente al significato da

[6] Per ulteriori considerazioni critiche sulla giurisprudenza costituzionale che si è confrontata con il carattere fondamentale del diritto alla salute sia consentito rinviare a D. Morana, *Il «fondamentale» diritto alla salute nell'emergenza pandemica:* princeps *o tiranno?*, in *Quad. cost.*, 2022, 4, 839 ss.

[7] Si rimanda, per un'analisi attenta delle norme-oggetto dei due giudizi di costituzionalità (e per considerazioni più ampie circa il ruolo della componente sanitaria nelle valutazioni ambientali), ai contributi raccolti in M. Di Folco, M. Mengozzi (a cura di), *La salute nelle valutazioni di impatto ambientale*, Napoli, 2020, e in particolare a S. Pajno, V. Pucci, *Il diritto «fondamentale» alla salute nei procedimenti di valutazione ambientale*, ivi, 2 ss., spec. 43 ss.

assegnare a quel termine nel contesto dell'art. 32 Cost., non resta che concludere che si è davanti a una valutazione di irrilevanza semantica riferita a una porzione di disposizione costituzionale – ed è probabilmente questo l'aspetto che lascia maggiormente perplessi in questa giurisprudenza.

È necessario aggiungere, tuttavia, che nonostante l'impianto argomentativo manifestato nelle sentenze sul caso ex-Ilva non sia stato oggetto di alcun esplicito *revirement*, nella giurisprudenza successiva è possibile cogliere qualche profilo di segno diverso, o comunque caratterizzato da una più accentuata sensibilità rispetto alla posizione del diritto alla salute nel sistema costituzionale. Mi limito a richiamare la già citata sent. n. 195/2024, nella quale – come ricordato – si sottolinea, nell'ambito dei «diritti incomprimibili», il particolare ruolo svolto dalla tutela della salute, in quanto diritto che coinvolge «primarie esigenze della persona umana», rispetto a ulteriori finalità «che non rivestono la medesima priorità». Senza arrivare a sostenere che notazioni di questo tipo determinino un netto superamento della pregressa posizione della Corte, è però ragionevole constatare che l'ordine di idee in cui esse si muovono non è poi così lontano da quello entro cui si sviluppa la lettura "pregnante", dinanzi proposta, della fondamentalità del diritto alla salute.

## 4. *Salute e modello regionale: le competenze legislative e la dimensione territoriale nell'attuazione del diritto alle cure*

Come osservato in precedenza, il processo di attuazione del diritto alla salute e degli altri diritti sociali richiede anzitutto che intervenga il legislatore, al fine di strutturare, specificare e articolare sul piano normativo le prestazioni necessarie per soddisfare gli obiettivi di tutela costituzionalmente fissati. Inevitabilmente, quindi, uno snodo essenziale in tale processo è costituito dalla individuazione dell'ente territoriale, alla luce del riparto delle materie legislative tra Stato e Regioni contenuto nell'art. 117 Cost., su cui ricade la competenza (e il dovere) di attivarsi legislativamente allo scopo suddetto.

Le materie che intersecano il settore della salute sono molteplici, ma gli interventi normativi adottati nell'esercizio delle relative competenze devono risultare indirizzati, pur nella differenza dei profili e degli ambiti

propri a ciascuna di esse, alla medesima finalità di assicurare il pieno ed effettivo godimento del diritto protetto dall'art. 32 Cost.

La prima materia a entrare in gioco è, ovviamente, la «tutela della salute», che l'art. 117, comma 3, Cost. attribuisce alla competenza legislativa concorrente tra Stato e Regioni, riservando cioè al primo il compito di fissarne i principi fondamentali con legge e alle seconde di introdurre, nel rispetto di quei principi, la disciplina di dettaglio. Le differenziazioni regionali nel perseguire la tutela della salute sono dunque costituzionalmente garantite, con il limite che esse si producano in conformità con le scelte di fondo che nella stessa materia devono essere espressamente stabilite o implicitamente ricavabili dalla legislazione dello Stato. Va peraltro ricordato, sulla scorta di una giurisprudenza costituzionale costante, che sono da ritenersi inclusi nella materia «tutela della salute» anche l'organizzazione sanitaria e, più in generale, gli aspetti organizzativi dell'attività sanitaria, quando siano in condizione di «incidere sulla salute dei cittadini, costituendo le modalità di organizzazione del servizio sanitario la cornice funzionale ed operativa che garantisce la qualità e l'adeguatezza delle prestazioni erogate» (in questi termini, ad esempio, Corte costituzionale 26 aprile 2006, n. 181 e Corte costituzionale 4 giugno 2010, n. 207) [8].

Le attribuzioni normative regionali relative alla «tutela della salute» possono poi essere attraversate, e quindi ulteriormente limitate, dall'esercizio della competenza (di natura c.d. finalistica) riguardante la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale», che l'art. 117, comma 2, lett. m), assegna alla potestà normativa esclusiva

[8] Sull'estensione della materia «tutela della salute» nell'art. 117, comma 3, Cost., si v., se si vuole, D. Morana, voce *Tutela della salute*, in G. Guzzetta, F.S. Marini, D. Morana (a cura di), *Le materie di competenza regionale*, Napoli, 2015, 583 ss.; nonché, con particolare riferimento alla collocazione "competenziale" della dimensione dell'appropriatezza, Ead., *L'appropriatezza quale oggetto di valutazioni tecnico-scientifiche nel sistema di riparto delle competenze fra Stato e Regioni*, in *Corti supreme e salute*, 2024, 1, 87 ss., spec. 89 ss. V. anche, in specie per ciò che concerne le numerose sovrapposizioni fra «tutela della salute» e altri ambiti materiali, i contributi raccolti in R. Balduzzi, G. Di Gaspare (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Milano, 2002, e in particolare quello di B. Pezzini, *Diritto alla salute e diritto all'assistenza tra tensione all'uniformità e logiche della differenziazione*, ivi, 87 ss.; D. Paris, *Il ruolo delle Regioni nell'organizzazione dei servizi sanitari e sociali a sei anni dalla riforma del Titolo V: ripartizione delle competenze e attuazione della sussidiarietà*, in *Le Regioni*, 2007, 6, 977 ss.; più di recente, S.R. Vinceti, *Gli incerti confini della materia "tutela della salute"*, in *Giur. cost.*, 2023, 5, 2189 ss.

dello Stato[9]. Si tratta, per quanto concerne l'ambito sanitario, dei livelli essenziali di assistenza (LEA), che individuano le prestazioni a tutela della salute la cui fruibilità deve essere in ogni caso assicurata in tutti i sistemi sanitari regionali. In altri termini, l'inclusione di una prestazione nei LEA comporta che essa debba essere necessariamente erogata dalle Regioni, le quali sono titolari – si è appena ricordato – della potestà legislativa concorrente in materia di «tutela della salute» e debbono quindi occuparsi, tra l'altro, di disciplinare nel dettaglio e di gestire l'organizzazione sanitaria, in aderenza ai principi stabiliti dalla legislazione statale. Com'è noto – e ciò spiega anche il titolo di questo Convegno – anche i trattamenti sanitari relativi alla PMA, sia omologa che eterologa, sono attualmente inclusi tra i LEA adottati con d.P.C.M. 12 gennaio 2017[10].

La definizione e l'aggiornamento dei LEA, secondo la procedura ordinaria attualmente disciplinata dall'art. 1, commi 554 ss., della legge 28 dicembre 2015, n. 208, avvengono con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri su proposta del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano e previo parere delle competenti Commissioni parlamentari. Ma al di là del dato procedimentale – che pure presenta profili di particolare complessità – e senza entrare nel merito delle questioni concernenti il loro finanziamento, deve evidenziarsi che i tempi dell'adeguamento, che finora sono stati estremamente lunghi, aprono un fronte problematico anche rispetto all'evoluzione scientifica e tecnologica: davanti al ritmo sempre più veloce dell'innovazione in ambito sanitario, infatti, la lentezza con cui si procede alla regolazione giuridica dei LEA rende assai concreto il rischio che il sistema sanitario continui a offrire prestazioni e tecniche non più ottimali alla luce degli avanzamenti che nel frattempo si sono prodotti nel settore medico, e ne escluda invece altre più efficaci o più convenienti dal punto di vista economico.

Pur in presenza di questi profili critici, resta comunque fermo che attraverso la previsione dei LEA il sistema costituzionale persegue il

[9] Per un inquadramento costituzionale di tale competenza, v., da ultimo, F. Masci, *I livelli essenziali delle prestazioni: appunti per una ricostruzione*, Napoli, 2025, spec. 110 ss. e A. Napolitano, *La dimensione multilivello del diritto alla salute. Esigenze di tutela e vincoli di sistema*, Napoli, 2025, spec. 55 ss.

[10] Sul tema si rinvia a L. Lamberti, *Livelli Essenziali di Assistenza e procreazione medicalmente assistita*, in *Nuove Autonomie*, 2025, 1, 109 ss.

basilare obiettivo (che non può dirsi ancora conseguito) di strutturare un sistema sanitario nazionale nel quale determinate prestazioni devono essere assicurate alla persona, sotto il profilo sia quantitativo che qualitativo, indipendentemente dalla Regione in cui si trovi a vivere. È in gioco, in definitiva, la necessità di garantire l'eguaglianza in relazione al godimento di un effettivo diritto alle cure.

Si tratta di un aspetto su cui la giurisprudenza costituzionale ha espresso parole estremamente chiare, da ultimo nella sententenza 3 dicembre 2024, n. 192, in cui si afferma che i livelli essenziali delle prestazioni «implicano una delicata scelta politica, perché si tratta – fondamentalmente – di bilanciare uguaglianza dei privati e autonomia regionale, diritti e esigenze finanziarie e anche i diversi diritti fra loro», al fine di «garantire uno *standard* uniforme delle stesse prestazioni in tutto il territorio nazionale».

Nella stessa decisione si chiarisce, inoltre, quale differenza intercorra tra i livelli essenziali delle prestazioni e il «nucleo essenziale» o «nucleo minimo del diritto»: lo scopo della fissazione dei livelli essenziali delle prestazioni è quello di «assicurare, se possibile, uno *standard* di tutela superiore al nucleo minimo del diritto, in collegamento (per quel che riguarda i diritti sociali) con l'art. 3, secondo comma, Cost., che affida alla Repubblica il compito – di più ampio respiro rispetto all'erogazione delle prestazioni minime – di "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana"». In altri termini, per questa giurisprudenza, mentre nucleo minimo del diritto deriva «dalla Costituzione e va garantito […], a prescindere da considerazioni di ordine finanziario», i livelli essenziali «sono un vincolo posto dal legislatore statale, tenendo conto delle risorse disponibili, e rivolto essenzialmente al legislatore regionale e alla pubblica amministrazione; la loro determinazione origina, poi, il dovere dello stesso Stato di garantirne il finanziamento».

Con riguardo a quest'ultimo profilo, sono in realtà molteplici le occasioni in cui la Corte ha richiamato il legislatore statale al suo dovere di stanziare le risorse necessarie a rendere pienamente esigibili le prestazioni incluse nei livelli essenziali; in caso contrario, la fissazione dei LEA assumerebbe una inaccettabile e generica funzione programmatica priva di concreti risvolti sul piano dell'effettività (in questo senso, tra le altre, Corte costituzionale 12 luglio 2017, n. 169). Per quanto attiene alle Regioni, la giurisprudenza costituzionale ha anche messo in chiaro che le risorse

economiche che nei loro bilanci sono destinate al finanziamento dei LEA hanno carattere vincolato: di conseguenza le stesse Regioni non possono utilizzarle per altri scopi (ad esempio, sent. 24 giugno 2021, n. 132 e sent. 18 gennaio 2024, n. 1).

Per concludere la ricognizione sulle competenze bisogna aggiungere che, accanto alle due materie legislative principali di cui si è finora detto («tutela della salute» e «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni»), esistono ulteriori attribuzioni in grado di incidere sul diritto alla salute e sulla sua attuazione. Si pensi, in particolare, alla «profilassi internazionale», di competenza esclusiva dello Stato (alla quale, tra l'altro, la sent. n. 37/2021 della Corte costituzionale ha ricondotto la disciplina statale emergenziale adottata durante la pandemia da Covid-19[11]); all'ambito delle «professioni», di competenza concorrente (che include naturalmente la disciplina delle professioni sanitarie, la cui individuazione è di spettanza statale in quanto rientrante tra i principi fondamentali della materia); all'«ordinamento civile» e all'«ordinamento penale», materie esclusive dello Stato, in cui ricadono una serie di specifici aspetti che toccano l'ambito sanitario (tra cui, ad esempio, la disciplina del consenso informato, il regime della responsabilità del professionista sanitario ecc.).

Si è dunque davanti a una molteplicità di materie e competenze normative che non deve comunque far dimenticare il carattere teleologico che le accomuna: la costruzione di un sistema in grado di assicurare effettività al diritto a cure appropriate e rispondente a un adeguato *standard* qualitativo. Anche in ragione di questo presupposto, per le scelte normative nel settore sanitario che si pongano a cavallo di più competenze attribuite a enti territoriali diversi la giurisprudenza costituzionale fa sovente valere il principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni, postulando il raggiungimento di intese tra essi e rendendo consueto quello che è stato chiamato il «metodo del consenso»[12].

Dall'articolato quadro costituzionale che si è descritto, emerge allora come il modello regionale italiano, applicato al settore della protezione

[11] Sull'interpretazione della «profilassi internazionale» nella sent. n. 37/2021 – nel quadro di una più ampia riflessione sulle criticità del riparto di competenze in materia sanitaria durante l'emergenza pandemica – cfr. G. Rivosecchi, *Riparto delle competenze e finanziamento delle funzioni tra Stato e Regioni nella tutela del diritto alla salute: dall'emergenza alla stabilizzazione*, in *Dir. soc.*, 2021, 2, 223 ss., spec. 235 ss.

[12] Per usare l'espressione di R. Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, III ed., Torino, 2025, 127.

della salute, preveda che la regionalizzazione dei servizi sanitari (e la conseguente differenziazione) si sviluppi nel solco di esigenze unitarie che attengono anzitutto all'obiettivo di un eguale diritto di accesso alle cure su tutto il territorio nazionale. Differenziare i servizi sanitari regionali, insomma, non deve comportare come conseguenza che l'effettività del diritto alla salute riceva una garanzia "a macchia di leopardo".

Il verificarsi di quest'ultima conseguenza – che non è mera ipotesi ma dato attuale di realtà – pone evidentemente degli interrogativi di importanza cruciale sulla funzionalità del modello.

Il rapporto tra effettività del diritto alle cure e autonomia territoriale appare particolarmente problematico, ad esempio, nei casi in cui una Regione non riesca ad assicurare adeguatamente la tutela dei LEA. Potrebbe osservarsi che, in questi casi, per porvi rimedio lo Stato è comunque abilitato ad attivare la clausola dell'art. 120, comma 2, Cost., ai sensi del quale «il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni […] quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali»[13]. Ma l'esercizio del potere sostitutivo dovrebbe configurarsi come soluzione temporanea ed emergenziale, e non trasformarsi in una risposta stabile e permanente ai problemi di cui il sistema soffre e che si sono mostrati con particolare gravità, ad esempio, durante l'emergenza pandemica.

La questione mi pare che sia, dunque, quella di ripensare l'attuale modello di assistenza sanitaria a partire dagli specifici profili nei quali esso evidenzia le più acute incapacità di conseguire gli scopi cui è preordinato. Questa necessità di ripensamento non credo che possa essere utilmente perseguita cedendo alla semplicistica tentazione di "ricentralizzare tutto" e di escludere le autonomie territoriali regionali dalle scelte normative in materia sanitaria. Non appare verosimile, infatti, che possa incarnare una valida soluzione alle difficoltà che si palesano in diverse realtà territoriali quella che estromette gli stessi territori dalle decisioni che li riguardano. A ciò si aggiunga che una scelta di questo tipo finirebbe per dilapidare il peculio di esperienze, in molti casi tutt'altro che deteriori, che la configu-

[13] Sull'esercizio del potere sostitutivo in sanità attraverso i cc.dd. Piani di rientro, v. A. Patanè, *I Piani di rientro sanitari. Studio sulle questioni costituzionali sottese all'applicazione dell'Accordo tra Stato e Regione per garantire la tutela della salute*, II ed., Pisa, 2024.

razione regionalistica del Servizio sanitario nazionale ha accumulato nel corso di mezzo secolo.

Tra le leve migliorative da azionare potrebbe ad esempio inserirsi la configurazione di nuove e più efficaci forme di coordinamento tra centro e territori, o la valorizzazione di una congrua cornice unitaria attraverso la rivisitazione dei principi fondamentali della materia *ex* art. 117, comma 3, Cost. In proposito, non può non notarsi come da lungo tempo manchino prese di posizione normative da parte del legislatore nazionale, attraverso le quali – a partire dai nodi problematici che il sistema ha evidenziato nel corso degli anni – ridefinire le scelte di fondo e la direzione da intraprendere. L'impressione è che il legislatore statale abbia scelto invece di procedere in modo estemporaneo, con interventi-tampone per le emergenze o con la corsa disordinata a rifinanziare ora l'una, ora l'altra priorità.

Accantonando il tema dell'adeguatezza del livello di finanziamento del sistema sanitario (che pure assume, ovviamente, un rilievo enorme), è assai arduo pensare a una strategia per la fuoriuscita dalle difficoltà attuali che possa fare a meno di uno sforzo corale, nel quale siano coinvolte tutte le professionalità e tutti gli attori del governo sanitario. Uno sforzo attraverso cui rimettere mano ad alcune coordinate di base riguardanti, principalmente, la necessità di tenere insieme equità e sostenibilità nel rispondere ai bisogni sanitari locali, di assicurare che l'autonomia dei territori vada di pari passo con la loro responsabilità, di individuare quale sia la misura di differenziazione regionale compatibile con l'eguaglianza nel diritto alle cure e con la sua effettività. Va da sé che nessuna persona di buon senso potrebbe ritenere le questioni sul tappeto poco impegnative o presupporre l'esistenza di un pacchetto *prêt-à-porter* di interventi risolutivi.

In questo contesto, peraltro, si inseriscono i tentativi di forgiare forme di regionalismo ulteriormente differenziato ai sensi dell'art. 116, ultimo comma, Cost., tentativi che al momento appaiono in *stand-by*, dopo i cospicui profili di illegittimità della legge 26 giugno 2024, n. 86, rilevati dalla Corte costituzionale nella sent. n. 192/2024, ma comunque tutt'altro che tramontati. Rispetto a tali ipotesi, nella dottrina sono emerse (sia prima che dopo la individuazione dei relativi "paletti" da parte della giurisprudenza costituzionale) voci critiche che segnalano il pericolo di aggravare, per tale via, le diseguaglianze nel godimento del diritto alla salute nelle diverse comunità regionali[14]. Sembra in effetti meritare la più seria

[14] In questo senso v. già, *ex multis*, R. Balduzzi-D. Servetti, *Regionalismo differenziato*

considerazione il dubbio che l'ulteriore diversificazione, anziché porsi come *input* virtuoso per la complessiva adeguatezza dell'offerta sanitaria, ne diventi ulteriore elemento patologico e accresca il divario sostanziale nella quantità e qualità delle prestazioni offerte dai servizi sanitari regionali. Difficile, pertanto, non concordare con chi ha osservato che «affinché il regionalismo differenziato sia un'opportunità e non un rischio esso non può […] essere disgiunto da un quadro generale di garanzia costituzionale per le Regioni "altre" rispetto a quelle interessate dai processi di differenziazione ed, in particolare, per quelle in condizioni di maggiore debolezza socio-economica»[15]. Anche lungo questo versante appare allora evidente l'indispensabilità non di riforme del sistema "pur che siano", ma soltanto di riforme in grado di apportare una ridefinizione del regionalismo (anzitutto di quello sanitario) operando una attenta ponderazione degli elementi in gioco e avendo come stella polare il rafforzamento in modo uniforme sul territorio nazionale dell'effettivo godimento del diritto alle cure.

Per concludere con una nota almeno parzialmente positiva, segnalo la sempre più diffusa consapevolezza intorno a un dato: prendere sul serio la declinazione territoriale del diritto alla salute non implica soltanto una sua garanzia geograficamente uniforme nella dimensione regionale, ma richiede anche un soddisfacente grado di prossimità nella erogazione delle prestazioni[16]. In altri termini, la rete assistenziale va costruita commisurandola alle specifiche necessità emergenti al livello locale, in modo da evitare, ad esempio, l'ospedalizzazione del paziente, quando si ricorra

---

*e materia sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2019, 2, 1 ss.; L. Chieffi, *La tutela del diritto alla salute tra prospettive di regionalismo differenziato e persistenti divari territoriali*, in *Nomos*, 2020, 1 ss.; A. Pitino, *Il regionalismo differenziato e il conseguimento di "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia" nella materia "tutela della salute"*, in *Corti supreme e salute*, 2024, 2, 731 ss.; nonché, se si vuole, D. Morana, *Una differenziazione davvero necessaria? Qualche osservazione (e molte perplessità) su Lea, organizzazione sanitaria e tutela della salute nell'ottica dell'art. 116, u.c., Cost.*, in *Corti supreme e salute*, 2020, 1, 243 ss. Sul medesimo tema v. anche, a commento della sent. n. 192/2024 della Corte costituzionale e per riferimenti bibliografici estesi e aggiornati, L. Abbruzzo, *Regionalismo differenziato e diritto alla salute: verso una (ulteriore) differenziazione tra sistemi sanitari?*, in *Corti supreme e salute*, 2025, 2, 339 ss., spec. 357 ss.

[15] Sono parole di E. Gianfrancesco, *Dimensione garantistica e dimensione collaborativa nel disegno costituzionale dei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Rivista AIC*, 2019, 3, 202 ss.

[16] Sulle diverse sfaccettature del rapporto fra tutela del diritto alla salute e assistenza sanitaria nei territori, anche alla luce dei processi di digitalizzazione che investono l'ambito sanitario, si v., se si vuole, i contributi raccolti in D. Morana (a cura di), *La salute tra i diritti e nei territori. Questioni costituzionali nel rapporto Stato-Regioni*, Torino, 2025.

a essa esclusivamente per difetto di più adeguate alternative, o in modo da programmare interventi finalizzati alla prevenzione che ne potenzino l'utilità e l'efficacia in rapporto alle esigenze locali. In questa direzione, com'è noto, si è mosso il decreto del Ministro della salute 23 maggio 2022, n. 77, adottato nell'ambito della Missione 6 – Componente 1 («Reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale») del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), nella condivisibile logica che la tutela della salute possa essere meglio assicurata valorizzando moduli organizzativi volti a costituire una rete di strutture in grado di fornire un'assistenza territoriale di prossimità[17].

[17] Riflettono sulle potenzialità (e le criticità) di una *nuova* sanità territoriale, in linea con le indicazioni del PNRR e del DM n. 77 del 2022, R. Balduzzi, D. Servetti, *Dieci tesi per una* nuova *sanità territoriale*, in *Corti supreme e salute*, 2023, 2, 301 ss.; G. Turati, *Che cosa blocca l'attuazione della riforma della sanità territoriale (e non solo)? Qualche spunto di riflessione*, ivi, 325 ss.; L. Busatta, *Potenzialità e aspetti critici del nuovo volto della sanità territoriale, tra esigenze di uniformità e difficoltà attuative*, in *federalismi.it*, 2023, 26, 18 ss.; nonché, più di recente, V. Buratti, *La riforma della sanità territoriale: luci e ombre dei nuovi modelli organizzativi e assistenziali*, in *CERIDAP*, 2025, 2, 36 ss.

**Abstract**

Il contributo esamina le garanzie costituzionali di effettività del diritto fondamentale alla salute con specifico riferimento alla procreazione medicalmente assistita, indagando il rapporto tra attuazione legislativa dell'art. 32 Cost. e sindacato della Corte costituzionale. Attraverso l'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale, si evidenzia come il limite dell'appropriatezza scientifica e l'autonomia del medico operino quali presidi contro scelte legislative non attuative del dettato costituzionale. Il lavoro affronta poi la tensione tra condizionamento finanziario e incomprimibilità del diritto alle cure, rilevando un progressivo favor verso una più decisa valorizzazione del diritto alla salute e della necessaria incomprimibilità del suo nucleo essenziale. La parte conclusiva è quindi dedicata all'analisi della tensione tra autonomia regionale e uniformità dei LEA, mettendo in guardia dai rischi di frammentazione derivanti dal regionalismo differenziato ed evidenziando la necessità di un ripensamento strutturale del sistema sanitario che integri equità e sostenibilità organizzativa.

This contribution examines the constitutional guarantees for the effectiveness of the fundamental right to health, with specific reference to medically assisted procreation (MAP), investigating the relationship between the legislative implementation of Article 32 of the Constitution and the oversight of the Constitutional Court. Through an analysis of jurisprudential evolution, the study highlights how the standard of scientific appropriateness and medical autonomy serve as safeguards against legislative choices that fail to implement constitutional mandates. The work then addresses the tension between financial constraints and the non-compressible nature of the right to healthcare, noting a progressive shift toward a more decisive emphasis on the right to health and the necessary protection of its essential core. The concluding section is dedicated to analyzing the tension between regional autonomy and the uniformity of the Essential Levels of Care (LEA), warning of the risks of fragmentation arising from differentiated regionalism and emphasizing the need for a structural rethinking of the healthcare system to integrate equity and organizational sustainability.

# La garanzia incompiuta di alcuni interessi costituzionali coinvolti nella PMA

di Maria Pia Iadicicco

SOMMARIO: 1. Premessa: i primi venti anni della legge n. 40 del 2004. – 2. La tutela dei diritti dei nati da PMA vietate in Italia: il caso della PMA eterologa di coppie di donne. – 3. PMA e diritto alla salute riproduttiva: una piena tutela continuamente differita. – 4. La complessa questione dei costi dei trattamenti di PMA: una proposta di lettura costituzionalmente orientata.

## 1. *Premessa: i primi venti anni della legge n. 40 del 2004*

Più di venti anni sono oramai trascorsi dall'entrata in vigore della legge 19 febbraio 2004, n. 40, la quale, come evidenziato dalla Corte costituzionale, rappresenta la «prima legge organica relativa ad un delicato settore»[1], qual è quello della procreazione umana, «che negli anni più recenti ha conosciuto uno sviluppo correlato a quello della ricerca e delle tecniche mediche, e che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa».

È noto il lungo e, per molti versi, tutt'altro che attento dibattito che ha preceduto e accompagnato l'approvazione di questa legge[2]. Altrettanto

[1] Così Corte costituzionale 10 marzo 2005, n. 45, con la quale è stato dichiarata l'inammissibilità del referendum abrogativo avente ad oggetto l'intera l. n. 40/ 2004, in quanto legge costituzionalmente necessaria.

[2] La lunga e tortuosa gestazione della l. n. 40/2004 è stata, per larga parte, attraversata da una esasperata contrapposizione tra diverse e inconciliabili visioni sul valore della vita umana e sul suo inizio, sulle ragioni di ordine etico sottese alla previsione di limiti o divieti ad interventi manipolativi sulla vita nascente nell'ambito di pratiche funzionali alla procreazione. Questa polarizzazione non ha agevolato il compito del legislatore (senz'altro arduo) di pervenire ad una composizione dei conflitti tra diritti e interessi costituzionali sottesi alle nuove forme della procreatica e ha finito, all'opposto, per assecondare la tendenza ad inasprire gli stessi. Particolarmente esacerbato e non privo di pregiudiziali posizioni di sospetto e diffidenza, è apparso l'atteggiamento del legislatore nei confronti della comunità medico-scientifica, pur essa stessa invero attraversata da divisioni. Ne è testimonianza inequivocabile la scarsa e del tutto inadeguata istruttoria sui profili tecnico-scientifici condotta nell'ambito del procedimento che è sfociato

conosciuto è il suo "destino": importanti tratti caratterizzanti della disciplina recata dalla stessa sono stati dichiarati incostituzionali dal Giudice delle leggi, come pure non sono mancate significative decisioni di altri giudici, di merito, di legittimità ed europei su altrettanti rilevanti profili, a riprova di una problematicità permanente e ulteriormente accentuata dall'immobilismo della politica.

Nell'ultimo decennio si sono moltiplicati i tentativi di superare o temperare ulteriori divieti assoluti recati dalla l. n. 40/2004, come quello di sperimentazione sugli embrioni prodotti in vitro, anche quando assolutamente inidonei all'impianto e privi di qualsiasi aspettativa di vita[3]; si sono inoltre incrementati gli sforzi della giurisprudenza volti a scardinare, seppur indirettamente, l'impianto complessivo della legge italiana sulla PMA e, in particolare, ad allargare gli stringenti limiti soggettivi di accesso alle tecniche di riproduzione medicalmente assistita.

Questo contributo prenderà le mosse da una delle più recenti decisioni della Corte costituzionale, la sentenza 22 maggio 2025, n. 68, intervenuta su di un profilo particolarmente spinoso, ovvero quello della tutela dei nati da pratiche procreative a tutt'oggi vietate in Italia. Dopo questo primo passaggio, l'attenzione sarà focalizzata su di un aspetto, solo apparentemente distante da quello precedentemente trattato: le persistenti difficoltà di accesso, da parte di molti cittadini italiani, ai trattamenti di PMA che sono consentiti dalla legge o che lo sono divenuti a seguito delle sentenze di illegittimità costituzionale della Corte costituzionale.

Come già puntualizzato, la PMA coinvolge una pluralità di interessi di rango costituzionale, tra i quali sono certamente da annoverare quelli che fanno capo alla vita nascente, fin dalle primissime fasi della sua formazione, nonché al nato, ma, non di meno, anche il fondamentale

nell'approvazione della l. n. 40/2004. Lo evidenziano in particolare S. Penasa, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015, 183 ss. e F. Angelini, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Napoli, 2020, 74 ss.

[3] Corte costituzionale 13 aprile 2016, n. 84, su cui v. C. Casonato, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2016, 2, 162 ss; ma anche V. Marzocco, In potenza o in atto? *La Corte costituzionale e lo statuto normativo dell'embrione*, ivi, 197 ss.; A. Spadaro, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani*, ivi, 253 ss.; M. D'Amico, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, ivi, 171 ss.

diritto alla salute. Come noto, in tutte le pronunce caducatorie del giudice costituzionale sulla l. n. 40/2004, ad eccezione della Corte cost. n. 68/2025, è stata rilevata la violazione dell'art. 32 Cost. e, precisamente, un'irragionevole compressione del diritto alla salute della donna, non giustificata dall'esigenza di preservare in misura meno gravosa altri interessi di rilievo costituzionale. Sulla base di quel parametro costituzionale sono stati rimossi il limite relativo alla produzione embrionaria e l'obbligo del loro contestuale impianto (Corte costituzionale 8 maggio 2009, n. 151), il divieto per le coppie non sterili ma affette da patologie a trasmissione genetica di ricorrere alla PMA con diagnosi genetica preimpianto (Corte costituzionale 3 luglio 2025, n. 96), il divieto di avvalersi di gameti donati da terzi per rimediare ad una condizione di sterilità assoluta di uno o entrambi i membri della coppia (Corte costituzionale 10 giugno 2014, n. 162)[4]. Sebbene lo stesso giudice costituzionale si sia premurato di precisare che la nozione di salute non può essere estesa fino al punto da soddisfare qualsiasi aspirazione individuale o di coppia alla genitorialità[5] e, dunque, non sia configurabile un diritto assoluto a diventare genitore con qualsiasi tecnica o pratica procreativa a ciò funzionale, continua ad essere fortemente dibattuta la riconduzione delle tecniche di PMA, anche quelle più semplici, all'art. 32 Cost. Per questa via, si tendono a giustificare inerzie e ritardi nell'adempimento da parte della Repubblica del proprio doveroso compito di tutelare il diritto alla salute riproduttiva.

Quanto si intende rimarcare attraverso questa disamina è che lo spostamento dell'attenzione, manifestatosi soprattutto negli anni più recenti, su altri rilevanti e problematici aspetti delle pratiche di riproduzione medicalmente assistita – come l'allargamento dei soggetti legittimati a ricorrervi e il superamento del divieto assoluto di maternità surrogata – ha contribuito a ridimensionare l'interesse e l'impegno alla rimozione degli ostacoli a tutt'oggi esistenti nell'accesso ai trattamenti di PMA da parte di coppie a ciò legittimate. A tal riguardo, si ripercorreranno le ragioni del ritardo dell'inserimento della PMA nei livelli essenziali di assistenza, ma

[4] La prospettiva terapeutica è del resto quella fatta propria dallo stesso legislatore del 2004, che all'art. 1 configura il ricorso alla PMA quale rimedio per la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana e non quale modalità "alternativa" di procreazione rimessa all'autodeterminazione del singolo e/o della coppia.

[5] Corte costituzionale 18 giugno 2019, n. 221, punto 16 Cons. dir.; 22 maggio 2025, n. 69, punto 11 Cons. dir.

anche i persistenti ostacoli alla garanzia dei medesimi sull'intero territorio nazionale.

Infine si avanzerà una proposta di lettura costituzionalmente orientata della spinosa questione del finanziamento dei LEA con riferimento precipuo al costo dei trattamenti di PMA.

## 2. *La tutela dei diritti dei nati da PMA vietate in Italia: il caso della PMA eterologa di coppie di donne*

In ordine ai più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale, merita una particolare attenzione la sentenza n. 68/2025, con la quale la Corte costituzionale ha inciso su di un altro "pezzo" della l. n. 40/2004, quello relativo ai diritti dei nati da PMA. Più precisamente, con l'anzidetta decisione, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 8 nella parte in cui non consentiva al nato in Italia da coppia di donne, che avessero fatto ricorso all'estero alla PMA, l'attribuzione, sin dalla nascita, dello *status* di figlio riconosciuto anche dalla madre non partoriente e dunque solo intenzionale.

Questa sentenza si inserisce in un filone giurisprudenziale particolarmente ricco e riporta a galla una serie di problematiche già note, concernenti la condizione dei nati da procreazioni vietate dalla legge italiana e, in particolare, le forme di costruzione del legame giuridico tra nato e genitore intenzionale, con ciò intendendosi il genitore solo sociale che non abbia alcun legame biologico con il nato, ma abbia soltanto espresso il consenso ad avviare un progetto riproduttivo medicalmente assistito.

La condizione deteriore rispetto agli altri minori dei nati da progetti procreativi vietati in Italia, ma comunque realizzati all'estero nel rispetto della *lex loci*, è stata sovente ricondotta agli angusti limiti soggettivi di accesso alle pratiche procreative medicalmente assistite, fissati nella l. n. 40/2004, a garanzia – si è ricorrentemente detto[6]– di una conformazione giuridica della procreazione "artificiale" ad imitazione di quella "naturale". L'art. 5 della citata legge, vietando il ricorso alle tecniche di PMA alle coppie dello stesso sesso[7], non soltanto frustrerebbe il desiderio di genito-

[6] Corte cost. n. 221/2019, punto 13.1. Cons. dir.; n. 69/2025, punto 9.1. Cons. dir.

[7] Ma anche alla donna *single* o non più in età potenzialmente fertile, alla vedova e alle

rialità di queste coppie, ma impedisce, anche laddove la tecnica procreativa sia lecitamente praticata all'estero, il riconoscimento fin dalla nascita del legame di filiazione del nato con il genitore d'intenzione, il quale peraltro non solo ha prestato il consenso informato all'applicazione di quelle tecniche, ma si è anche preso cura del bambino o della bambina intessendo con loro una relazione affettiva[8].

Molte sono state, nel corso degli anni trascorsi dall'approvazione della l. n. 40/2004, le istanze volte a rimuovere i limiti soggettivi di accesso alla PMA facendo leva sulla rivendicazione di un diritto a diventare genitore anche attraverso quelle tecniche; ma nessuna pronuncia, neppure quella appena richiamata , ha inciso sulle condizioni soggettive recate dalla l. n. 40/2004, ritenute frutto di un non irragionevole bilanciamento operato dal legislatore, coerentemente con le «idee base» ovvero le direttrici di fondo di quella restrittiva normativa.

Il pervicace e mai arrestato tentativo di scardinamento complessivo della l. n. 40/2004 per via giurisprudenziale ha registrato nel corso del tempo variazioni significative: specie dopo la sentenza n. 96/2015, un intenso "fuoco di fila" ha preso di mira altri divieti recati dalla legge in parola, in particolare, quelli derivanti dalle restrittive condizioni soggettive di accesso previste nell'art. 5, nonché quello relativo alla sperimentazione sugli embrioni, di cui all'art. 13. Mentre su quest'ultimo fronte, dopo la sentenza di inammissibilità della Corte costituzionale 13 aprile 2016, n. 84, si è registrata una brusca battuta d'arresto, pure la serie di spari che intendeva abbattere i divieti di accesso alle tecniche di PMA – così impedendo di realizzare un desiderio genitoriale di una coppia omoaffettiva o di una donna *single* – non hanno colto il segno. Paradossalmente, lungi dall'abbattere il nemico, quel fuoco di fila ha rischiato di bloccare il fronte di guerra, ovvero, fuori di metafora militare, di lasciare intatte le condizioni

coppie formate da minori d'età. Sul divieto di accesso per la donna *single*, si v. la recente Corte cost. n. 69/2025, cit.

[8] Se ciò è certamente vero, non aiuta, ma anzi può finire per ostacolare la corretta messa a fuoco degli interessi costituzionali coinvolti, uno schiacciamento, fino alla sovrapposizione, delle problematiche relative ai nati da pratiche vietate con quelle della omogenitorialità. Per confutare agevolmente una tale assimilazione delle questioni, che pur restano connesse, basti considerare che insufficienti garanzie dei diritti dei minori si rinvengono anche per quelli nati dal progetto genitoriale di una coppia eterosessuale realizzato all'estero avvalendosi di un'altra pratica vietata (e penalmente sanzionata), qual è la surrogazione di maternità.

soggettive previste dalla legge italiana per l'accesso alla PMA, almeno fino a quando il legislatore non si fosse attivato per modificarle[9].

Ciò non è avvenuto, nondimeno altro è cambiato: soprattutto a seguito della sentenza della Corte costituzionale 4 novembre 2020, n. 230[10] è stata messa in primo piano, in quanto solo indirettamente toccata dalla pregressa giurisprudenza[11], la peggiore condizione, rispetto agli altri minori, dei nati da pratiche vietate in Italia e, da qui, l'esigenza di dare riconoscimento giuridico al legame affettivo e sociale già instaurato tra il minore e il genitore intenzionale.

Il surriferito cambio di prospettiva[12] è emerso chiaramente nelle questioni di legittimità costituzionale decise rispettivamente con le sentenze della Corte costituzionale 9 marzo 2021, nn. 32 e 33. Benché siano entrambe pronunce di inammissibilità, con esse la Corte è riuscita a delineare con maggiore precisione gli interessi coinvolti e il loro peso (*rectius* rango), procedendo così a meglio delineare il perimetro del bilanciamento, come pure i propri margini di manovra ovvero quelli che debbono essere rimessi al legislatore rappresentativo.

Abbandonando la malferma ed, invero, mal posta prospettiva del diritto alla genitorialità, il giudice costituzionale in quelle decisioni, si è concentrato sui diritti dei nati all'interno di coppie omosessuali che abbiano realizzato all'estero il proprio progetto genitoriale. Grazie alle

---

[9] Sull'apertura a soluzioni di segno diverso, ma sul necessario intervento del legislatore per l'allargamento dei restrittivi, eppur non irragionevoli, limiti soggettivi di cui all'art. 5 della l. n. 40/2004, v., con riferimento precipuo alla coppia di donne, Corte cost. n. 221/2019, punto 13.1. Cons. dir., e successivamente Corte cost. n. 230/2020, punto 9.1. Cons. dir.

[10] Con Corte cost. n. 230/2020, è stata dichiarata l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, co. 20, della legge 20 maggio 2016, n. 76 nella parte in cui, nel combinato disposto con l'art. 29, co. 2, d.P.R. 3 novembre del 2000, n. 396, preclude a una coppia di donne la possibilità di essere indicate, entrambe, quali genitori nell'atto di nascita quantunque siano unite civilmente e […] abbiano fatto ricorso (all'estero) alla PMA.Sui successivi orientamenti restrittivi assunti anche dalla giurisprudenza di legittimità rispetto alle istanze di riconoscimento dei genitori intenzionali, v. Cass civ., sez. I, 22 aprile 2020, n. 8029 e n. 7668.

[11] L'inadeguata tutela apprestata ai diritti dei minori nati da pratiche procreative vietate in Italia era emersa nelle pieghe di Corte costituzionale 18 dicembre 2017, n. 272, 5 giugno 2019, n. 237.

[12] Su cui v. almeno G. Ferrando, *Diritti dei bambini e genitori dello stesso sesso. Il cambio di passo della Consulta,* in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, 4.

prospettazioni operate dai giudici remittenti[13], è emerso un incontrovertibile *vulnus* di tutela degli interessi dei minori nati da pratiche procreative profondamente diverse, ma comunque vietate in Italia. Per quanto concerne i casi di fecondazione eterologa praticata all'estero da coppie di donne, si è accertato il grave vuoto di tutela dei minori così nati, ma anche in ragione dei limiti propri della disciplina della c.d. adozione in casi particolari, la quale, per come all'epoca regolata, offriva una tutela parziale e insufficiente al minore adottato, non conferendo allo stesso lo stato di figlio legittimo dell'adottante e non assicurando la creazione di un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante[14]. La Corte costituzionale, ritenendo di non poter provvedere a colmare quel vuoto di tutela, ha rivolto un severo monito al legislatore a intervenire urgentemente, ritenendo non più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa tanto è «grave il vuoto di tutela» dei diritti dei minori, che deve essere colmato[15].

A fronte dell'immobilismo del decisore politico, qualche anno dopo il Tribunale di Lucca ha nuovamente adito il giudice costituzionale, sottoponendo al suo vaglio quel complesso di disposizioni ostative alla costituzione formale dello *status filiationis* per i nati in Italia da PMA praticata all'estero da coppie di donne[16].

---

[13] Così P. Veronesi, *Ancora sull'incerto mestiere del nascere e del diventare genitori: i casi di cui alle sentenze nn. 32 e 33 della Corte costituzionale*, in *BioLaw Journal*, 2021, 3, 486.

[14] Corte costituzionale n. 32/2021, punto 2.4.1.3. Cons. dir.

[15] Un monito, sebbene meno severo, è stato rivolto al legislatore pure in Corte costituzionale n. 33/2021, evidenziando l'insufficiente tutela apprestata *de iure condito* anche ai nati attraverso la diversa pratica della maternità surrogata per soddisfare il progetto genitoriale di una coppia omosessuale maschile (ma nulla sarebbe mutato se si fosse trattato di una coppia eterosessuale); in quella decisione non soltanto è stato utilizzato un tono meno grave, ma sono stati riconosciuti più larghi margini di manovra al legislatore per far fronte all'inadeguata tutela dei nati all'estero attraverso quella pratica procreativa. Come evidenziato da A. D'Aloia, *Essere genitori. Tra limiti legislativi e interessi (fondamentali) del minore*, in *BioLaw Journal*, 2021, 3, 76; P. Veronesi, op. loc. ult. cit., non si è trattato di mere sfumature linguistiche e neppure di una preferenza preconcetta per la maternità di coppia lesbica rispetto alla paternità di coppia gay, ma di una necessaria (e non solo opportuna) considerazione di altri interessi di rango costituzionale che vengono in rilievo nella specifica modalità procreativa della surrogazione di maternità.

[16] Il Tribunale di Lucca ha rilevato tanto l'esistenza di una univoca giurisprudenza di legittimità ostativa alla formazione in Italia di un atto di nascita recante l'indicazione delle due donne che abbiano fatto ricorso all'estero alla PMA eterologa (Corte di Cassazione, sez. I, n. 4448/2024; n. 511/2024; n. 23527/2023; n. 22179/2022; n.

Due sono i "concetti guida" che la Corte ha espressamente richiamato nella sent. n. 68/2025 e ha ritenuto decisivi per l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale: anzitutto, la responsabilità scaturente dal consenso previamente espresso da entrambe le donne all'applicazione della tecnica di PMA e l'esigenza di assicurare il miglior interesse del minore, quest'ultimo ravvisato concretamente nell'acquisizione sin dalla nascita dello *status* di figlio anche della madre intenzionale.

Il consenso alle tecniche di PMA è ritenuto titolo idoneo a fondare lo *status filiationis* perché da esso deriva una piena responsabilità genitoriale; è cioè presupposto per far valere i diritti del minore nei confronti di chi lo ha espresso. In ciò si ritrova una conferma della assoluta centralità della responsabilità procreativa, che, pur scaturendo da un atto di volontà (e non dal fatto naturalistico del contributo biologico alla procreazione), costituisce «l'essenza della relazione genitori-figli»[17]. Tale responsabilità, lungi dallo spalancare le porte a qualsiasi declinazione meramente volontaristica e intenzionale della genitorialità, mira a garantire i diritti del minore a fronte anche di possibili ripensamenti da parte del genitore d'intenzione e ciò a prescindere dalla liceità o meno della pratica procreativa, come ebbe a puntualizzare il giudice costituzionale nella sua prima decisione sulla PMA eterologa, anteriore all'approvazione della legge del 2004 (Corte costituzionale 27 gennaio 1998, n. 347).

---

10844/2022; n. 7413/2022; n. 6383/2022; n. 23321/2021; e nn. 8029 e 7668/2020), quanto la diversa condizione del nato da medesima tecnica, ma nel territorio dello Stato estero in cui essa è legittimamente praticabile anche da coppia omosessuale femminile. In quest'ultima circostanza, infatti, a partire da Corte di Cassazione 30 settembre 2016, n. 19599 si è ammessa la trascrizione in Italia degli atti di nascita formati all'estero e recanti l'indicazione di due madri, ritenendo ciò non in contrasto con l'ordine pubblico internazionale e rispondente al miglior interesse del minore alla continuità dello *status*. Non di meno, sia il giudice a quo sia la Consulta hanno evidenziato l'eterogeneo comportamento tenuto dagli ufficiali di stato civile, alcuni dei quali hanno provveduto a formare in Italia atti di nascita recanti l'indicazione anche della madre intenzionale, e dai Pubblici ministeri in ordine alla decisione di richiedere la rettificazione di tali atti di nascita (istanza peraltro non soggetta a limiti temporali).

[17] Punto 6 Cons. dir. Sulla centralità del principio di responsabilità in ogni vicenda procreativa v. almeno E. Lecaldano *Bioetica. Le scelte morali,* Roma-Bari, 2009, 166 ss.; G. Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione,* Padova, 1999.

Anche il secondo concetto guida rilevante, costituito dal miglior interesse del minore, è funzionale ad assicurare che sia affermata pure in capo alla madre intenzionale «la titolarità giuridica di quel fascio di doveri … che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali. Doveri ai quali non è pensabile che chi ha prestato il solo consenso, e non il contributo biologico alla procreazione, possa liberamente sottrarsi»[18]. Viene quindi nuovamente rimarcata la responsabilità procreativa anche della madre non biologica, la quale non può essere elusa da un comportamento omissivo della stessa, come la mancata richiesta di adozione o la revoca di tale volontà prima del perfezionamento del procedimento, considerato peraltro che ella quella responsabilità si era liberamente e consapevolmente assunta mediante il consenso previamente espresso all'utilizzo della tecnica di PMA.

Ma è in un ulteriore passaggio del ragionamento della Corte che si trova una decisiva precisazione, nonchè un sicuro argine a possibili scivolamenti degli esiti della decisione sui nati da altre pratiche procreative vietate, come la maternità surrogata: la rilevazione della mancanza di interessi antagonisti di pari rango al miglior interesse del minore. Ribadito che quest'ultimo nella vicenda in esame si sostanzia nel riconoscimento automatico, sin dal momento della nascita[19], dello *status* di figlio anche della madre intenzionale, il giudice costituzionale, riprendendo quanto già sostenuto in precedenti pronunce e cioè che

[18] Punto 8.1. Cons. dir.

[19] Anche nel giudizio deciso con la sentenza Corte cost. n. 68/2025, l'inadeguata tutela giuridica apprestata ai minori nati in Italia da pratiche procreative vietate in Italia ma realizzate all'estero è stata riscontrata seguendo un percorso non del tutto inedito, e cioè considerando la portata dell'altro strumento che, per consolidata giurisprudenza, può essere utilizzato per la costituzione dello *status filiationis:* l'adozione in casi particolari. A tal riguardo, la Corte costituzionale, pur riconoscendo che a seguito di una sua recente decisione (28 marzo 2022, n. 79) e di pronunciamenti della giurisprudenza di legittimità, sia stato attenuato il deficit di tutela già in passato riscontrato, ha ritenuto che comunque l'adozione c.d. non legittimante resti uno strumento inadeguato a garantire la piena tutela dei nati. E ciò non solo per alcune criticità dell'istituto non pienamente superate, come l'essere rimesso alla sola iniziativa dell'adottante, ma per «una vera e propria inidoneità strutturale» dello stesso: l'adozione in casi particolari, pur prevedendo un iter procedimentale più snello e celere rispetto a quello della adozione c.d. piena, è ugualmente sottoposta ai tempi, ai costi e all'alea propria di ogni procedimento.

nessun interesse è tiranno[20] e come tale destinato a prevalere sempre, ha proceduto a valutare la sussistenza di ragioni che ne giustifichino il divieto, onde escludere la connotazione discriminatoria delle norme censurate. Ed è proprio dal tracciato della topografia del conflitto[21], prima che dal controllo sulla "pesatura" degli interessi in gioco[22], che è emersa la non configurabilità di interessi antagonisti di egual rango a quello del minore.

Più precisamente, quanto viene rimarcato è non già che, nei casi di PMA eterologa praticata all'estero da coppie di donne, non vi siano interessi antagonisti, ma che essi non sono di rango costituzionale. Infatti, nella sentenza n. 68/2025 si torna a ribadire quanto già sostenuto in precedenti pronunce, e cioè che il carattere omosessuale della coppia che ha realizzato il progetto genitoriale non può costituire impedimento al riconoscimento dello *status filiationis* del nato, in quanto l'orientamento sessuale non «incide di per sé sull'idoneità all'assunzione di responsabilità genitoriale». Né, come affermato anche dalla giurisprudenza di legittimità, sono ravvisabili certezze scientifiche o dati di esperienza capaci di corroborare l'inidoneità in generale e in astratto di una coppia solo perché omosessuale ad assolvere i compiti genitoriali e a garantire lo sviluppo della personalità del minore.

A ben vedere, nelle pratiche procreative medicalmente assistite un

[20] V., con riferimento precipuo all'interesse del minore al riconoscimento di un legame giuridico con il genitore d'intenzione, Corte cost. n. 33/2021, cit., punto 5.5. Cons. dir.; «La frequente sottolineatura della "preminenza" di tale interesse ne segnala bensì l'importanza, e lo speciale "peso" in qualsiasi bilanciamento; ma anche rispetto all'interesse del minore non può non rammentarsi che «[t]utti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri […]. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona» (Corte costituzionale 9 maggio 2013, n. 85)».

Sul necessario contemperamento dell'interesse del minore con altri interessi di rango costituzionale, v. anche Corte costituzionale, 29 maggio 2020, n 102, 18 dicembre 2017, n. 272, 24 gennaio 2017, n. 17.

[21] Su cui R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale,* Milano, 1992, 62 ss.

[22] Sulla metafora della "bilancia" e della "pesatura", sia consentito rinviare a M.P. Iadicicco, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020, 69 ss. e alla dottrina ivi richiamata.

interesse antagonista al diritto del minore a vedersi riconosciuto, sin dal momento della nascita, lo stato di figlio anche del genitore intenzionale, risiede nella scelta chiara, e ritenuta non irragionevole, del legislatore italiano di consentire l'accesso alle tecniche lecitamente praticabili nel territorio nazionale solo alle coppie eterosessuali, le uniche per le quali si applicano le regole e i divieti di cui agli artt. 8 e 9 della l. n. 40/2004. Cionondimeno, come già evidenziato nella pregressa giurisprudenza costituzionale, la genitorialità da PMA di coppia di donne «non evoca scenari in contrasto con principi e valori costituzionali»[23] e ciò non tanto per una astratta e neutra idoneità genitoriale delle coppie omosessuali, ma perché, in quella specifica vicenda procreativa, non sono coinvolti interessi di rango costituzionale che impediscono la costituzione immediata del legame di filiazione tra nato e madre intenzionale.

Anche a tal riguardo, la Corte si premura di precisare che tale scenario è radicalmente diverso da quello in cui si colloca la distinta pratica, vietata anche a coppie eterosessuali, della maternità surrogata, diversamente sanzionata rispetto all'applicazione delle tecniche di PMA eterologa a coppie dello stesso sesso e ritenuta meritevole di sanzione penale, in quanto posta a presidio di interessi di rango costituzionale, ravvisati nella dignità della donna gestante[24].

A ben vedere, però, le molte puntualizzazioni e le delimitazioni trac-

[23] Corte cost. n. 32/2021, punto 2.4.1.3 Cons. dir.

[24] Corte cost. n. 272/2017; n. 33/2021 e n. 79/2022. Nei casi di maternità surrogata, che evidentemente riguardano solo minori nati all'estero, ciò che osta al riconoscimento automatico dello stato di figlio anche del genitore non biologico e che giustifica l'applicazione della clausola dell'ordine pubblico internazionale è non già l'orientamento sessuale dei membri della coppia o soltanto la loro condotta illecita, ma la ricorrenza di controinteressi di rango costituzionale, sicché l'interesse del minore deve confrontarsi con la legittima finalità di disincentivare il ricorso all'estero alla maternità surrogata. Sull'identificazione e sulla portata degli interessi di pregio costituzionale coinvolti in questa diversa pratica procreativa il dibattito è, come noto, particolarmente acceso e si registrano profonde divisioni, oltremodo accentuate dal più recente, frettoloso e mal posto, in molti casi, dibattito, sul c.d. reato universale di maternità surrogata, previsto nella legge 4 novembre 2024, n. 169, su cui v. almeno A. Vallini, *La rana che voleva farsi bue e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale,* in *GenIUS*, 2023, 2, 159 ss. e gli altri contributi pubblicati nel medesimo focus della rivista.

ciate nella sentenza n. 68/2025[25] denotano una piena consapevolezza da parte del giudice costituzionale di possibili deragliamenti scaturenti dalla decisione in parola, oltreché dei propri limiti, in vista della preservazione degli equilibri istituzionali. Se il rischio di "straripamento" della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 8 della l. n. 40/2004 è scongiurato dalla necessità di tener conto, in altre pratiche procreative consentite all'estero ma vietate in Italia, di ulteriori interessi costituzionali confliggenti, nondimeno resta la contraddizione di fondo della perdurante vigenza delle disposizioni della l. n. 40/2004 che prevedono restrittive condizioni soggettive e oggettive di accesso alla PMA e regolano lo stato giuridico del nato.

La resistenza che in questi anni ha manifestato il divieto per le coppie di donne di ricorrere in Italia alla PMA eterologa è la conseguenza però dei diversi "fronti di attacco" intrapresi: quando si è trattato dell'aspirazione alla genitorialità di quelle donne, la Corte ha ritenuto non eccedente il margine di discrezionalità spettante al legislatore la scelta di riservare la PMA solo alla risoluzione di patologie riproduttive all'interno di coppie eterosessuali. Quando, invece, a venire in rilievo è stata la condizione giuridica deteriore dei nati in Italia da quella tecnica, il giudice costituzionale, pur rilevando quel *vulnus* di tutela, ha ritenuto, in un primo momento, di non poter intervenire e ciò non solo per cedere il passo alla prioritaria valutazione del legislatore, ma perché da un suo intervento additivo, nel senso indicato dal giudice rimettente, sarebbero scaturite delle disarmonie complessive nel sistema di tutela dei nati dalla medesima pratica procreativa[26]. Nel giudizio poi definito con la sentenza n. 68/2025, non solo il

[25] E in altre recenti pronunce del giudice costituzionale sull'aspirazione alla genitorialità, (Corte costituzionale 24 luglio 2023, n. 161; 21 marzo 2025, n. 33 e 22 maggio 2025, n. 69) su cui E. Malfatti, *«Autodeterminazione orientata alla genitorialità» e rispetto della discrezionalità legislativa*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.

[26] Nella questione di legittimità costituzionale, sollevata dal Tribunale di Padova e dichiarata inammissibile con la sent. n. 32/2021 (per il rispetto dovuto alla prioritaria valutazione del legislatore circa la congruità dei mezzi adatti a raggiungere un fine costituzionalmente necessario), si chiedeva alla Corte un intervento sulle disposizioni censurate laddove esse impedivano l'attribuzione dello *status* di figlio anche della madre intenzionale al nato da PMA eterologa, ma solo ove non vi fossero le condizioni per procedere all'adozione nei casi particolari (come il mancato assenso del genitore biologico) e fosse stato accertato giudizialmente l'interesse del minore. Pur riscontrando il vuoto di tutela dei diritti del minore, la Corte ha ritenuto di non poter intervenire «in quel momento», in quanto l'intervento puntuale richiesto dal giudice rimettente, che

Tribunale di Lucca aveva formulato un diverso *petitum*[27], ma si è preso atto di una perdurante inerzia del legislatore nel raggiungimento di un fine già definito come costituzionalmente necessario, come pure dell'inadeguata tutela riservata ad alcuni nati da medesima tecnica anche a causa di divergenti orientamenti giurisprudenziali e amministrativi. A fronte di questo *vulnus* la Corte ha ritenuto di dover reagire per garantire «il livello di protezione che la Costituzione esige sia assicurato»[28], onde evitare dunque che interessi di rango costituzionale regredissero ad aspettative condizionate da futura attivazione del legislatore.

È innegabile che anche quest'ultima decisione abbia riproposto le tante e tutt'altro che trascurabili problematiche insorte attorno alla possibilità e capacità per il giudice costituzionale di rimediare efficacemente a inerzie del decisore politico, produttive di omissioni incostituzionali[29], tuttavia non solo, come si è già evidenziato, la pronuncia non può dirsi del tutto disattesa, ma è particolarmente chiaro l'atteggiamento consapevolmente silente del legislatore sul fronte della tutela dei diritti dei nati[30].

---

mirava a risolvere il problema specificamente sottoposto alla sua attenzione, avrebbe rischiato di generare una grave disarmonia nel sistema con il ritorno ad una pluralità di *status* in dispregio del principio di unicità dello stato giuridico di figlio (*ex* l. n. 219/2012 e d.lgs n. 154/2013): sarebbe stato ammesso per il nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, il riconoscimento dello *status* di figlio in caso di crisi della coppia e rifiuto dell'assenso all'adozione in casi particolari, laddove, invece, lo *status*, meno pieno e garantito, di figlio adottivo, continuava ad essere riconosciuto nel caso di accordo e quindi di assenso della madre biologica alla adozione.

[27] V. punto 2.2. Cons. dir., dove il giudice costituzionale, nel respinge l'eccezione di inammissibilità formulata dalla Avvocatura generale dello Stato, nel senso del doveroso rispetto della discrezionalità legislativa come precedentemente dichiarato nella sent. n. 32/2021, evidenzia i differenti *petita* dei rimettenti e il rischio di disarmonie sistematiche che si sarebbe determinando a seguito di un suo intervento puntuale additivo nella questione sollevata dal Tribunale di Padova.

[28] Corte cost. n. 68/2025, punto 14. Cons. dir.

[29] Su cui, si veda almeno A. Giubilei, *Discrezionalità legislativa e garanzia della Costituzione. Omissioni e inerzia del legislatore dinanzi alla Corte costituzionale*, Napoli, 2023; G. Vasino, *Sindacato di costituzionalità e discrezionalità del legislatore. Tutela sostanziale dei diritti e tecniche decisorie*, Torino, 2024.

[30] Al momento della pronuncia risultavano depositati in Parlamento alcuni progetti di legge concernenti lo *status* dei figli all'interno di coppie omoaffettive, alcuni dei quali recanti anche più ampi interventi relativi alla condizione di queste coppie e quindi non solo degli aspetti connessi alla filiazione: AS 121, AS 130, AS 215, AC 587, AS 773, AC 958, AC 1050, AS 1050. Nessuno di questi progetti di legge era però giunto all'esame delle

Specie, ma non solo, nelle ipotesi di PMA eterologa praticata all'estero da coppia lesbica, è stata più volte rimarcata la necessità di disciplinare con adeguati strumenti e procedimenti la costruzione del rapporto di filiazione tra nato e genitore d'intenzione, essendo la tutela di questo interesse del minore «un fine costituzionalmente necessario»[31]; eppure nessuna delle diverse maggioranze politiche che si sono susseguite nel corso degli ultimi vent'anni ha manifestato reale interesse o capacità di prendere sul serio la fallimentare esperienza applicativa della l. n. 40/2004 e le tensioni sistematiche prodotte dal susseguirsi di interventi demolitori, moniti non ascoltati e non rari e arditi percorsi ermeneutici intrapresi dalla giurisprudenza.

## 3. *PMA e diritto alla salute riproduttiva: una piena tutela continuamente differita*

Accanto ai molti moniti inascoltati sul fronte della tutela dei diritti dei nati da tecniche o pratiche procreative vietate in Italia ma legittimamente realizzate all'estero, vi è un contiguo ambito nel quale continuano a manifestarsi inerzie e reticenze nel concreto ed effettivo soddisfacimento di uno degli interessi costituzionali coinvolti nelle pratiche di PMA: il diritto costituzionale alla salute. Come già precisato nella premessa di questo contributo, l'art. 32 Cost. è il parametro costituzionale sulla base del quale sono state pronunciate le più incisive sentenze di incostituzionalità che hanno investito la l. n. 40/2004.

La funzionalizzazione delle tecniche di PMA alla soluzione di problemi di salute di coppie affette da patologie riproduttive è un'operazione impegnativa, in quanto gravida di importanti conseguenze sul piano dei doveri delle istituzioni pubbliche[32]. Su di esse, infatti, incombe la responsa-

Camere, anzi neppure era iniziato l'esame nelle Commissioni alle quali risultano assegnati. Lo stato di avanzamento dei lavori parlamentari su questi progetti lasciava presagire che, ove anche la Corte costituzionale avesse voluto replicare la modalità procedimentale inaugurata dalla ordinanza n. 207 del 16 novembre 2018 della Corte costituzionale dando al legislatore un termine entro in quale decidere su complesse tematiche, salvo intervenire con una sentenza caducatoria in seconda battuta – difficilmente avrebbe potuto valorizzare l'esistenza di progetti di legge già in avanzato stadio di esame parlamentare, come precedentemente aveva (seppur infruttuosamente) fatto.

[31] Corte cost. n. 32/2021, punto 2.4.1.4 Cons. dir.

[32] La responsabilità della Repubblica nella garanzia del diritto alla salute è evidenziata in tutti i contributi sul tema della dottrina giuspubblicistica, ma con particolare efficacia da A. Pioggia, *Diritto sanitario e dei servizi sociali,* Torino, 2024, 6 ma *passim.*

bilità di perseguire non solo il fine costituzionalmente necessario di tutelare la vita nascente, a fronte di possibili manipolazioni e soppressione, e di garantire i diritti dei nati da tali tecniche, ma anche di assicurare ai soggetti che chiedono l'assistenza medica alla procreazione le condizioni necessarie per soddisfare non già un mero desiderio, né tantomeno un capriccio, ma un vero e proprio diritto costituzionale, quello alla salute. L'aggancio all'art. 32 Cost. si è rivelato però particolarmente dibattuto e problematico, e ciò non solo per le note difficoltà di tracciare precisamente i confini concettuali del diritto costituzionale alla salute e di tener conto di altri interessi con esso confliggenti, quanto anche con riferimento alla dimensione sociale e propriamente prestazionale del relativo diritto. Si tratta di una questione teoricamente e praticamente spinosissima, in quanto coinvolge, ancora più monte, la concezione dei diritti sociali a prestazione e il loro carattere condizionato.

Invero, non sono mai mancate e persistono a tutt'oggi, nonostante gli univoci orientamenti della giurisprudenza costituzionale, posizioni oltranziste che revocano in dubbio la riconduzione di alcune pratiche procreative entro l'ambito di protezione assicurato dall'art. 32 Cost. Molto ricorrente è l'affermazione per la quale anche le più sofisticate tecniche di PMA non consentono di curare, nel senso di reintegrare, la capacità riproduttiva di una coppia, ma solo di rimediare ad esse; a ben vedere siffatte osservazioni si rivelano prive di fondamento, se solo si considera la portata assunta, anche al di fuori dell'ambito propriamente riproduttivo, dalle nozioni di patologia, cura e trattamento terapeutico[33], il che non toglie comunque l'importanza di definire confini e limiti funzionali ad evitare scivolamenti verso concezioni edonistiche di salute (specie e a maggior ragione quando le scelte al riguardo assunte dal singolo coinvolgano anche terzi). Un versante ancor più ampio di critiche proviene da quanti, pur non negando che anche alcune scelte in ambito riproduttivo possano essere giustificate da esigenze terapeutiche, *lato sensu* intese, finiscono però per concepire queste prestazioni sanitarie e il loro ricorrente ricorso come un "lusso", non compatibile con la limitatezza delle risorse economiche

[33] Le forme di tutela del diritto costituzionale alla salute non vanno ristrette solo alle misure curative in senso stretto, a quelle in grado cioè di ripristinare funzioni organiche compromesse, in quanto, se così fosse, si finirebbe per escludere dal novero dei trattamenti sanitari anche la dialisi, la somministrazione di insulina al diabetico e molti altri interventi medico-farmacologici i quali, pur non eliminando la causa della patologia, rimediano ai disagi che ne discendono.

devolute alla sanità. La destinazione di risorse anche per quelle prestazioni si rivelerebbe pertanto troppo controversa, specie se messa a confronto con la necessità di finanziare altre prestazioni meno problematiche dal punto di vista etico. Simili rilievi critici finiscono per assumere toni particolarmente forti nel momento in cui si innestano nel più ampio dibattito relativo ai diritti sociali, all'interno del quale resistono tesi sulla persistente "minorità" dei medesimi[34] e in ispecie dei diritti sociali a prestazione, i quali richiedono una mobilitazione di risorse ben maggiore di quella dei "classici" diritti di libertà. Ma gli stessi rilievi possono assumere pure declinazioni meno severe, e comunque particolarmente efficaci che finiscono per confinare nel limbo dell'ineffettività il diritto di accesso ad alcune prestazioni sanitarie a causa di inerzie, omissioni o conflitti sull'apprestamento delle condizioni materiali a ciò funzionali. Più precisamente, quando la nota e risalente discussione sulla qualificazione del diritto alla salute come «diritto finanziariamente condizionato»[35] incrocia l'altrettanto nota e spinosa questione dell'accesso a prestazioni medico-sanitarie eticamente controverse, i rischi di ineffettività si fanno ancora più elevati.

Ed è proprio questo quanto si è concretamente verificato dopo il lungo percorso giurisprudenziale che ha consentito la praticabilità della PMA con donazione di gameti e la diagnosi genetica preimpianto. La sent. n. 162/2014, annullando l'irragionevole divieto assoluto di donazione di gameti a fini procreativi, lungi dal "chiudere la partita", ha rimandato ad un preciso e doveroso compito cui sono chiamati i poteri pubblici [36]: rendere effettivo l'accesso alla fecondazione di tipo eterologo quando la richiesta provenga da soggetti infertili, ovvero «affetti da patologie produttive di una disabilità». Altrettanto complesso si è rivelato, anche dopo la sent. n. 96/2015, il percorso per l'accesso alla diagnosi preimpianto, vuoi per la carenza di interventi normativi volti, in particolare, a specificare le gravi patologie a trasmissione genetica che ne giustificano la praticabilità, vuoi per la mancata assunzione di misure

[34] Cfr. almeno G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017, 165 ss.

[35] L'espressione diritti finanziariamente condizionati è di F. Merusi, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, 30.

[36] Cfr. Tribunale di Trento, sez. Lavoro, ordinanza 16 febbraio 2017, ove si precisa che «la tutela giuridica in favore delle coppie assolutamente infertili assume connotati non solo oppositivi (con conseguente incostituzionalità di norme e illegittimità di provvedimenti amministrativi che vietassero il ricorso alle tecniche di PMA – come statuito da Corte cost. n. 162/2014 in ordine all'art. 4 co. 3 l. n. 40/2004), ma anche pretensivi, attenendo al "nucleo irriducibile del diritto alla salute" inteso quale diritto sociale ad una prestazione essenziale da parte del Servizio Sanitario Nazionale».

organizzative[37] e di acquisizione di dotazioni tecnologiche. In un caso come nell'altro, comunque, l'ineffettività dell'accesso a quelle tecniche, e di qui lo svuotamento del diritto alla salute e la sostanziale vanificazione degli obblighi pubblici di tutela, si è realizzato attraverso il consolidamento di una chiave di lettura, tutt'altro che condivisibile, che declina il diritto di accesso alle prestazioni sanitarie come diritto finanziariamente condizionato. Non potendo qui riprendere i rilievi critici mossi a quella concezione[38], ci si limita ad osservare che sul problematico scenario dischiuso dalle decisioni della Consulta hanno inciso sia il mancato inserimento, fino al 2017, della PMA omologa ed eterologa nei livelli essenziali di assistenza, sia il lungo ritardo nell'aggiornamento degli stessi, sul quale non poco hanno pesato le difficoltà di copertura dei costi di queste prestazioni a fronte di risorse finanziarie sempre più limitate e di stringenti limiti di bilancio.

Nonostante la lunga attesa, in tempi più recenti ci sono state rilevanti novità: anzitutto, nel 2017 è stato approvato il d.P.C.M. 12 gennaio 2017 recante i nuovi LEA e che include, tra le prestazioni di specialistica ambulatoriale, la PMA omologa e con donazione di gameti. Non sono mancate poi significative pronunce con cui la Corte costituzionale ha oltremodo sottolineato la doverosità dell'erogazione e del finanziamento delle prestazioni ivi elencate[39]. Cionondimeno i rischi di ineffettività e persistente iniquità nell'accesso alle tecniche di PMA è ancora alto, tanto per la carenza in alcune parti del territorio di strutture pubbliche o private convenzionate autorizzate a praticare le tecniche di II e III livello, a costi contenuti e con tariffe predeterminate; quanto per il noto e diffuso problema delle liste d'attesa. Alla carenza di requisiti strutturali, organizzativi e tecnologici per praticare alcune tecniche[40], si aggiunge, poi per la PMA eterologa, il problema dell'approvvigionamento dei gameti da donatori anonimi.

Con riguardo alla diagnosi genetica preimpianto, va peraltro precisato

[37] Che tra l'altro il giudice costituzionale nella Corte cost. n. 96/2015, cit. aveva ritenuto di dover affidare a strutture pubbliche specializzate.

[38] Sia consentito rinviare a quanto più ampiamente trattato in M.P. Iadicicco, op. cit., 120 ss., e soprattutto alla letteratura ivi richiamata.

[39] In part. v. Corte costituzionale 10 aprile 2020, n. 62; Corte costituzionale 25 giugno 2021, n. 132; Corte costituzionale 16 febbraio 2024, n. 17.

[40] V. quanto riportato nell'ultima Relazione del Ministro della salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita, che è stata trasmessa alle Camere il 19 febbraio 2025 ma riporta i dati 2022 relativi alle attività dei centri di PMA.

che siffatta metodica non è stata inserita nell'elenco dei LEA ed è questo un problema[41] che si somma a quello della mancata elencazione delle gravi patologie a trasmissione genetica, che ne legittimano il ricorso, e a quello della mancata definizione di procedure e controlli per le strutture pubbliche specializzate, autorizzate a svolgere quegli interventi. In relazione invece alla fecondazione assistita omologa e eterologa, se, per un verso, la loro esplicita inclusione nei LEA ha consentito di non metterne più in discussione l'erogazione in tutto il territorio nazionale, per altri versi, quell'inserimento non ha dissipato del tutto i dubbi sulla loro riconducibilità al c.d. nucleo essenziale del diritto alla salute[42], il che evidentemente è cosa di straordinaria rilevanza, in quanto consente di dare concretezza alla funzione essenziale di tutela della salute in capo alla Repubblica, definendo ciò che l'ordinamento considera obbligatorio ed essenziale fornire all'individuo titolare di quel diritto. Ma, soprattutto, non sono mancati,

[41] Affrontato da alcuni giudici ordinari aditi ai sensi dell'art. 700 c.p.c. V. Tribunale di Milano, sez. I civ., 18 aprile 2017; Tribunale di Vercelli, sez. civ.-Lavoro, 15 ottobre 2018.

[42] Secondo gran parte della dottrina, il contenuto essenziale (o anche detto, irriducibile, irrinunciabile) del diritto alla salute e i livelli essenziali di assistenza sanitaria rinviano a concetti teoricamente distinti; più precisamente, si ritiene che la logica secondo la quale si collocano tali concetti sia quella dei cerchi concentrici ovvero una logica incrementale, in base alla quale il cerchio più piccolo traccia il confine del contenuto essenziale del diritto. Non v'è dubbio quindi che i LEA debbono recare al loro interno le prestazioni riconducibili al nucleo essenziale del diritto alla salute, ma possono aggiungervene anche altre, le quali, secondo una valutazione discrezionale, sono egualmente definite come essenziali. Come evidenziato da A. D'Aloia, *Diritti e Stato autonomistico*, cit., 129, il LEP e il contenuto essenziale del diritto sono «stadi progressivi di una costruzione sostanzialmente unitaria», ove il primo rappresenta normalmente una proiezione in avanti del secondo. In tal senso v. anche E. Balboni, *I livelli essenziali e i procedimenti per la loro determinazione*, in *Le Regioni*, 2003, 1182 ss.; C. Panzera, *Mediazione politica e immediatezza giuridica dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2013, 1011 ss. Ebbene, ciò premesso, l'esplicito inserimento della PMA nei LEA non può ritenersi una "conferma normativa" della loro afferenza al nucleo essenziale del diritto alla salute, ben potendosi sostenere, sulla base di quanto prima precisato, che si tratta di una prestazione incrementale rispetto a quelle ricomprese nel nucleo irriducibile del diritto alla salute. La precisazione non ha ovviamente rilevo solo teorico, in quanto la questione che si pone al riguardo è praticamente quella del condizionamento derivante dalle risorse finanziarie disponibili, atteso che solo in relazione al c.d. nucleo essenziale del diritto alla salute la giurisprudenza e la dottrina si sono più volte pronunciate sulla loro irretrattabilità, rappresentando esso il limite (interno) a qualsiasi operazione di bilanciamento con altri interessi di rango costituzionale. Su PMA e LEA, v. L. Lamberti, *Livelli Essenziali di Assistenza e procreazione medicalmente assistita*, in *Nuove Autonomie*, 2025, 1, 109 ss.

neppure dopo il lungo travaglio dell'aggiornamento dei LEA, ulteriori indugi e ritardi su altri fronti, come quello della definizione dei costi dei trattamenti e delle tariffe a carico delle coppie. Questi rallentamenti, ad oggi non pienamente scongiurati, potrebbero nuovamente offrire il destro per vanificare le previsioni normative e confinare ancora nel limbo dell'ineffettività il soddisfacimento del diritto alla salute delle coppie che rivendicano l'accesso a quelle tecniche procreative.

Per comprendere appieno il rilievo della "questione tariffaria", è bene ricordare che il d.P.C.M. 12 gennaio 2017 recante i nuovi LEA prevede all'art. 64, co. 2, che le disposizioni concernenti le nuove prestazioni in materia di assistenza specialistica ambulatoriale entrano in vigore solo a seguito dell'approvazione del decreto (inter)ministeriale che ne stabilisce le tariffe massime di riferimento per la remunerazione delle relative prestazioni. Tale decreto ministeriale, sostitutivo del precedente risalente al 1996, aveva visto la luce, dopo un lungo travaglio durato sei anni, solo il 23 giugno 2023 e sarebbe dovuto entrare in vigore 1° aprile 2024, termine nuovamente differito al 1° gennaio 2025.

Questi rinvii nascevano dal fatto che le Regioni, a fronte dei vari schemi proposti, avevano sempre contestato l'insufficienza delle risorse statali vincolate al finanziamento dei LEA. Al contempo, molti soggetti erogatori avevano adito il giudice amministrativo per l'annullamento del decreto del 2023, sollecitando anch'essi il Ministero all'adozione di un nuovo tariffario. Difatti, lo stesso è stato adottato in sede di autotutela da parte dell'Amministrazione, sulla base dell'intesa raggiunta il 14 novembre 2024 in Conferenza Stato-Regioni, ma da qui si è aperta un'altra saga giudiziaria: un cospicuo numero di strutture sanitarie private accreditate, sostenute dalle principali associazioni di categoria, è ricorso al TAR Lazio per l'annullamento del nuovo decreto tariffe (e dei provvedimenti collegati), previa istanza di sospensione cautelare *inaudita altera parte*. Tale istanza è stata accolta[43] rilevandosi l'insussistenza dell'urgenza del nuovo decreto e il pregiudizio derivante dall'impossibilità di adeguare tempestivamente i sistemi informatici e garantire l'erogazione delle prestazioni in regime di accreditamento. A ben vedere, invece, proprio l'accoglimento della sospensiva avrebbe generato ulteriore caos e confusione, in quanto le Regioni avevano già avviato tutte le attività tecniche necessarie per garantire la prescrizione, prenotazione ed erogazione delle prestazioni con

[43] TAR Lazio, sez. III-*quater*, decreto 30 dicembre 2024, n. 6017.

i nuovi codici e tariffe e, stante il regime transitorio tracciato nel decreto, a seguito della sospensiva, per sole due giornate (30-31 dicembre 2024) si sarebbe dovuti tornare al decreto del 1996, mentre dal 1° gennaio 2025 avrebbe dovuto applicarsi il tariffario approvato con DM del 23 giugno 2023, che mai era stato attuato. Ed infatti, immediatamente dopo la emissione del provvedimento cautelare di sospensione, l'Avvocatura di Stato ha depositato l'istanza di revoca del provvedimento, accolta dal TAR il 31 dicembre 2024, in quanto, la sospensione avrebbe potuto determinare gravi disservizi e ritardi nell'erogazione delle prestazioni, con ricadute pregiudizievoli sulla salute dei cittadini.

Per la decisione nel merito dei ricorsi, si è dovuta attendere la metà del nuovo anno: il 22 settembre 2025 sono state pubblicate una serie di sentenze, per molti versi assimilabili[44], con le quali il giudice amministrativo ha accolto in parte altrettanti ricorsi proposti da numerose strutture mediche accreditate con il SSN. Con esse ha parzialmente annullato il nuovo tariffario per l'assistenza specialistica ambulatoriale e protesica, adottato con decreto ministeriale del 25 novembre 2024, rilevando gravi carenze istruttorie, mancata rilevazione aggiornata dei costi e assenza di confronto con le parti sociali. Cionondimeno, tenuto conto di quanto statuito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 22 dicembre 2017, n. 13 e, in particolare, dell'esigenza di evitare gravi ripercussioni socio-economiche derivanti dall'annullamento con effetti *ex tunc* del provvedimento risultato illegittimo – da cui sarebbero derivati ulteriori ritardi e incertezze normative con potenziali effetti a catena su bilanci regionali, contratti con le strutture accreditate e continuità assistenziale – il TAR ha disposto la modulazione della portata temporale delle sentenze in questione, differendo di 365 giorni l'efficacia dell'annullamento, dando così modo all'amministrazione statale di predisporre un nuovo tariffario basato su criteri oggettivi, aggiornati e rispettosi dei principi di trasparenza, partecipazione e proporzionalità. Che ciò possa avvenire entro questo termine e senza che ne derivino ulteriori ritardi e azioni giudiziarie, è tuttavia cosa di cui si può dubitare alla luce di quanto fin ora accaduto.

[44] V. TAR Lazio, sez. III-*quater*, 22 settembre 2025, nn. 16370, 16379, 16381, 16399, 16400, 16402.

## 4. *La complessa questione dei costi dei trattamenti di PMA: una proposta di lettura costituzionalmente orientata*

A monte dei molti ritardi dapprima evidenziati non vi è solo un ambiguo atteggiamento della politica[45] e un'endemica difficoltà di raccordo tra livelli di governo statale e regionale[46], ma anche l'intricato nodo della sostenibilità economica dei nuovi LEA[47], su cui ci si soffermerà ora più approfonditamente.

Tuttavia, queste vicende, specie se lette in parallelo con quelle che concernono il *vulnus* di tutela di altri soggetti convolti in queste pratiche – e cioè i nati da PMA vietate in Italia ma che non evocano contrasto con altri interessi di rango costituzionale (come invece accade nei casi di surrogazione di maternità) – avvalorano il sospetto che, dietro il lungo ritardo prima nell' aggiornamento dei LEA e poi nell'assolvimento di tutti i compiti necessari per assicurarne l'esigibilità, vi sia una pervicace avversione di natura ideologica nei confronti di queste metodiche procreative[48]. Un vero e proprio pregiudizio, quindi, verso il ricorso alla tecnica a fini procreativi

---

[45] Che non di rado scarica questioni spinose ai giudici, salvo poi lamentarsi dell'ingerenza del giudiziario.

[46] Su cui da ultimo si veda Corte cost. 24 luglio 2025, n. 122.

[47] Così M. Bergo, *I nuovi livelli essenziali di assistenza. Al crocevia fra la tutela del diritto alla salute e l'equilibrio di bilancio,* in *Rivista AIC*, 2017, 2, 14 ss. la quale rivela altresì alcune incongruenze nelle stime dei costi delle nuove prestazioni, nei risparmi che dovrebbero derivare dal nuovo regime, nonché complessivamente nel calcolo delle somme stanziate per finanziare i LEA.

Il tema è stato affrontato in part. nella sentenza n. 62/2020. Il giudice costituzionale nel ribadire che «la garanzia delle prestazioni sociali deve fare i conti con la disponibilità delle risorse pubbliche, dimensionando il livello della prestazione attraverso una ponderazione in termini di sostenibilità economica», aggiunge che «tale ponderazione non può riguardare la dimensione finanziaria e attuativa dei LEA, la cui necessaria compatibilità con le risorse è già fissata attraverso la loro determinazione in sede normativa». I LEA risultano dunque un obiettivo non subordinabile soprattutto a condizionamenti legati alle risorse finanziarie, per la loro stretta funzionalità alla tutela della persona.

[48] Cfr. C. Di Cosimo, *Quando il legislatore predilige un punto di vista etico/religioso: il caso del divieto di donazione dei gameti*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale,* 2013, 21, *passim,* (ed ivi ampi riferimenti ad ulteriore dottrina), secondo il quale il divieto di donazione di gameti di cui alla l. n. 40/2004, recependo una posizione etico/religiosa controversa e ignorandone totalmente altre, contraddice i principi costituzionali di laicità, pluralismo ed eguaglianza.

che, proprio in quanto tale, si è ritenuto opportuno occultare attraverso il richiamo ai vincoli di bilancio e alla mancanza di risorse.

Con ciò non si intende affatto negare la problematicità del condizionamento finanziario dei diritti (di tutti i diritti, non solo quelli sociali a prestazione) e l'interdipendenza tra questi e le risorse anche pecunarie necessarie a soddisfarli; né tantomeno si vuole contestare che l'allargamento dei soggetti legittimati a ricorrere alla PMA con donazione di gameti richieda un'adeguata regolamentazione che tenga conto, oltre che dei diritti dei nati, anche della differente condizione di quante chiedono l'accesso alla PMA. Piuttosto, si vuole rimarcare la necessità di assumere decisioni che sappiano ragionevolmente tenere distinte situazioni non comparabili, senza per questo convertirsi in discriminazioni basate soltanto sull'avversione a metodiche riproduttive medicalmente assistite, se non anche sull'orientamento sessuale, occultandole però dietro l'argomento della limitatezza di risorse.

A quest'ultimo riguardo e rimanendo in una prospettiva *de iure condito,* limitata cioè ai casi di PMA richiesta da coppie aventi i requisiti soggettivi fissati nell'art. 5 della l. n. 40/2004, si deve richiamare l'attenzione su di due passaggi decisivi: dapprima il reperimento e poi l'allocazione delle risorse necessarie per garantire la concreta erogazione dei livelli essenziali di assistenza. Sul primo punto, non ci si può esimere dal constatare, sulla scorta di quanto autorevolmente rilevato in dottrina[49], che nei sistemi costituzionali avanzati il problema delle risorse «sta assai meno nel loro totale che nella loro distribuzione tra vari impieghi». Prima di ogni quantificazione, quindi v'è da chiedersi se vi sia la volontà e la responsabilità da parte della politica di reperire e destinare le risorse che sarebbero necessarie all'erogazione anche di prestazioni sanitarie ritenute eticamente controverse. Inoltre, tenuto conto che le risorse non sono illimitate, ma rifuggendo dalla tentazione di subordinare l'erogabilità delle prestazioni sanitarie alla disponibilità finanziarie, in quanto ciò renderebbe il condizionamento finanziario un interesse tiranno rispetto alla garanzia dei diritti, si rende ancor più impellente il doveroso impegno da parte delle istituzioni politiche di fissare un ordine di priorità nell'impiego delle risorse pubbliche, assumendo a parametro di riferimento anzitutto la Carta costituzionale.

[49] M. Luciani, *Brevi note sul diritto alla salute nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in L. Chieffi (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio*, Torino, 2013, 64.

In relazione a quest'ultimo aspetto non è superfluo rimarcare che, in conformità con quanto espressamente enunciato nell'art. 32, primo comma, della Costituzione, la gratuità delle cure deve essere assicurata agli indigenti[50]. Pertanto, non solo l'accesso a simili metodiche con costi a carico del SSN deve essere garantito soltanto a quanti debbano ricorrervi per rimediare a patologie riproduttive (e non a forme di c.d. infertilità sociale), ma, anche nel più ristretto recinto della terapeuticità, è indispensabile tenere distinto l'obbligo che incombe sulle istituzioni politiche di avviare processi organizzativi finalizzati ad assicurare l'esigibilità della prestazione medico-sanitaria, anche se a pagamento, e l'irragionevole pretesa della gratuità della stessa per tutti. E ciò anche nella consapevolezza che la generalizzata erogazione a carico del SSN di troppe prestazioni a titolo gratuito rischia di compromettere la garanzia del nucleo essenziale del diritto alla salute ovvero il riconoscimento di cure gratuite, riservate solo al medicalmente indigente, e l'organizzazione di un pubblico servizio sanitario completo e di qualità, aperto a tutti, anche se a pagamento. Indubbiamente, per la convergenza di vari fattori, l'attuale conformazione del SSN presenta, tra gli altri, un rilevante problema di sostenibilità economica, che proprio per la variabilità dei fattori in gioco, non può essere affrontato con soluzioni univoche[51], in ispecie con la sola riduzione delle

[50] M. Luciani, voce *Salute: I) Diritto alla salute (dir. cost.),* in *Enciclopedia Giuridica,* XXXII*,* Roma, 1994, 8-9. Come evidenziato dallo stesso A., sebbene gli interventi in Assemblea costituente muovessero da una «concezione "assoluta" dell'indigenza», e cioè dall'idea che dovesse qualificarsi come "indigente" chi si trova in una condizione di disagio economico, se non di povertà, dalla lettura sistematica dell'art. 32 con altre disposizioni costituzionali si desume una concezione "relativa" dell'indigenza, che va cioè parametrata non solo sulla capacità reddituale della persona malata, ma sulla effettiva possibilità per questa di sostenere le spese per una specifica prestazione sanitaria tenuto conto del diverso costo delle terapie, della gravità della patologia e dell'urgenza della prestazione. Così B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali,* in *Diritto e società,* 1983, 26; A. Giorgis, *Il (controverso) ruolo dei giudici ordinari nell'attuazione del diritto degli indigenti in materia di tutela della salute*, in *Cittadinanza, Corti e salute*, in R. Balduzzi (a cura di), Padova, 2007, 156. Secondo B. Caravita di Toritto, *Art. 32*, in *Commentario breve alla Costituzione*, in V. Crisafulli e L. Paladin (diretto da), Padova, 1990, 221, l'indigente di cui all'art. 32 Cost. è il soggetto "medicalmente bisognoso" e non semplicemente il "povero".

[51] Sul tema della sostenibilità "complessiva" del SSN, si veda l'indagine conoscitiva svoltasi nel corso della XVII Legislatura presso la XII Commissione Igiene e Sanità del Senato «*Sulla sostenibilità del Servizio sanitario nazionale con particolare riferimento alla garanzia dei principi di universalità, solidarietà ed equità*»; poi il documento redatto, nella XVIII

risorse stanziate per il servizio, pena l'ulteriore aggravio di diseguaglianze assistenziali e sociali già esistenti, che continuano a risentire fortemente del luogo di residenza dei cittadini e soprattutto della loro disponibilità economica[52].

A ben vedere, di fronte al complesso problema dell'allocazione delle risorse e del loro impiego non si può dire che la Costituzione sia "muta". Come sostenuto da un'autorevole dottrina[53], la Costituzione può e deve continuare ad orientare le scelte politiche, giacché sulla base di essa è possibile distinguere destinazioni di fondi costituzionalmente *doverose*, destinazioni *consentite* e destinazioni *vietate* o, per riprendere il lessico utilizzato dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 169 del 2017, si devono tenere distinte le spese costituzionalmente necessarie da quelle che tali non sono. Anzitutto, proprio la costituzionalizzazione dei diritti sociali rende inaccettabile la configurazione di una piena ed insindacabile libertà del legislatore nell'allocazione delle risorse necessarie a garantirne l'effettività. Pur nella consapevolezza della difficoltà di definire univocamente quale sia il nucleo indefettibile di garanzie che il legislatore non può, in nessun caso, compromettere, non si può certo dire che si tratti di un trascurabile punto di riferimento. Il fatto che la Costituzione riconosca a ciascun individuo, senza alcuna distinzione, il diritto alla salute (art. 32) è da riconnettersi alla riconosciuta essenzialità di quel bene della vita e, non di meno, alla circostanza che, di fronte ad esso, potenzialmente siamo tutti soggetti deboli. Tuttavia, la tutela generalizzata di tale diritto non fa venire meno il carattere redistributivo funzionalmente proprio dei diritti sociali[54]: infatti, è sulla base dello stesso art. 32 della Costituzione, che è possibile operare una distinzione tra la *doverosa* destinazione di fondi al servizio sanitario, per garantire cure gratuite agli indigenti e assicurare a tutti l'accesso

legislatura, dall'Ufficio Parlamentare di Bilancio, *Lo stato della sanità in Italia*, 2 dicembre 2019 e il Rapporto 2022 della Ragioneria generale dello Stato sulla spesa sanitaria.

Ampiamente sul tema, L. Busatta, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018 e recentemente L. Antonini; S. Zamagni, *Pensare la sanità. Terapie per la sanità malata*, Roma, 2025.

[52] Cfr. L. Chieffi, *Salute, regioni e questione Meridionale*, Torino, 2022.

[53] L. Carlassare, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Costituzionalismo.it*, 2013, 1 (e anche in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, I, Milano, 2014, 375 ss.).

[54] M. Benvenuti, voce *Diritti sociali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche,* Agg. V, Torino, 2012, 248.

al più ampio spettro di prestazioni (di comprovata efficacia terapeutica) anche se subordinatamente al possesso delle capacità economiche per far fronte al costo delle stesse; e il reperimento di fondi da destinarsi a fini *consentiti* dalla Carta costituzionale, come quello di ampliare l'acceso alle cure gratuite *anche* ai non indigenti, che è appunto una decisione politica non imposta, né esplicitamente vietata in Costituzione[55]. Ma, sempre sulla base di quel disposto contenuto nella Carta costituzionale sono ravvisabili pure destinazioni *vietate*, quale, in particolare, quella di «"preferire" la posizione dei non indigenti rispetto a quella degli indigenti»[56] ovvero garantire l'accesso effettivo alle prestazioni sanitarie solo a coloro che dispongono di risorse economiche proprie.

Provando a calare all'interno di tale tassonomia lo specifico caso del diritto di accesso alla PMA, si può sostenere che sia dovere inderogabile della Repubblica garantire l'effettiva possibilità di espletamento del trattamento nei confronti di coloro che ne reclamano l'accesso per risolvere un problema di salute riproduttiva, il che significa che le istituzioni repubblicane non possono sottrarsi dal loro compito di reperire risorse e avviare o perfezionare processi organizzativi finalizzati ad assicurare l'accessibilità a queste prestazioni sanitarie. Per quanto concerne, invece, la gratuità dei trattamenti – che non va confusa con la loro accessibilità – va ribadito che essa, per espressa previsione costituzionale, deve essere garantita agli indi-

[55] L'estensione della gratuità delle cure anche ai non indigenti o anche l'ampliamento delle prestazioni erogabili in aggiunta a quelle che presidiano il contenuto essenziale del diritto alla tutela della salute costituiscono decisioni alle quali le istituzioni politiche possono (non devono) pervenire nel momento in cui ciò non si risolva in una compromissione o distrazione di risorse destinate all'adempimento di prestazioni doverose.

Dalla distinzione richiamata tra fondi per destinazioni doverose e fondi per destinazioni consentire discendono varie considerazioni: in primo luogo, eventuali riduzioni finanziarie – per far fronte ad emergenze economiche o anche ad esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica – non possono colpire indistintamente prestazioni sanitarie costituzionalmente necessarie e prestazioni aggiuntive.

Sulla «separazione dei costi "necessari", inerenti alla prestazione dei LEA, dalle altre spese sanitarie, assoggettate invece al principio della sostenibilità economica», v. Corte cost. n. 62/2020, punto 4.3. Cons. dir. In secondo luogo, è indispensabile individuare criteri appropriati e funzionali a distinguere il fabbisogno finanziario destinato a spese incomprimibili e quello afferente ad altri servizi sanitari suscettibili di un giudizio in termini di sostenibilità.

[56] D. Morana, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività,* in *Rivista AIC,* 2013, 4, 11.

genti e può essere estesa anche ad altri solo nei limiti in cui la conseguente ulteriore necessità di risorse economiche non finisca per inficiare il diritto di accesso alle cure a titolo gratuito da parte degli indigenti.

**Abstract**

Il contributo esamina le tensioni tuttora irrisolte che caratterizzano il sistema della procreazione medicalmente assistita, a oltre vent'anni dall'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004. L'indagine si concentra sulla tutela dei nati da pratiche vietate in Italia ma lecite in altri ordinamenti e analizza le persistenti difficoltà di accesso effettivo ai trattamenti consentiti, riconducibili al ritardato inserimento della PMA nei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA) e alle continue incertezze nella definizione dei relativi tariffari. Il saggio affronta, inoltre, il tema del finanziamento, proponendo una lettura costituzionalmente orientata che, alla luce dell'art. 32 della Costituzione, opera una distinzione netta tra l'obbligo statale di garantire l'accessibilità alle prestazioni e il regime di gratuità, da limitarsi esclusivamente ai soggetti in condizioni di indigenza. Si sottolinea criticamente una condizione di sostanziale stasi normativa che, sebbene giustificata in termini di sostenibilità finanziaria, ha prodotto una tutela ancora incompleta di interessi di primario rilievo costituzionale.

The paper examines the still unresolved tensions relatet to the system of medically assisted reproduction, event after twenty years since the entry into force of Law No. 40 of 2004. The study focuses on the protection of children born as a result of practices prohibited in Italy but lawful in other jurisdictions, and analyses the persistent difficulties in gaining effective access to permitted treatments, attributable to the delayed inclusion of MAP in the Essential Levels of Care (LEA) and the ongoing uncertainties regarding the definition of the relevant fee schedules. The essay also addresses the issue of funding, proposing a constitutionally oriented interpretation which, in the light of Article 32 of the Constitution, draws a clear distinction between the State's obligation to guarantee access to services and the system of free provision, which should be limited exclusively to those in conditions of poverty. It critically highlights a situation of substantial regulatory stagnation which, although justified in terms of financial sustainability, has resulted in the still incomplete protection of interests of primary constitutional importance.

# La *governance* multilivello della PMA: profili amministrativi e garanzie di accesso alle cure

di Paola Corradino

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La struttura amministrativa. – 3. *Multilevel governance* e necessità di coordinamento. – 4. Il regime delle fonti – 5. LEA e poteri regolatori delle Regioni. – 6. Il decreto tariffe del dicembre 2024. – 7. Ampliamento dell'offerta assistenziale mediante livelli regionali aggiuntivi. – 8. Elementi per le conclusioni.

## 1. *Introduzione*

Eco viva della coscienza sociale, il diritto muta al mutamento della stessa. Tanto più in un campo, come quello della procreazione medicalmente assistita che, ponendosi al confine tra diritto, scienza ed etica, risulta complesso crocevia in cui il diritto amministrativo, materia del potere pubblico, non può che esercitare un ruolo fondamentale.

La prospettiva amministrativa sull'evoluzione della disciplina della PMA consente di riportare l'analisi ai nodi strutturali della materia, primo fra tutti quello del regime delle fonti. In un contesto segnato dall' «impossibilità di individuare nella legge un sicuro binario per l'azione amministrativa»[1], in cui anche il concetto di interesse pubblico si è progressivamente sottratto a definizioni univoche, si impone una riflessione sul rapporto tra le fonti e sulla portata effettiva del principio di legalità. In tale quadro, infatti, l'«interesse pubblico è misura di valore della decisione, locomotrice della scelta ma né binario né guida della stessa»[2].

La procreazione medicalmente assistita impone un costante bilanciamento tra interessi e valori tra loro eterogenei. Occorre armonizzare il progresso tecnologico con l'evoluzione sociale e con le esigenze di precauzione e prevenzione. È necessario, inoltre, conciliare la tutela dei diritti fondamentali con l'effettività delle prestazioni, l'integrità psicofisica della donna con la dignità dell'embrione, nonché le esigenze di tracciabilità con la tutela della privacy. A ciò si aggiunge l'esigenza di garantire l'universa-

[1] A. Police, *Principi e azione amministrativa*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2025, 192.

[2] A. Police, ibidem.

lità dell'accesso alle cure senza compromettere la sostenibilità dei costi. È proprio in questa delicata ricerca di equilibrio che il diritto amministrativo trova il proprio terreno d'elezione, quale sede di composizione dei molteplici interessi coinvolti.

Nate alla fine del Settecento, le tecniche di PMA hanno abbandonato il loro carattere limitato e marginale verso la metà degli anni '70, grazie all'evoluzione – sociale e tecnologica – che ha portato al passaggio da un approccio al diritto riproduttivo superficiale e conservativo ad uno dinamico e trasformativo. Un'evoluzione è registrata dalla legge del 22 maggio 1978, n. 194 che segna il punto di partenza di un percorso normativo, ancora in divenire, teso a garantire la tutela sociale della maternità, riconoscere la dignità della donna e garantire il diritto all'autodeterminazione da esercitarsi con consapevolezza e responsabilità[3].

Nella costruzione della valorizzazione di tali concetti si inserisce come pilastro la legge del 19 febbraio 2004, n. 40 che si pone l'obiettivo, come enunciato all'art. 1, di «risolvere i problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana per i quali è consentito il ricorso alla PMA». Al fondamento biologico, in tema di filiazione, sembrerebbe intrecciarsi la volontà procreatrice dell'individuo[4].

Eppure, il resto delle disposizioni contraddice l'animo progressista dell'*incipit* della legge. A ben vedere, nel testo originario, le norme successive consentono il ricorso alle tecniche di PMA esclusivamente come *extrema ratio* (art. 2) nei soli casi di assoluta infertilità (art. 4); vietano tecniche di tipo eterologo (art. 4 co. 3); limitano la ricerca sull'embrione e ne vietano la conservazione (artt. 13 e 14) e fissano stringenti limiti oggettivi e soggettivi.

La legge anziché abbracciare una visione flessibile e razionale, capace di adattarsi alle complessità delle vicende oggetto di regolazione, opta per una rigida gerarchizzazione di valori e diritti, sacrificando un armonico bilanciamento tra le, inevitabilmente contrapposte, istanze in gioco, quasi «spingendosi a scegliere in luogo dei cittadini»[5].

---

[3] Cfr. L. Lamberti, *Livelli Essenziali di Assistenza e procreazione medicalmente assistita,* in *Nuove Autonomie*, 2025, 1.

[4] G. Ricci, P. Delbon, A. Conti, A. Sirignano, *Il difficile percorso normativo italiano sulla Procreazione Medicalmente Assistita: revisione della letteratura e stato dell'arte,* in SEU, *Rassegna* 2015.

[5] Cfr. L. D'avack, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, Torino, 2019.

Questa serie di divieti assoluti e generali, che mal si conciliavano con la garanzia dei diritti presidiati in Costituzione, portano la Consulta a intervenire ripetutamente mediante gli strumenti del sindacato di ragionevolezza, fino a «riscrivere progressivamente, con l'inchiostro della Costituzione, la legge 40»[6].

Un primo momento cruciale è rappresentato dalla sentenza della Corte costituzionale 8 maggio 2009, n 151 che fa cadere due dei limiti più stringenti all'accesso alle tecniche di procreazione assistita: creare più di tre embrioni e congelare quelli non impiantati. Nel 2014, poi, la Corte interviene nuovamente eliminando il generale divieto di fecondazione eterologa, e, infine, con la sentenza 5 giugno 2015, n. 96 permette la diagnosi genetica preimpianto per le coppie fertili ma portatrici di malattie genetiche.

Un passaggio decisivo si raggiunge, poi, quando la procreazione medicalmente assistita viene classificata nell'ambito dei LEA[7] nel 2017 con la conseguenza che la loro reale fruibilità da parte degli aventi diritto costituisce espressione dell'effettività del diritto alla salute garantito dall'art. 32 Cost.[8].

Nella giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale, i servizi sanitari ricompresi nei livelli essenziali di assistenza, infatti, si sottraggono nell' *an* alla discrezionalità del legislatore sussistendo «l'immediato obbligo da parte di tutti gli enti pubblici coinvolti (Stato, Regioni, ASL) ad erogare il servizio in modo prioritario rispetto ad ogni altro singolo e obbligo degli stessi enti»[9]. L'inquadramento tra i LEA riduce anche lo spazio di

---

[6] A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 2015, 3.

[7] L'inserimento della PMA nei LEA è avvenuto con il DPCM 12 gennaio 2017.

[8] L'idea che le tecniche di PMA costituiscano estrinsecazione del diritto alla salute, affermata dalla dottrina di maggioranza, è contestata da altra parte della dottrina che ricollega la loro utilizzazione alla libertà personale la quale, nella nozione di autodeterminazione, ricomprenderebbe non solo il diritto di procreare ma anche la scelta sulle modalità riproduttive. Sul punto cfr. M.P. Iadiciccio, *Prospettive e problematiche della riconduzione della PMA al diritto costituzionale alla salute*, in *Corti supreme e salute*, 2021, 2, 421.

[9] Com'è noto, in un primo momento, la Corte costituzionale aveva negato la possibilità di accordare tutela immediata ai diritti fondamentali qualora la pronuncia avesse comportato un incremento degli oneri finanziari (cfr. Corte costituzionale 16 ottobre 1990, n. 455). Tuttavia, successivamente, sono emersi orientamenti che hanno ridimensionato significativamente questa prospettiva (cfr. sul punto – proprio con riferimento alla materia in esame – Corte costituzionale 12 luglio 2017, n. 169; Corte costituzionale

discrezionalità del legislatore nell'attribuzione delle risorse finanziarie e dell'Amministrazione nella gestione ed erogazione del servizio[10].

Volgendo lo sguardo a questo quadro normativo e all'assetto che la giurisprudenza, anche costituzionale, ha dato al diritto alla salute nella forma della procreazione medicalmente assistita, emerge con chiarezza la grave inadeguatezza delle strutture sanitarie destinate a garantire il ricorso a questa tecnica riproduttiva. Gli ultimi dati ufficiali disponibili, trasmessi dal Ministero della salute alle Camere nel 2026 ma relativi ancora all'anno 2023[11], mostrano una desolante disomogeneità nella distribuzione territoriale dei centri autorizzati[12], un'inspiegabile prevalenza di centri privati nelle Regioni del Sud Italia che stride con l'opposto dato registrato dalle Regioni del Nord e del Centro e l'inaccettabile assenza di centri privati convenzionati nella quasi totalità delle Regioni italiane[13].

Alle asimmetrie territoriali si aggiungono inefficienze strutturali che determinano un'offerta incompleta di possibili tecniche da parte della

---

11 gennaio 2019, n. 6; Corte costituzionale 2 luglio 2019, n. 197 e Corte costituzionale 10 aprile 2020, n. 62). Molto significativa, di recente, la sentenza della Corte costituzionale 22 luglio 2025, n. 121, con la quale è stato affermato con chiarezza che «il principio dell'obbligo di copertura finanziaria delle spese vincola esclusivamente il legislatore statale o regionale» non le Autorità giurisdizionali, né la Corte stessa. Sul punto cfr. L. Lamberti, *Livelli essenziali di Assistenza e procreazione medicalmente assistita*, cit. 61.

[10] Cfr. L. Bertorello, *Il diritto alla salute e i livelli essenziali di assistenza*, in *Cammino Diritto*, 2023, 1.

[11] Relazione del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita (PMA) – anno 2025 può trovarsi all'indirizzo https://www.salute.gov.it/new/sites/default/files/2026-

[12] È stata registrata una maggior concentrazione dei centri in quattro Regioni: Lombardia (51 centri, 16,1% del totale), Campania (48 centri, 15,2% del totale), Veneto (33 centri, 10,4%), Lazio (37 centri, 11,8% del totale). I dati non sono sostanzialmente difformi rispetto a quelli fatti registrare l'anno precedente: Lombardia (55 centri, 16,5% del totale), Campania (45 centri, 13,5% del totale), Veneto (37 centri, 11,1%), Lazio (36 centri, 10,8% del totale). Su questi ultimi dati cfr. il commento di *Bio diritto* alla Relazione annuale 2024 sullo stato di attuazione della legge 40/2004, Anno 2025, https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Docs/Ministero-della-Salute-Relazione-annuale-2024-sullo-stato-di-attuazione-della-legge-40-2004.

[13] Fanno eccezione Lombardia, Piemonte, Toscana e Valle d'Aosta. Alcuni centri siciliani benché formalmente in convenzione sono considerati dalla Relazione privati per l'esiguo numero di casi trattati in tale regime.

maggior parte dei centri autorizzati e un basso numero di interventi delle strutture maggiormente specializzate[14].

Tali anomalie riflettono scelte politiche poco accorte e pianificazioni amministrative inefficienti, ma anche una *governance* composita ed un mosaico di fonti che rendono disorganico il governo del sistema per la difficoltà di pianificare e organizzare il Servizio sanitario.

All'esame di questo modello organizzativo e all'individuazione dei suoi punti di criticità è dedicato questo scritto. In primo luogo, si prenderà in esame la struttura amministrativa volta all'organizzazione e alla gestione dei servizi di PMA, con particolare riferimento alla *governance* del settore, allo scopo di individuare eventuali punti di criticità e delineare prospettive di riforma. Successivamente si verificherà l'assetto regolatorio per individuare disfunzionalità rispetto all'obiettivo di una completa fruibilità del diritto alla PMA determinato dal suo inserimento nei LEA e ipotizzare prospettive di modifica strutturale volta a rendere più efficiente il sistema.

## 2. *La struttura amministrativa*

La *governance* disegnata dalla normativa in tema di PMA si articola in una pluralità di livelli di gestione e controllo. Le norme di cui agli artt. 10

[14] Viene rilevato che dei 316 centri autorizzati (in diminuzione rispetto ai 333 operanti l'anno precedente e 340 quello ancora prima) 120 (133 l'anno precedente) effettuano solo tecniche di I livello (prevedono l'inseminazione semplice), 196 (200 lo scorso anno) centri effettuano anche tecniche di II e III livello. La relazione afferma che i centri privati svolgono un'attività inferiore ai 100 cicli nel 26,6% dei casi (questa percentuale è pari al 10,3% per i centri pubblici e privati convenzionati).i centri privati convenzionati svolgono più di 1000 casi nel 47,1% e più di 500 cicli nel 76,5% dei casi (questa percentuale pari al 41,4 per i centri pubblici e 19,3% per i centri privati).il 62% di tutti i cicli iniziati di secondo terzo livello con gameti della coppia, come somma di quelli effettuati nei centri pubblici (34,5%) e dei privati convenzionati (28,2%) è a carico del sistema sanitario nazionale. Mentre per quanto riguarda i cicli con donazioni di gameti la maggior parte delle attività (72,5%) è stata svolta nei centri privati. La sperequazione territoriale determina fenomeni di mobilità del territorio: rileva la relazione che il 25,6% dei cicli iniziati con tecnica in cui vengono utilizzati gameti della coppia è stato effettuato su pazienti che non risiedono nella Regione di appartenenza del centro. la mobilità aumenta fino al 38,9% quando si osservano i cicli in cui sono utilizzati gameti donati. Analizzando questo fenomeno per Regione si rileva che nella maggior parte dei casi la mobilità avviene verso i centri pubblici o privati convenzionati della Toscana e della Lombardia nonchè verso i centri privati del Lazio.

e 11, della l. n. 40/2004 disciplinano rispettivamente il regime autorizzatorio delle strutture – che ripartisce la relativa competenza a più enti – e il sistema di monitoraggio attribuito al Registro nazionale istituito presso l'Istituto superiore di sanità. Altre norme disciplinanti il Servizio sanitario nazionale intersecano questa disciplina con ulteriori meccanismi di vigilanza autorizzatoria. Possono individuarsi così più livelli di controllo che riguardano sia la fase dell'accesso delle strutture, pubbliche e private, all'attività di PMA sia la fase esecutiva del servizio[15].

Il primo livello di controllo è rappresentato dall'autorizzazione all'esercizio dell'attività sanitaria, disciplinata dal decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 e ss.mm. Questa autorizzazione, di competenza del Comune, viene rilasciata a seguito dell'accertamento dei requisiti minimi strutturali, tecnologici e organizzativi necessari per lo svolgimento di ogni attività sanitaria, sia pubblica che privata.

Si tratta di un'attività di vigilanza autorizzatoria di natura prevalentemente tecnica, che mira ad assicurare standard adeguati di sicurezza per utenti e operatori. La procedura si fonda su verifiche documentali e, quando necessario, su ispezioni dirette condotte dagli organi tecnici competenti[16].

Il secondo livello di controllo è anch'esso autorizzatorio e attiene alla capacità tecnica di attuare in sicurezza i servizi sanitari di PMA. Questa competenza è attribuita dall'articolo 10 della l. n. 40/2004 alle Regioni e tale scelta normativa riflette il riparto costituzionale di competenze in materia sanitaria: allo Stato spetta fissare i principi fondamentali e definire i livelli essenziali di assistenza, mentre alle Regioni è attribuita la competenza all'organizzazione e alla gestione dei servizi sul territorio.

Le Regioni hanno adottato discipline di dettaglio sui requisiti minimi per l'ottenimento dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di PMA riguardanti, in particolare, la configurazione degli ambienti di lavoro (laboratori di embriologia, sale operatorie, locali per i prelievi), le dotazioni tecnologiche (strumentazione per la manipolazione di gameti ed embrioni, sistemi di crioconservazione), le competenze professionali (team com-

[15] Sul punto, cfr. S. Pecora, F. Vittori, M. Cingolani, *Il sistema sanzionatorio della legge 19 febbraio 2004, n. 40, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". Aspetti giuridici e medico-legali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, XXVIII: 1067-97, 2006.

[16] F. Siciliano, *Sull'apporto delle dinamiche del diritto amministrativo alla tutela della decisione di avere figli con la tecnica della PMA eterologa: dalla "relativizzazione" del vuoto normativo all'orizzonte delle generazioni future,* in *BioLaw Journal – Rivista Di BioDiritto*, 2020, 2, 209–235.

posti da ginecologi, andrologi, embriologi, biologi, genetisti, psicologi), i protocolli clinici e le procedure di qualità. L'organizzazione dei servizi sanitari di PMA delineata dalle Regioni è progressivamente mutata con l'evolversi della normativa a seguito della sua riscrittura ad opera della Corte costituzionale come sopra meglio specificato.

L'autorizzazione va rinnovata periodicamente e può essere sospesa o revocata quando vengono meno i requisiti che ne hanno consentito il rilascio. L'articolo 12, comma 10, l. n. 40/2004 prevede poi la sospensione automatica per un anno se la struttura viola i divieti posti dalla legge stessa; la revoca definitiva è la sanzione prevista in caso di violazione ripetute. Le sanzioni pecuniarie per l'esercizio abusivo dell'attività vanno da 100.000 a 300.000 euro, come sancito dal comma 5 del medesimo articolo[17].

Un ulteriore livello di controllo è rappresentato dall'accreditamento istituzionale, disciplinato dall'art. 8-*quater* del d.lgs. 502/1992. Questo istituto si distingue nettamente dall'autorizzazione: mentre quest'ultima attesta il possesso di requisiti minimi indispensabili, l'accreditamento determina il convenzionamento con il Servizio sanitario regionale e richiede standard qualitativi e organizzativi più elevati.

L'accreditamento può essere concesso per livelli di prestazione e può essere revocato o sospeso in presenza di gravi inadempienze nell'erogazione dei servizi sanitari o qualora vengano meno i requisiti previsti[18].

Le funzioni di vigilanza, monitoraggio e trasparenza sono poi attribuite al Registro nazionale delle strutture autorizzate, istituito dall'articolo 11 della l. n. 40/2004 e operativo dal 2005 per effetto di un decreto del Ministro della Salute. Collocato presso il Centro Nazionale per la prevenzione delle malattie e promozione della salute dell'Istituto superiore di sanità, il Registro gode di autonomia scientifica e operativa nell'esercizio delle proprie funzioni di censimento, monitoraggio e controllo.

Le funzioni del Registro si snodano su più piani. A questo ente è attribuita la responsabilità della tenuta e dell'aggiornamento dell'elenco di tutti i centri autorizzati dalle Regioni che comporta la verifica della regolarità della documentazione autorizzativa. Esso inoltre raccoglie dati

[17] Per una ricostruzione circa la natura e la funzione delle sanzioni cfr. da ultimo S. Terracciano, *Le sanzioni amministrative a tutela degli interessi pubblici procedimentali,* Napoli, 2023.

[18] Sul punto anche M. D'Angelosante, *Cittadinanza amministrativa, salute e sanità attraverso la lente dei rapporti fra i pubblici poteri e i privati e fra sistemi sanitari*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, 3, 473.

sanitari elaborati dai centri che sono obbligati a trasmettere periodicamente informazioni dettagliate sui cicli di trattamento eseguiti, sui protocolli terapeutici adottati e sugli esiti delle attività effettuate. La tutela della riservatezza dei pazienti è garantita attraverso la realizzazione in forma anonima e aggregata dell'attività di raccolta e trasmissione dei dati.

Il Registro ha competenze in tema di sorveglianza epidemiologica e, a tal fine, valuta l'efficacia e la sicurezza delle diverse tecniche utilizzate dai centri formulando raccomandazioni per migliorare la qualità dei servizi.

Molto delicate e rilevanti sono poi le funzioni del Registro volte a garantire la trasparenza. Il Registro rende disponibile, infatti, attraverso la pubblicazione sul proprio sito, l'elenco completo dei centri autorizzati nonché taluni dati relativi all'attività dei centri – anche con riferimento agli esiti degli interventi di PMA effettuati – allo scopo di garantire agli utenti scelte informate e consapevoli.

Il Registro, infine, è incaricato di redigere annualmente una relazione, che il Ministro della salute trasmette al Parlamento entro il 30 giugno, volta a verificare lo stato di attuazione della legge e ad individuare possibili percorsi di riforma.

Al quadro regolatorio descritto va poi aggiunta la competenza del Centro nazionale trapianti che svolge attività di ispezione ai centri di PMA, in accordo con le Regioni, e provvede alla rilevazione e gestione delle notifiche di eventi e reazioni avverse gravi oltre che alla formazione degli operatori del settore. I centri di PMA, infatti, sono considerati "Istituti dei Tessuti", così come le banche di sangue cordonale, devono rispettare gli standard di qualità e sicurezza previsti per queste strutture dalla normativa europea ed italiana nelle fasi di prelievo delle cellule, oltre a quelle di manipolazione, conservazione, stoccaggio e distribuzione dei gameti e degli embrioni per applicazione clinica[19].

## 3. *Multilevel governance* e necessità di coordinamento

La *governance multilivello* delineata dal legislatore riflette l'assetto delle competenze fissate dalla Costituzione in materia di sanità ma determina

[19] La normativa di riferimento è prevista dal D.lgs. 6 novembre 2007, n. 191 e 25 gennaio 2010, n. 16 che hanno recepito le indicazioni presenti nelle Direttive 2004/23/CE, 2006/17/CE e 2006/86/CE. Sul punto cfr. https://www.trapianti.salute.gov.it/it/cnt-pagina/cosa-fa-il-cnt/

rischi specifici nel settore delle PMA in cui si intersecano profili bioetici, necessità di tutelare la dignità delle persone in una sfera esistenziale particolarmente delicata, speciali ragioni di tutela del consenso e della sicurezza della donna.

Il sistema autorizzatorio e di vigilanza, snodato tra le competenze dello Stato, delle Regioni e finanche dei comuni, determina non solo lungaggini procedimentali nel rilascio dei provvedimenti abilitativi, ma anche differenti interpretazioni della normativa generale con conseguenti differenti livelli di servizio garantiti agli utenti[20].

Emblematica, in questo senso, è la già citata vicenda giudiziaria relativa alla decisione di una Regione – dichiarata illegittima dal Consiglio di Stato – di non sovvenzionare le prestazioni di PMA di tipo eterologo, a differenza delle prestazioni di PMA di tipo omologo, nonostante la Corte costituzionale, con le decisioni 10 giugno 2014, n. 162 e 5 giugno 2015, n. 96, avesse già considerato unitaria la disciplina alla base dei due tipi di procreazione assistita , poiché entrambe le tecniche rientrano nella nozione di "cura" e di "prestazioni mediche"[21].

---

[20] In generale, per una panoramica sulla competenza concorrente in ambito LEA si rinvia a M. Luciani, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M.C. Grisolia (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011.

[21] Con la sentenza 20 luglio 2016, n. 3297 il Consiglio di Stato ha ritenuto la decisione di trattare diversamente la fecondazione eteronoma fosse irrazionale e discriminatoria affermando che «le scelte dell'Amministrazione, soprattutto se comprimono o riducono la sfera delle situazioni riconducibili al novero dei diritti fondamentali, devono fondarsi su un criterio discretivo razionale, espresso nel provvedimento e sindacabile dal giudice amministrativo. […] Se è vero che l'esercizio della discrezionalità amministrativa, ad ogni livello decisorio, ha anche un indubbio margine di 'politicità', poiché seleziona taluni interessi rispetto ad altri, nell'esercizio del potere, a fronte di mezzi e risorse scarsi, è pur vero che questo esercizio, che implica necessariamente una scelta anzitutto per ragioni di ordine finanziario, non può penalizzare in modo indiscriminato altri interessi, parimenti meritevoli di tutela, senza giustificarne le ragioni, risiedendo proprio nell'esternazione di queste ragioni l'essenza dell'imparzialità dell'Amministrazione (art. 97 Cost.)».

Il Consiglio richiama quindi i propri precedenti con i quali aveva ritenuto di sindacare le scelte discriminatorie compiute dall'Amministrazione in tema di benefici economici attribuiti a pazienti affetti da gravi malattie da considerarsi equivalenti e afferma che il medesimo principio vada applicato quando le prestazioni riguardano categorie di pazienti ritenuti equivalenti dalla legge o, come nel caso di specie, da una sentenza della Corte costituzionale. Con estrema chiarezza, il Consiglio afferma che il pur necessario contemperamento con beni costituzionalmente rilevanti, quali il principio di equilibrio

Non può escludersi, inoltre, che il crescente fenomeno di mobilità sanitaria interregionale determinato dal differente livello di centri autorizzati ai diversi tipi di PMA nel territorio nazionale possa indurre Regioni interessate al *business* economico ad abbassare il livello di requisiti minimi per l'autorizzazione o l'accreditamento con conseguenti riflessi sul livello qualitativo dei servizi forniti. Possibile è pure il fenomeno opposto di resistenza alla diffusione dei centri di PMA attraverso l'irrigidimento delle procedure burocratiche per l'ottenimento dell'autorizzazione. In entrambi i casi viene penalizzato l'obiettivo di realizzazione di un uniforme livello di tutela del diritto alla salute imposto dall'inserimento della PMA tra i LEA.

L'autonomia regionale non esclude il potere di monitoraggio, assistenza e vigilanza delle strutture centrali, sia del Ministero della salute -che, oltre all'emanazione di regolamentazione secondaria per la quale si rimanda ai successivi paragrafi di questo scritto, svolge attività di monitoraggio delle azioni poste in essere dalle Regioni per migliorare l'offerta dei servizi PMA, di finanziamento di progetti, campagne di informazione e raccolta ed elaborazione di dati[22] – sia del centro nazionale trapianti che, come si è detto, svolge attività di controllo in senso stretto, anche ispettivo, e di gestione delle emergenze.

Tali attività sono certamente ostacolate dalla disgregazione territoriale delle competenze, dalla disomogenea distribuzione territoriale dell'offerta di servizi sanitari e dalla differente interpretazione che le Regioni danno della normativa nazionale.

L'intangibilità del quadro costituzionale di ripartizione di competenze impedisce di pensare ad una riforma normativa che le accentri presso gli organi centrali e, pertanto, la soluzione dei problemi nascenti dal sommarsi delle competenze deve trovarsi necessariamente in un maggiore coordinamento tra i soggetti pubblici che esercitano funzioni autorizzatorie e di vigilanza su questo settore. Coordinamento che, nell'era dell'amministrazione digitale, può essere efficacemente realizzato, attraverso una rete infrastrutturale immateriale che sia in grado di fornire dati attendibili, uniformi nel linguaggio, interoperabili e facilmente fruibili ed elaboratili.

In questo quadro può risultare centrale il ruolo del Registro che, attra-

---

di bilancio, mai potrebbe «sacrificare interamente il nucleo irriducibile e 'indefettibile' del diritto alla salute».

[22] Ministero della salute, *Relazione sullo stato di attuazione della legge recante norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., *passim*.

verso l'attività di catalogazione dei centri sanitari abilitati, la sistematizzazione dei dati, l'informativa al Parlamento per il tramite del Ministro della Salute e la divulgazione di informazioni statistiche e tecniche sull'operatività dei centri garantisce un approccio consapevole alle attività di PMA.

Attraverso questa struttura, la normativa ha voluto garantire non solo la classificazione dei dati ma anche la verificabilità dei risultati clinici conseguiti e l'affidabilità delle tecniche scientifiche utilizzate in modo da consentire agli utenti scelte consapevoli. L'accesso pubblico ai protocolli terapeutici attivati, agli indici di successo, alle eventualità avverse e agli esiti delle procedure sanitarie permette una valutazione oggettiva delle capacità operative dei centri e fornisce supporto all'espressione del consenso pieno e consapevole alle cure mediche che costituisce il momento centrale della tutela del diritto alla salute.

Com'è noto, infatti, la giurisprudenza -costituzionale e ordinaria- prima, e la legislazione più recente poi, hanno sempre più valorizzato la centralità dell'assenso informato quale punto di equilibrio tra valori di rilevanza costituzionale quali la libertà di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche e la tutela della salute[23]. Nel settore della PMA la delicatezza delle scelte da compiere da parte delle coppie, con le connesse implicazioni etiche ed esistenziali, rende indispensabile un'attività pubblica volta a cancellare o ridurre il più possibile le asimmetrie informative che caratterizzano normalmente la relazione medico-paziente. In questo modo, gli obblighi informativi che l'art. 6, l. n. 40/2004, pone a carico dei professionisti sanitari consentono una piena espressione del consenso perché inquadrati in uno scenario informativo di sistema ampio e dettagliato.

In un'ottica generale, poi, la disponibilità di un sistema organizzato di dati, accompagnato dall'obbligo per i centri di fornire obbligatoriamente informazioni veritiere a pena di decadenza dall'autorizzazione, si pone come elemento essenziale di governo del settore, di programmazione sanitaria e di redazione della normativa secondaria, in particolare delle Linee guida.

Il patrimonio informativo custodito dalla banca dati messa a disposizione dal Registro può assumere ulteriore valore strategico nell'ambito della programmazione sanitaria e nella predisposizione delle politiche

[23] Per una panoramica, cfr. S. Agosta, *Tra disegni compiuti e tasselli ancora mancanti: mosaici giurisprudenziali (sopranazionali ed interni) a proposito della decisione di di-ventare genitori e procreare (ovvero di non farlo)*, in *OIDU*, 2019, 2019 ss.

pubbliche se correttamente inquadrata nel processo di digitalizzazione che sta attraversando l'intera amministrazione pubblica italiana. In quest'ottica risulta essenziale garantire l'interoperabilità delle banche dati che garantisca il colloquio con i sistemi informatici a disposizione dei decisori pubblici.

La vocazione alla trasparenza volta a garantire le scelte consapevole degli utenti e il controllo sociale diffuso sull'utilizzo delle risorse pubbliche può trovare ulteriore slancio nel rafforzamento dei controlli sull'integrità e completezza dei dati nonché nella definizione di standard operativi nell'elaborazione e nella comunicazione al pubblico che garantiscano comprensione, facilità di accesso e possibilità di rielaborazione.

Le potenzialità offerte dalla banca dati centralizzata presso il Registro sono rilevanti anche al fine di superare i problemi operativi determinati dalla frammentazione di competenze tra enti territoriali differenti. Il patrimonio conoscitivo del Registro, centralizzato presso l'Istituto superiore di sanità, può essere strumento di analisi e orientamento rispettoso dell'autonomia regionale ma fondamentale per l'omogeneizzazione dei livelli di tutela nelle diverse zone del territorio nazionale e per il coordinamento degli strumenti autorizzatori e di vigilanza. La catalogazione unitaria può essere un utile veicolo di razionalizzazione dell'attività di tutti i soggetti coinvolti nelle varie fasi procedimentali, costituendo elemento di convergenza informativa centralizzata che può opporsi alla tendenza centrifuga della frammentazione delle competenze.

Un'efficiente rete infrastrutturale digitale può poi sostenere il coordinamento tra i soggetti preposti alla vigilanza e porsi quale punto di collegamento tra i poteri regionali di autorizzazione e quelli ispettivi assolti dal centro nazionale trapianti anche nell'ottica del rapporto con le strutture europee[24] che vigilano sulla tracciabilità transnazionale dei traffici di materiale biologico umano al fine di evitare il propagarsi di malattie e rischi alla salute.

L'efficacia di questa rete dipende dall'integrità dei dati, dall'interoperabilità e dalla fruibilità. Il suo rafforzamento, anche attraverso

[24] Sulle interconnessioni amministrative tra Stati e Unione Europea anche in merito ai controlli, cfr. S. Sticchi Damiani, *L'atto amministrativo nell'ordinamento comunitario*, in *Nuovi Problemi di Amministrazione Pubblica (studi diretti da F.G. Scoca)*, Torino, 2006.

la precisazione degli obblighi informativi da parte di tutti i soggetti coinvolti nella PMA, può costituire strumento di trasparenza e al contempo di razionalizzazione del sistema realizzato nel pieno rispetto delle autonomie regionali costituzionalmente garantite.

## 4. *Il regime delle fonti*

Alla dispersione delle competenze in materia di autorizzazione e controllo corrisponde un'analoga frammentazione dei poteri regolatori. La riforma costituzionale del 2001 ha ridisegnato il riparto delle funzioni legislative fra Stato e Regioni: l'art. 117, secondo comma, lett. m), Cost. riserva allo Stato la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, competenza «trasversale» diretta ad assicurare condizioni omogenee di fruizione dei diritti fondamentali su tutto il territorio nazionale; il terzo comma attribuisce invece la tutela della salute alla potestà concorrente, nella quale lo Stato fissa i principi fondamentali e le Regioni la disciplina di dettaglio. Le tensioni di questo assetto sono state ricomposte dalla giurisprudenza costituzionale valorizzando l'attuazione della salute «in condizioni di sostanziale uguaglianza» sul territorio nazionale, il dovere statale di definizione dei livelli essenziali nel rispetto della leale collaborazione e il limite dei principi fondamentali opponibile alle scelte regionali.[25]

In questo quadro concorrono a disciplinare la procreazione medicalmente assistita tanto fonti statali di rango non legislativo quanto fonti regionali di diverso rango. Tra le prime, un rilievo particolare assumono le linee guida[26] previste dall'art. 7 della l. n. 40/2004, che il Ministro della Salute adotta, avvalendosi dell'Istituto superiore di sanità e sentito il Consiglio superiore di sanità, per indicare le procedure e le tecniche di procreazione assistita, e che il comma 2 qualifica espressamente «vincolanti per tutte le strutture autorizzate». Si tratta di uno strumento atipico, dal disomogeneo livello di cogenza, che sfugge alla stessa categoria della *soft law* proprio perché la legge ne prescrive la vincolatività. Tale carattere solleva un duplice interrogativo: quello delle conseguenze della loro violazione, già discusso in ambito amministrativo per le linee guida dell'Anac

[25] Corte cost. 26 giugno 2002, n. 282 e 7 giugno 2013, n. 132.

[26] Sul tema si veda, in questo volume, l'approfondimento di F. Gambardella, *Sul carattere vincolante delle linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita.*

nel settore dei contratti pubblici, e quello, logicamente preliminare, della perimetrazione della loro possibile efficacia.[27]

Nel disciplinare l'attività sanitaria l'ordinamento è chiamato a contemperare due direttrici: per un verso l'autonomia e la responsabilità del professionista, che deve poter adattare la scelta terapeutica alle caratteristiche del singolo caso; per l'altro la sicurezza del paziente e l'aderenza a standard scientifici condivisi. Su questo crinale la l. n. 40/2004 e la l. n. 24/2017 esprimono modelli di segno opposto: la prima configura linee guida ministeriali a carattere vincolante; la seconda affida la materia a «raccomandazioni» non vincolanti, dalle quali il sanitario ha comunque il dovere di discostarsi ove lo richiedano le specificità del caso concreto.[28] La divergenza è anche strutturale. La disciplina del 2004 nasce come regolamentazione settoriale, circoscritta alle procedure e alle tecniche di procreazione assistita, ed è rimessa a un procedimento accentrato che fa capo al Ministero, senza che la legge prescriva una specifica metodologia di redazione; quella del 2017 ha invece portata generale e si fonda su un paradigma scientifico rigoroso, codificato nel Manuale metodologico dell'Istituto superiore di sanità, che impone il richiamo alle migliori evidenze disponibili e il coinvolgimento di esperti indipendenti.

L'ambiguità dell'art. 7, comma 2, che predica la vincolatività «per le strutture», apre così alla possibilità che, per il tramite delle linee guida, si dettino indicazioni di pratica clinica cogenti, con il rischio di comprimere la libertà del medico di individuare il trattamento più idoneo alla salute del paziente: rischio tutt'altro che teorico, ove si consideri che le linee guida del 2024 entrano nel dettaglio delle attività da porre in essere.[29] Una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 7 impone di circoscriverne l'efficacia vincolante all'individuazione delle tecniche ammesse nell'ordinamento, il «cosa», restando riservata all'autonomia e alla responsabilità del medico la scelta del «come» dell'atto clinico, secondo il costante insegnamento della Corte costituzionale.[30] Ricondotte al loro compito proprio, del resto, le linee guida possono rivelarsi strumento prezioso di diffusione di modelli

[27] G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli*, in *Dir. amm.*, 2016, 3, 278.

[28] Cass. pen. 4 novembre 2024, n. 40316; Cass. pen., ord., 11 dicembre 2023, n. 34516.

[29] Decreto del Ministro della Salute 20 marzo 2024, in Gazz. Uff., serie generale, 9 maggio 2024, n. 107.

[30] Corte cost. 8 maggio 2009, n. 151 (e 26 giugno 2002, n. 282; 14 novembre 2003, n. 338; 28 marzo 2014, n. 62) sulla libertà terapeutica del medico.

organizzativi efficienti e di orientamento delle stesse Regioni nella definizione dei requisiti autorizzatori e nella gestione dei controlli: a conferma che il loro rilievo, nell'economia di questo studio, attiene meno alla dimensione clinica che a quella organizzativa del servizio.

Peraltro, recentemente il legislatore del 2024 è intervenuto sul decreto legislativo 502/1992 rafforzando ancor di più il ruolo delle linee guida, che cessano di essere considerate esclusivamente parametri tecnico-scientifici di orientamento della pratica clinica e vengono espressamente integrate nei modelli organizzativi del Servizio sanitario nazionale. La loro funzione si estende così al governo della qualità dell'assistenza, quale strumento di attuazione dei livelli essenziali di assistenza e di realizzazione di un modello di cura incentrato sulla persona, fondato sull'umanizzazione dell'intervento sanitario e sull'integrazione delle competenze specialistiche.[31]

Definito così lo statuto delle fonti statali non legislative, resta da esaminare il versante che più direttamente incide sull'effettività e sull'uniformità dell'accesso: quello delle fonti regionali e del loro impatto sull'organizzazione del servizio, cui è dedicata la parte che segue.

## 5. *LEA e poteri regolatori delle Regioni*

L'inquadramento della PMA nei LEA e la definizione degli strumenti attuativi realizzata attraverso il c.d. decreto tariffe costituiscono un momento fondamentale di omogenea ed effettiva garanzia di tutela del diritto alla salute. I LEA individuano infatti le prestazioni sanitarie che l'ordinamento assicura a tutti i cittadini comprimendo i poteri di tutti i soggetti chiamati alla loro attuazione al fine della loro attuazione.

Com'è noto, i LEA nascono nell'ambito della riforma del Sistema

[31] La legge 30 dicembre 2024, n. 207 è intervenuta sul d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 apportando significative modifiche all'art. 1. In particolare, l'art. 1, comma 361, lett. a), ha inciso sul comma 2, concernente i LEA, mentre la lett. b) del medesimo comma ha riformulato l'art. 1, comma 10, lett. h).

Nella sua formulazione vigente, tale disposizione prevede che il Piano sanitario nazionale individui: «*le linee guida, i modelli organizzativi e gestionali e i relativi percorsi diagnostico-terapeutici allo scopo di favorire, all'interno di ciascuna struttura sanitaria, lo sviluppo di modalità sistematiche di revisione e valutazione della pratica clinica e assistenziale e di assicurare l'applicazione dei livelli essenziali di assistenza, secondo i principi di umanizzazione della cura e di integrazione delle specializzazioni per valorizzare la centralità della persona umana*».

sanitario nazionale operata dal decreto legislativo n. 502/1992 e dalle sue successive modificazioni e costituiscono il punto di equilibrio tra le esigenze di tutela della finanza pubblica, che trova protezione costituzionale nell'art. 81 Cost. e quelle di assicurare adeguata garanzia al diritto alla salute che trova fondamento nell'art. 32 Cost.[32].

Si tratta di prestazioni essenziali che il Servizio sanitario deve offrire ai cittadini gratuitamente o con una compartecipazione alla spesa. L'individuazione delle prestazioni avvenne mediante il DPCM del 29 novembre 2001, che realizzò il primo catalogo delle prestazioni minime da garantire ai cittadini. Questo assetto rimase sostanzialmente invariato fino al citato DPCM 12 gennaio 2017, che rielaborò il contenuto prestazione dei LEA anche alla luce delle innovazioni frattanto intervenute nella scienza medica.

Le prestazioni essenziali riguardano il tema della prevenzione collettiva e della sanità pubblica (profilassi vaccinale, screening per patologie neoplastiche, medicina sportiva e veterinaria), l'assistenza territoriale (nella quale si collocano le cure primarie, le prestazioni specialistiche ambulatoriali, la farmaceutica convenzionata, la fornitura di ausili protesici, l'assistenza domiciliare e quella residenziale extraospedaliera), e l'assistenza ospedaliera destinata alle patologie più gravi. In tal modo la classificazione delle prestazioni essenziali copre l'intera filiera delle cure dal momento preventivo a quello dell'assistenza alle patologie più gravi.

Lo strumento attuativo fondamentale per la realizzazione dei livelli essenziali è però dato dal c.d. decreto tariffe che individua nel dettaglio le prestazioni, fissa le quote di compartecipazione alla spesa sanitaria e i massimali che le Regioni possono riconoscere ai soggetti, pubblici e privati, che erogano i servizi sanitari.

L'individuazione delle tariffe è fondamentale sia allo scopo di garantire un approccio prudente alla spesa pubblica sia allo scopo di evitare sperequazioni territoriali nell'erogazione dei servizi essenziali.

Un primo provvedimento tariffario, emanato nel 2017 in concomitanza con l'individuazione dei LEA, aggiornò gli importi in larga parte fermi agli anni '90 e mise ordine nel caos dell'anacronistico prezziario allora vigente. Bisognerà però attendere il 2024 per l'approvazione del nuovo decreto tariffe che ha aperto il catalogo dei LEA alle prestazioni

[32] Cfr. M. Bergo, *I nuovi livelli essenziali di assistenza. Al crocevia fra la tutela della salute e l'equilibrio di bilancio*, in *Rivista AIC*, 2017, 2, 7.

specialistiche più moderne tra le quali la procreazione medicalmente assistita.

## 6. *Il decreto tariffe del dicembre 2024*

Questa normativa statale ha certamente posto le basi per un'omogeneizzazione della PMA nel Paese ma gli ampi margini decisionali derivanti dall'autonomia che la Costituzione riconosce alle Regioni hanno determinato situazioni di grave disarmonia territoriale nella possibilità di ricorrere a questa terapia. È utile quindi verificare gli ambiti disciplinari rimessi ai diversi livelli normativi per verificare i possibili interventi volti a disciplinare la materia.

Il citato decreto ministeriale "tariffe" del dicembre 2024 ha imposto un primo livellamento della disciplina della procreazione medicalmente assistita, realizzando un'opera di uniformazione che ha significativamente ridotto gli spazi di differenziazione territoriale. L'inserimento delle prestazioni di procreazione assistita nel nomenclatore tariffario dei LEA ha, infatti, determinato la fissazione di parametri vincolanti per tutti gli enti regionali.

Il provvedimento ha stabilito criteri di accesso uniformi validi sull'intero territorio nazionale.

È stato anzitutto fissato un limite anagrafico di quarantasei anni per le donne, configurando tale soglia quale soglia inderogabile per l'accesso alle prestazioni inserite nei livelli essenziali. Tale previsione risponde all'esigenza di garantire condizioni omogenee, evitando che le differenti discipline previste sul punto dalle legislazioni regionali potessero determinare una discriminazione al diritto alla salute fondata sulla residenza.

Ulteriore elemento di uniformazione è rappresentato dalla determinazione del numero massimo di tentativi garantiti dal Servizio sanitario nazionale. Il decreto ha stabilito che ciascuna donna può accedere fino a sei cicli di trattamento, con la precisazione che i cicli eventualmente effettuati prima del trentesimo giorno di dicembre del 2024 non rilevano ai fini del computo.

Sul versante economico, il decreto ha introdotto tariffe uniformi di rimborso che le strutture autorizzate – pubbliche e private – hanno diritto a percepire per l'erogazione delle prestazioni differenziate unicamente

in relazione alla tipologia di tecnica impiegata. Parallelamente, il decreto ha previsto la possibilità per le Regioni di determinare l'ammontare della compartecipazione alla spesa sanitaria, fissando tuttavia un importo minimo e massimo per la tariffa a carico del paziente.

I parametri così determinati costituiscono il nucleo essenziale dei livelli di assistenza e vincolano tutte le Regioni, impedendo ogni forma di differenziazione verso il basso. Le Regioni non possono quindi stabilire limiti anagrafici inferiori, ridurre il numero di cicli garantiti o determinare tariffe di rimborso più contenute. Tale vincolo opera quale garanzia dell'uguaglianza sostanziale nell'accesso alle prestazioni sanitarie fondamentali.

Le Regioni inoltre sono ora tenute a garantire sul proprio territorio l'erogazione delle prestazioni, organizzando una rete adeguata di servizi pubblici e privati accreditati. Ciò implica investimenti significativi in infrastrutture, apparecchiature e personale specializzato, oltre all'adozione di sistemi di monitoraggio e valutazione della qualità.

Nonostante l'incisiva opera di uniformazione realizzata dal legislatore statale, le Regioni continuano a mantenere ampi poteri di disciplina delle prestazioni di PMA in ossequio all'autonomia che la Costituzione riserva agli enti territoriali.

Le Regioni mantengono anzitutto piena autonomia nella programmazione e nell'organizzazione dei servizi sanitari sul proprio territorio. Tale competenza si estende al settore della procreazione medicalmente assistita, consentendo agli enti territoriali di adottare scelte discrezionali in ordine alle modalità di strutturazione dell'offerta assistenziale.

Compete poi alle Regioni la determinazione del numero di centri da autorizzare all'erogazione delle prestazioni di procreazione assistita, nonché la loro distribuzione sul territorio regionale. Tale prerogativa assume particolare rilevanza in considerazione delle significative disparità attualmente esistenti nella densità dei centri tra le diverse aree del Paese. La programmazione dell'offerta deve necessariamente confrontarsi con il fabbisogno assistenziale della popolazione residente, richiedendo un'accurata analisi epidemiologica e demografica.

Rientra nella competenza regionale l'organizzazione dei centri con particolare riguardo alla possibilità di determinare le modalità di coordinamento ed integrazione tra le strutture abilitate alla procreazione assistita e gli altri servizi sanitari interessati con particolare riferimento a quelli di genetica medica. Particolarmente rilevante è poi la gestione delle liste di

attesa con la connessa possibilità di individuare differenti criteri di priorità nell'accesso alle prestazioni.

La competenza più significativa è comunque quella relativa alla gestione del sistema autorizzatorio e dell'accreditamento istituzionale.

Come si è visto, l'art. 10 della l. n. 40/2004 stabilisce che gli interventi di procreazione medicalmente assistita sono realizzati nelle strutture pubbliche e private autorizzate dalle Regioni e iscritte al Registro nazionale presso l'Istituto superiore di sanità. Tale previsione normativa attribuisce chiaramente agli enti territoriali la competenza in materia di autorizzazione all'esercizio, configurando un sistema nel quale il rilascio dell'autorizzazione regionale costituisce presupposto imprescindibile per l'operatività dei centri.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 132 del 2013, ha confermato che tale competenza rientra nella potestà legislativa concorrente in materia di tutela della salute, precisando che le Regioni possono legittimamente stabilire requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi aggiuntivi rispetto agli standard minimi nazionali, purché tali previsioni rispondano a esigenze di tutela della salute e non configurino ostacoli irragionevoli all'esercizio dell'attività.

Le Regioni mantengono inoltre la competenza in ordine alla determinazione dei criteri per l'accreditamento istituzionale delle strutture private, disciplinando le modalità attraverso cui queste possono essere ammesse all'erogazione di prestazioni a carico del Servizio sanitario nazionale. L'accreditamento costituisce strumento di particolare rilevanza per garantire la qualità delle prestazioni erogate, l'omogenea diffusione nel territorio dell'offerta di servizi sanitari destinati alla PMA, il facile accesso ai servizi sanitari.

Al potere autorizzatorio si connette la competenza regionale sulla vigilanza e sul controllo delle prestazioni erogate dai centri pubblici e privati. Le Regioni possono istituire sistemi di monitoraggio e valutazione delle performance dei centri, acquisendo dati e informazioni sui trattamenti e adottando eventuali provvedimenti correttivi nei confronti delle strutture che non rispettino gli standard qualitativi minimi.

## 7. *Ampliamento dell'offerta assistenziale mediante livelli regionali aggiuntivi*

Le Regioni conservano la facoltà di ampliare l'offerta assistenziale oltre i livelli essenziali nazionali, istituendo livelli essenziali di assistenza regionali aggiuntivi. Tale possibilità trova fondamento nella competenza concorrente in materia di tutela della salute e consente agli enti territoriali di rispondere a esigenze sanitarie specifiche della popolazione residente[33].

L'esercizio di tale prerogativa incontra tuttavia un limite di carattere finanziario, essendo le prestazioni aggiuntive finanziate esclusivamente con risorse proprie delle Regioni e dovendo le stesse essere compatibili con l'equilibrio del bilancio regionale. Il principio del coordinamento della finanza pubblica, desumibile dall'art. 81 Cost., impone che l'introduzione di nuove prestazioni a carico del Servizio sanitario regionale sia sostenibile e non comprometta gli equilibri di bilancio complessivi.

Particolare rilevanza assume, in questo quadro, la questione dei test genetici preimpianto, attualmente non ricompresi nei livelli essenziali di assistenza nazionali nonostante la rilevanza che tali prestazioni assumono per le coppie portatrici di patologie geneticamente trasmissibili[34].

---

[33] E. Frontoni, *Determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*, in R. Bifulco, A. Celotto (a cura di), *Le materie dell'art. 117 nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2001*, Napoli, 2015.

[34] Come emerge dai dati attualmente disponibili, alcune Regioni hanno già provveduto ad inserire la diagnosi genetica preimpianto nei propri livelli essenziali aggiuntivi, determinando una significativa disomogeneità nell'accesso a tale prestazione.

Toscana, Emilia-Romagna e Provincia autonoma di Trento hanno istituito livelli essenziali regionali che includono la diagnosi genetica preimpianto, garantendo alle coppie residenti l'accesso a tale prestazione senza oneri economici o con una compartecipazione significativamente inferiore rispetto ai costi del settore privato. Il Veneto ha adottato un modello differente, prevedendo il rimborso per i test genetici preimpianto eseguiti presso strutture situate in altre Regioni, mentre ulteriori enti territoriali quali Piemonte, Lazio, Campania e Sardegna hanno adottato normative regionali specifiche.

La legittimità costituzionale della diagnosi genetica preimpianto è stata confermata dalla Corte costituzionale con sentenza n. 96 del 2015, che ha dichiarato l'incostituzionalità l. n. 40/2004 nella parte in cui non consentiva l'accesso alla procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili. Tale pronuncia ha aperto la strada al riconoscimento del diritto alla diagnosi preimpianto quale strumento necessario per evitare la trasmissione di patologie genetiche alla prole.

Le Regioni che non hanno ancora provveduto all'istituzione di livelli essenziali regionali per la diagnosi genetica preimpianto possono certamente farlo, stanziando le necessarie risorse finanziarie e disciplinando le modalità di accesso alla prestazione. Tali

Ulteriori prestazioni che le Regioni possono inserire nei propri livelli essenziali aggiuntivi comprendono, a titolo esemplificativo, la possibilità di garantire numero di cicli di trattamento superiore ai sei previsti a livello nazionale, l'accesso alle tecniche di procreazione assistita per fasce anagrafiche superiori al limite di quarantasei anni, l'utilizzo di tecniche innovative non ancora ricomprese nel nomenclatore nazionale, servizi di supporto psicologico potenziati e programmi di crioconservazione degli ovociti per motivi medici non oncologici.

Rimane rimessa alla competenza regionale la determinazione dell'ammontare della compartecipazione alla spesa sanitaria sia pure entro i limiti stabiliti dalla normativa statale. Il decreto ministeriale del dicembre 2024 ha previsto che le Regioni possano fissare l'importo del *ticket* nell'intervallo compreso tra cento e trecento euro ivi fissato, configurando un margine di discrezionalità regionale che consente una modulazione della compartecipazione.

Le Regioni mantengono inoltre la facoltà di definire esenzioni dal pagamento del *ticket* per categorie specifiche di assistiti, individuate sulla base di criteri reddituali o di particolari condizioni cliniche. Tale prerogativa consente agli enti territoriali di realizzare politiche redistributive volte a favorire l'accesso alle prestazioni di procreazione assistita da parte delle fasce economicamente più deboli della popolazione.

Una modulazione differenziata del *ticket* può essere, inoltre, prevista in relazione alla diversa complessità delle tecniche di procreazione assistita, distinguendo tra tecniche di primo livello, caratterizzate da minore invasività e costi contenuti e tecniche di secondo e terzo livello, che richiedono interventi più complessi e strutture tecnologicamente avanzate.

Nell'ambito delle attività di programmazione dei servizi sociali e sociosanitari le Regioni possono istituire servizi integrativi rispetto alle prestazioni strettamente sanitarie, finalizzati a fornire un sostegno complessivo alle coppie che intraprendono percorsi di procreazione medicalmente assistita. Tra questi assumono rilevanza i servizi di counseling e sostegno psicologico, i programmi di informazione e sensibilizzazione sulla fertilità la costituzione di consultori familiari e servizi di genetica medica e i percorsi di accompagnamento post-trattamento.

---

enti territoriali possono inoltre stabilire criteri di eleggibilità specifici, individuando le categorie di coppie che possono accedere alla diagnosi preimpianto a carico del Servizio sanitario regionale.

Alle Regioni è poi rimessa la delicata materia della gestione della mobilità sanitaria interregionale. Le Regioni possono infatti disciplinare le modalità attraverso cui gli assistiti residenti possono accedere a prestazioni erogate da strutture situate in altre Regioni. Nel settore della procreazione medicalmente assistita, la disciplina della mobilità sanitaria assume particolare rilevanza a causa della descritta disomogenea distribuzione territoriale dei centri delle strutture autorizzate. Le Regioni possono definire le modalità di autorizzazione per i trattamenti di procreazione medicalmente assistita da effettuarsi presso strutture extraregionali, stabilendo le condizioni al ricorrere delle quali viene riconosciuto il diritto all'assistito di accedere a prestazioni erogate fuori dal territorio di residenza. Tali condizioni possono riferirsi all'assenza di strutture adeguate nel territorio regionale, all'esistenza di tempi di attesa eccessivamente prolungati o alla necessità di accedere a tecniche particolarmente specialistiche. Rientra in quest'ambito regolatorio la determinazione dei criteri per il rimborso delle prestazioni erogate in regime di mobilità passiva.

La responsabilità più significativa è comunque quella dell'allocazione delle risorse finanziarie. Dalla corretta individuazione degli stanziamenti in relazione al fabbisogno assistenziale deriva la garanzia dell'effettività della tutela del diritto alla salute.

Tale competenza rientra nell'ambito dell'autonomia organizzativa e finanziaria riconosciuta alle Regioni che, tuttavia, trattandosi di servizi ricompresi nei LEA, devono necessariamente determinare l'ammontare delle risorse da destinare al settore della procreazione medicalmente assistita, valutando il fabbisogno assistenziale della popolazione residente.

Stanziamenti aggiuntivi possono essere previsti per il finanziamento di prestazioni extra-livelli essenziali, quali la diagnosi genetica preimpianto nelle Regioni che abbiano scelto di inserirla nei propri livelli essenziali regionali. Tali stanziamenti devono risultare compatibili con gli equilibri complessivi della finanza regionale.

In questo modo l'ampio potere riconosciuto alle Regioni unito alla poco incisiva determinazione delle prestazioni in sede di individuazione dei LEA e alla, talvolta, poco lungimirante gestione finanziaria locale, ha determinato il verificarsi di ampie disparità territoriali nell' accesso effettivo alle prestazioni di PMA. Il fenomeno, ovviamente, non riguarda soltanto queste prestazioni sanitarie ma è qui, per la delicatezza del tema e per l'ampiezza delle diseguaglianze, che può registrarsi un punto di grave crisi del sistema.

Fondamentale sarebbe pertanto una migliore definizione da parte degli strumenti normativi statali delle prestazioni dovute e dei requisiti per accedervi[35].

Tali asimmetrie costituiscono una criticità strutturale del sistema sanitario nazionale che trascende il settore specifico della procreazione assistita e affonda le proprie radici nelle diverse capacità organizzative e finanziarie delle Regioni.

## 8. *Elementi per le conclusioni*

Riconoscendo l'importanza del rafforzamento della tutela giuridica accordata alla PMA con il suo inserimento tra i LEA, è inevitabile- in una prospettiva *de jure condendo* – interrogarsi sulle sfide attuative che ne derivano e su quanto queste possano incidere sull'effettiva realizzazione del diritto, trasformando una garanzia normativa in una tutela concreta per i cittadini.

Giunti fin qui, risulta chiaro come il nodo centrale della disciplina dei LEA e della PMA risiede nelle – intrecciate e poco chiare – fonti che la disciplinano e nei meccanismi di controllo che ne condizionano l'effettività. L'inserimento delle tecniche di procreazione medicalmente assistita nell'alveo dei LEA ha accentuato le tensioni tipiche del sistema sanitario, rendendo inaccettabile la fragilità del rapporto tra uniformità formale e attuale disuguaglianza sostanziale[36].

In questo contesto disuguaglianze territoriali e finanziarie emergono come problemi strutturali e non come conseguenze imprevedibili e patologiche.

L'asimmetria tra le Regioni nell'erogazione di prestazioni ad alta intensità tecnologica non è una mera disfunzione applicativa, ma il riflesso diretto di un assetto delle fonti non in grado di armonizzare la centralizzazione degli obiettivi e la frammentazione degli strumenti.

Il sistema delle fonti, come sopra delineato, definisce che *cosa,* il *quanto,* debba essere garantito (a livello statale) e -talora in modo disomogeneo

[35] L. Giani, *L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti,* in *Nuove Autonomie*, 2021*,* 3, 551.

[36] A. Police, *Federalismo "asimmetrico" e dequotazione dell'eguaglianza: le fragili fondamenta della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. econ*., 2002, 489 ss.

e in parte contraddittorio – il *come* le prestazioni debbano essere erogate (a livello regionale) ma ciò che resta del tutto indeterminato è invece il *dove*.

L'assenza di una previsione di obblighi spaziali giuridicamente vincolanti che impediscano la formazione di "deserti sanitari" costituisce uno dei principali fattori produttivi di diseguaglianze sostanziali nell'accesso alle cure che a sua volta genera migrazioni interregionali.

Ecco che qui si rileva una frizione strutturale: a mancare è un disegno d'insieme che non permette di prevedere e garantire l'omogeneità nella *geografia* dell'accesso alla cura. I LEA fissano un livello uniforme di tutela, ma la loro attuazione è rimessa a reti amministrative, finanziarie e organizzative profondamente diseguali.

La PMA rende questo "scarto" particolarmente visibile, poiché richiede investimenti, competenze e strutture che non sono distribuibili in modo neutrale sul territorio.

La normativa PMA, di nuovo conio, finisce per riproporre- in forme rinnovate- problemi classici del diritto amministrativo e tuttavia, proprio negli strumenti storici del diritto amministrativo potrebbe trovarsi una soluzione per il corretto bilanciamento degli strumenti in gioco.

È pacifico che la materia della PMA -all'interno dell'art 117 Cost. – si collochi all'incrocio tra competenza esclusiva statale, di *previsione dei LEA,* e quella concorrente relativa alla *tutela della salute*. Ed è proprio sotto questo secondo profilo- di materia concorrente- che potrebbe rinvenirsi una significativa analogia con un'altra materia, parimenti concorrente che a lungo ha dato adito ai medesimi problemi e che potrebbe essere foriera di soluzioni: *il governo del territorio*.

L'esperienza maturata nel settore del governo del territorio suggerisce uno schema interpretativo dinamico, nel quale l'unità degli obiettivi statali si accompagna al diluirsi del potere, nel quale però vigono forti sistemi di garanzia grazie ai principi di sussidiarietà, adeguatezza e proporzionalità[37].

In questa prospettiva, una possibile linea di sviluppo consisterebbe nel prevedere, nella cornice della legge statale sui LEA e sulla PMA, non soltanto un contenuto minimo delle prestazioni e dei controlli da effettuare sul rispetto di questi ultimi ma anche un perimetro territoriale minimo di garanzia, entro il quale ogni area deve assicurare la presenza di centri che garantiscano l'effettivo accesso alle tecniche di PMA.

[37] Sul punto cfr. C. Cacciavillani, A. Police, *Governo del Territorio*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto Amministrativo*, cit., 632 e ss.

Non si tratterebbe di violare, dunque il perimetro di potere in capo alla Regione, perché a essere imposto non sarebbe una rigida universalità organizzativa interna delle strutture, ma solo un vincolo pianificatorio sullo spazio della cura, capace di trasformare l'uniformità da principio formalistico a criterio operativo di distribuzione delle risorse e delle infrastrutture.

Prendere a modello la soluzione propria della disciplina del governo del territorio significherebbe che, ove l'ente territorialmente più vicino al cittadino, in particolare la Regione, non sia in grado di assicurare tali garanzie, l'obbligo di attuazione si trasferirebbe in capo allo Stato, in forza del principio di sussidiarietà, quale criterio di ri-allocazione delle competenze, legittimando – e imponendo – l'intervento statale a presidio dell'effettività dei LEA.

Con questa struttura e in tale prospettiva, il potere amministrativo torna, qui più che mai, a rivestire il suo ruolo originario: la determinazione di una «scelta che pondera soppesa e compone interessi contrapposti e che individua gli strumenti ritenuti più adeguati alla loro tutela e al loro perseguimento»[38].

[38] A. Police, *Principi e Azione Amministrativa*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., 641.

**Abstract**

Il saggio analizza la governance multilivello della procreazione medicalmente assistita (PMA) in Italia, esaminandone i profili amministrativi e le garanzie di accesso dopo l'inclusione delle relative prestazioni nei LEA. Si evidenzia come l'autonomia regionale e la disomogeneità strutturale, specie nel Mezzogiorno, alimentino una marcata sperequazione territoriale e intensi flussi di mobilità sanitaria passiva. Nonostante l'adozione del decreto tariffe del 2024, permangono asimmetrie regolatorie e incertezze finanziarie che compromettono l'effettiva esigibilità del diritto alla salute procreativa. Per superare tale frammentazione, si propone, de jure condendo, un modello cooperativo mutuato dal "governo del territorio" in grado di definire un perimetro territoriale minimo di garanzia per l'erogazione uniforme delle cure

The essay examines the multilevel governance of medically assisted procreation (PMA) in Italy, focusing on administrative profiles and access guarantees following its inclusion in the Essential Levels of Care (LEA). The author highlights how regional autonomy and structural gaps, particularly in Southern Italy, fuel territorial inequalities and passive healthcare mobility. Despite the adoption of the 2024 tariff decree, conflicting regulatory sources and financial constraints continue to undermine the actual enforceability of reproductive health rights. To overcome this fragmentation, the study proposes a dynamic interpretive model inspired by land management (governo del territorio), aimed at establishing a minimum territorial perimeter of guarantee to ensure uniform treatment across regions

# Fecondazione medicalmente assistita tra indirizzi statali e determinazioni regionali. "Nuovi" LEA e "vecchi" interrogativi

di Cristina Agliata

Sommario: 1. Assistenza farmaceutica tra indirizzi statali e determinazioni regionali. – 2. Equità e uniformità nell'accesso alla PMA. – 3. Squilibri allocativi ed attuazione dei LEA. – 4. Conclusioni.

## 1. *Assistenza farmaceutica tra indirizzi statali e determinazioni regionali*

Con l'approvazione del nuovo decreto tariffe da parte della Conferenza Stato-Regioni, la procreazione medicalmente assistita è entrata ufficialmente nei LEA, divenendo così parte delle prestazioni garantite dal Servizio sanitario nazionale ed innovando le modifiche precedentemente introdotte in attuazione del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 12 gennaio 2017, che aveva già visto l'inserimento, nel nuovo nomenclatore della specialistica ambulatoriale, di tutte le prestazioni necessarie nelle diverse fasi del percorso di procreazione medicalmente assistita, omologa ed eterologa.

La riflessione che segue parte dall'analisi della sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 5 settembre 2024, n. 7447[1], che analizza puntualmente un tema tanto specifico quanto centrale, quello della prescrivibilità, nell'ambito delle procedure di fecondazione medicalmente assistita, di farmaci rimborsabili dal SSN da parte di strutture private non accreditate ma autorizzate ad erogare i trattamenti di PMA. Nella sentenza, poi riformata, il giudice di primo grado aveva condiviso la tesi regionale (Regione Lazio) secondo cui la prescrizione del piano terapeutico non sarebbe stata possibile da parte della struttura attrice in assenza di previo provvedimento di accreditamento. Ad avviso del Consiglio di Stato, invece, la pratica in esame, in quanto rientrante nell'ambito dei LEA, deve essere assicurata alle coppie che ne hanno bisogno con relativa assistenza ed oneri a carico del SSN anche in relazione alla componente farmaceutica, così come stabilito dall'Agenzia Italiana del Farmaco (che ha classificato i medicinali in questione in fascia A – ovvero farmaci essenziali e per il trattamento delle malattie croniche, che, in quanto tali, sono interamente

[1] Consiglio di Stato, sez. III, 5 settembre 2024, n. 7447.

rimborsabili dal SSN, a meno che non sia presente una nota AIFA che ne vincoli la rimborsabilità a specifiche condizioni patologiche o terapeutiche in atto)[2].

La sentenza presa in esame rappresenta un'interessante opportunità per analizzare, con l'ausilio delle coordinate pretorie, il rapporto tra indirizzi statali e determinazioni regionali in materia di PMA cercando di comprendere come il riconoscimento dei "nuovi" LEA si scontri con i "vecchi" interrogativi.

L'accreditamento diviene il fulcro della questione ed è necessario analizzare e riperimetrare l'istituto proprio partendo dall'orientamento di consolidata giurisprudenza che più volte ha affermato come non fosse in alcun modo necessario l'accreditamento da parte della struttura privata che eroga prestazioni di PMA per poter prescrivere il piano terapeutico[3]. Invero, le "note" AIFA attorno alle quali si articola il dibattito della sentenza presa in esame e di quelle alla stessa connesse, si limitano ad indicare i farmaci che sono rimborsabili dal SSN quando servono per curare determinate patologie suscitando in tal senso numerosi dubbi interpretativi.

Il tema della rimborsabilità dei farmaci indispensabili ai fini di una corretta erogazione di determinate prestazioni, specie nell'ultimo ventennio, ha messo in luce un indubbio mutamento nel *modus operandi* delle Regioni, esplicitato in particolar modo da un rinnovato attivismo delle stesse in relazione all'assistenza farmaceutica. Il tentativo è stato

[2] Ad avviso del supremo consesso «l'attività rientrante nell'autorizzazione rilasciata ai centri iscritti nel registro tenuto presso l'I.S.S. comprende anche la fase preparatoria all'intervento, consistente nella somministrazione dei farmaci necessari: pertanto, l'autorizzazione all'esercizio di tale attività non può non ricomprendere la redazione del Piano terapeutico da parte del medico specialista che opera nel centro autorizzato, atto che consente, poi, al medico di medicina generale, di prescrivere i farmaci in fascia A apponendo la Nota -OMISSIS-, superandosi in questo modo i rilievi della Regione Lazio secondo cui tali farmaci non potrebbero essere prescritti da una struttura privata, con oneri a carico del SSR».

[3] Tutti i centri autorizzati all'esecuzione di prestazioni di procreazione medicalmente assistita, iscritti nel registro nazionale procreazione medicalmente assistita, istituito dall'ISS ai sensi dell'art. 11 legge 19 febbraio 2004, n. 40 sono autorizzati alla prescrizione del piano terapeutico dei medicinali preparatori all'intervento soggetti alla nota 74 di AIFA. Sarebbe dunque discriminatorio nonché contrario alla sopraindicata legge, che ha introdotto norme speciali in materia di procreazione medicalmente assistita, il provvedimento della Regione che subordina la prescrizione del piano terapeutico al preventivo accreditamento del centro con il SSR.

quello di delineare i tratti di «una politica regionale del farmaco»[4] che ha non solo messo in evidenza il conflittuale rapporto con il legislatore sul tema ma ha impattato pesantemente anche sulla concreta attuazione del diritto alla salute incidendo, anche se solo di riflesso, sulla libertà di scelta terapeutica[5].

Benché la disciplina dell'AIFA, infatti, spetti alla competenza legislativa esclusiva statale – in quanto ente pubblico nazionale (art. 117, secondo comma, lett. g, Cost.) – il ruolo delle Regioni all'interno di esso non solo non è rimasto in questo contesto ignorato, ma si è in un certo senso rafforzato, specie in relazione alla composizione degli organi di governo dell'ente, oggetto di una recente modifica legislativa, la quale ha disposto un deciso ampliamento della presenza regionale[6].

Sull'assistenza farmaceutica, come è noto, incidono in modo particolare i "livelli essenziali", i quali rappresentano un «limite mobile» all'operato delle Regioni, rimesso alla definizione del legislatore statale[7]. Come affermato dalla Corte costituzionale «l'erogazione di farmaci rientra nei livelli essenziali di assistenza (LEA), il cui godimento è assicurato a tutti in condizioni di uguaglianza sull'intero territorio nazionale»[8]. Sulla

---

[4] Corte costituzionale 11 luglio 2008, n. 271, ripresa da Consiglio di Stato, sez. III, 25 marzo 2013, n. 1654. Cfr. U. De Luca, *Interventi regionali in materia di assistenza farmaceutica: tra legittimità costituzionale ed appropriatezza prescrittiva*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 2009, 8 ss.

[5] D. Morana, *La salute tra i diritti e nei territori. Questioni costituzionali nel rapporto Stato-Regioni*, Torino, 2025, 95.

[6] Decreto-legge 8 novembre 2022, n. 169, convertito, con modificazioni, dalla legge 16 dicembre 2022, n. 196, «Disposizioni urgenti di proroga della partecipazione di personale militare al potenziamento di iniziative della NATO, delle misure per il servizio sanitario della Regione Calabria, nonché di Commissioni presso l'AIFA (e ulteriori misure urgenti per il comparto militare e delle Forze di polizia). Differimento dei termini per l'esercizio delle deleghe in materia di associazioni professionali a carattere sindacale tra militari»

[7] R. Bin, *Il nuovo riparto di competenze legislative: un primo importante chiarimento*, in *Le Regioni*, 6, 2002, 1447.

[8] Corte costituzionale 16 dicembre 2011, n. 330 (richiamando in particolare la nota Corte costituzionale 26 giugno 2002, n. 282). Si veda, in argomento, la comunicazione AIFA n. 50 del 9 febbraio 2007: «la materia di prezzi e rimborso dei farmaci di fascia A, costituisce un LEA, che non può essere modificato nelle singole Regioni, con il rischio di produrre 21 Prontuari farmaceutici diversi. Il diritto del cittadino di avere un accesso uniforme ai farmaci di fascia A, indipendentemente dalla sua collocazione geografica, costituisce nella normativa vigente un diritto che non può

"essenzialità" occorre, tuttavia, distinguere. Una cosa è la nozione di farmaco "essenziale"[9], altra quella di livello essenziale della prestazione farmaceutica.

La questione sullo sfondo dei livelli essenziali è direttamente connessa a quella della rimborsabilità del farmaco[10], ovverosia l'esigenza, evidenziata più volte dalla giurisprudenza, di coniugare «una necessaria opera di contenimento della spesa farmaceutica» con la garanzia che continuino «ad erogarsi a carico del Servizio sanitario nazionale i farmaci reputati, secondo un apprezzamento tecnico-scientifico, idonei a salvaguardare il diritto alla salute degli assistiti»[11].

---

essere messo in discussione dalle politiche di ripiano della spesa farmaceutica assunte nelle singole Regioni».

[9] L'espressione "farmaco essenziale" ricorre in particolare nella disciplina normativa sulle classi di rimborsabilità, con un significato non sempre univoco. La legge 24 dicembre 1993, n. 537, nel definire le classi di rimborsabilità dei farmaci, include nella classe A, oltre a quelli per malattie croniche, i farmaci essenziali, senza tuttavia apprestarne una definizione (art. 8, co. 10). L'espressione si rinviene pure all'Allegato 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 29 novembre 2001 recante «Definizione dei Livelli essenziali di assistenza», nell'ambito delle prestazioni di farmaceutica convenzionata erogata attraverso farmacie territoriali. Il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 12 gennaio 2017 all'art. 8, co. 1, a sua volta, prevede che «il Servizio sanitario nazionale garantisce attraverso le farmacie convenzionate la fornitura dei medicinali appartenenti alla classe a».

[10] D. Morana, *La salute tra i diritti e nei territori. Questioni costituzionali nel rapporto, Stato-Regioni*, cit., 99.

[11] Così, Corte costituzionale 11 febbraio 2010, n. 44, ripresa dalla Corte costituzionale 16 dicembre 2011, n. 330. V., inoltre, Consiglio di Stato, sez. III, 15 febbraio 2021, n. 1305; Cons. St., sez. III, 20 aprile 2021, n. 3185 (su cui: M. Sala, *Il Consiglio di Stato conferma le "Linee Guida sulla procedura di applicazione dell'art. 15, comma 11-ter del d.l. 6 luglio 20212, convertito con modificazioni nella legge 7 agosto 2012, n. 135" adottate da AIFA con Determina n. 818/2018 in materia di equivalenza terapeutica*, in *Ius et Salus – Rivista di diritto sanitario e farmaceutico*, 5 novembre 2021); nonché Consiglio di Stato, ad. plen., 12 aprile 2012, n. 4, che sottolinea come il diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost. possa essere sottoposto a condizioni che ne armonizzino la protezione con i vincoli finanziari a patto di non scalfirne il nucleo essenziale irriducibile. In argomento, si veda la recente Corte costituzionale 6 dicembre 2024, n. 195, in cui la Corte costituzionale riconosce alle spese destinate a fornire prestazioni inerenti, tra l'altro, alla tutela della salute, «una preferenza qualitativa», ribadendo l'orientamento espresso dalla sentenza della Corte costituzionale 12 luglio 2017, n. 169 (e ripreso dalle Corte costituzionale 26 aprile 2018, n. 87, 24 luglio 2019, n. 197, 26 novembre 2021, n. 220) sulla nozione di "spesa costituzionalmente necessaria". Cfr. M. Belletti, *"Livelli essenziali delle prestazioni"*

Come riconosciuto dalla Corte costituzionale[12], le tecniche di fecondazione assistita rientrano nel concetto di cura e sono oggetto di prestazione medica, in quanto incidono sulla salute fisica e psichica della coppia e attengono a quel "nucleo irriducibile alla salute"[13] inteso sia come libertà dell'individuo sia quale diritto sociale ad una prestazione essenziale da parte del SSN[14].

La configurazione di un vero e proprio diritto di accesso alle stesse trova fondamento nell'esigenza di garantire il diritto costituzionale alla salute, diritto dal quale discendono non solo responsabilità individuali, ma anche responsabilità pubbliche verso i soggetti che chiedono l'assistenza medica alla procreazione per soddisfare un proprio diritto costituzionale[15]. Di conseguenza, gli interventi di procreazione medicalmente assistita rientrano nei livelli essenziali di assistenza con oneri a carico del SSN quanto alla componente farmaceutica. È quindi da considerarsi illegittimo un diniego opposto dalla Asl (come nel caso della sentenza in esame) al rimborso del prezzo dei farmaci necessari e preparatori all'intervento prescritti con il piano terapeutico del centro autorizzato ma non accreditato.

Tutti i centri autorizzati all'esecuzione di prestazioni di procreazione medicalmente assistita, iscritti nel Registro Nazionale procreazione medicalmente assistita, istituito dall'ISS ai sensi dell'art. 11 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, sono autorizzati alla prescrizione del piano terapeutico dei medicinali preparatori all'intervento soggetti alla Nota 74 di AIFA. Sarebbe quindi discriminatorio e contrario alla predetta legge,

---

*e "coordinamento della finanza pubblica"*, in C. Bottari (a cura di), *I livelli essenziali delle prestazioni sociali e sanitarie,* Santarcangelo di Romagna, 2014, 23 ss.; L. Pace, *I vincoli di spesa e le esigenze di bilancio nelle dinamiche della spesa farmaceutica. Profili di costituzionalità*, in *Dir. soc.*, 2017, 121 ss.; F.G. Cuttaia, *Il recupero della centralità del diritto alla salute. Prospettive di riforma del servizio Sanitario Nazionale*, Torino, 2022, 24 ss.

[12] M. D'amico, *La tutela della salute nella procreazione medicalmente assistita fra progresso scientifico e interpretazione della Corte costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, Special Issue* 2019, 2, 456 ss; G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017; Corte costituzionale 10 giugno 2014, 162.

[13] A. Vallini, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa",* in *Dir. pen e proc.*, 2014, 842.

[14] Sul tema: M.P. Iadicicco*, Prospettive e problematiche della riconduzione della PMA al diritto costituzionale alla salute*, in *Corti supreme e salute*, 2021.

[15] M.P. Iadiccio, *La lunga marcia verso l'effettività e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in *Rivista AIC*, 2018, 1.

che ha introdotto norme speciali in materia di procreazione medicalmente assistita, un provvedimento della Regione atto a subordinare la prescrizione del piano terapeutico al preventivo accreditamento del centro con il SSR.

Il supremo consesso è stato nel tempo concorde nel ritenere che la circostanza che la struttura PMA sia accreditata o meno, non rileva sotto alcun profilo atteso che la struttura non accreditata non pretende di chiedere alla Regione il rimborso delle prestazioni che eroga in favore dell'assistito (esami specialistici, visite, etc), ma si limita a prescrivere ai propri pazienti, ove occorra, l'uso di determinati farmaci per agevolare la procreazione. Tale attività non ha nulla a che vedere con l'accreditamento, il cui presupposto risiede nell'accertamento dell'effettivo bisogno assistenziale in relazione alla programmazione sanitaria della Regione, la quale valuta la capacità delle strutture pubbliche a garantire i livelli di assistenza in rapporto alla popolazione, ed al tetto massimo di spesa consentito per garantire la continuità assistenziale nel territorio.

Premesso quanto stabilito dal Consiglio di Stato è altrettanto noto, però, che il diritto alla salute, cui è ricondotto il ricorso alla PMA anche eterologa, non è assoluto; è un diritto condizionato, anche finanziariamente, sintetizzabile con la metafora di "Giano bifronte" per indicarne le plurime dimensioni bipolari. La trasversalità ed il primato della tutela sanitaria rispetto agli interessi sottesi ai conflitti finanziari tra Stato e Regioni in tema di finanziamento dei livelli essenziali, impone, come è noto, una visione trascendente della garanzia dei LEA che vede collocata al centro della tutela costituzionale la persona umana, non solo nella sua individualità, ma anche nell'organizzazione delle comunità di appartenenza che caratterizza la socialità del servizio sanitario[16].

## 2. *Equità e uniformità nell'accesso alla PMA*

Se è infatti indubbia la crescita della domanda di tali prestazioni è altrettanto evidente che ciò si inserisce in un contesto in cui alla stessa corrisponde la limitatezza delle strutture pubbliche ed il sempre più rigoroso contenimento delle risorse finanziarie sottoposte a vincoli di

[16] D. Servetti, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, in R. Balduzzi, G. Carpani (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013.

bilancio assai stringenti. Il dato indiscutibile diviene, ancora una volta, la necessaria correlazione diritto alla salute e costo della sua tutela, fermo restando il fatto che tale diritto sia definibile come "finanziariamente condizionato" non vale a significare né che la sua portata possa essere incisa solo sul versante economico-finanziario, dovendo il legislatore orientare le sue scelte nel rispetto dei criteri di equilibrio e proporzionalità, né che la valorizzazione di tale profilo rappresenti una limitazione della garanzia costituzionale. Deve essere fatto salvo il suo "nucleo essenziale" in ogni caso.

Quanto riportato crea alcuni dubbi specie in relazione all'inevitabile differenziazione strutturale a livello regionale nell'erogazione di queste prestazioni, causata, appunto, dal doveroso rispetto dei vincoli di tipo finanziario[17].

Non tutte le Regioni, infatti, sono potenzialmente in grado di integrare le risorse necessarie per provvedere alle varie fasi della procedura PMA (le metodiche sono rappresentate da diverse opzioni terapeutiche suddivise in tecniche di I, II e III livello in base alla complessità e al grado di invasività tecnica). Lo studio delle esperienze regionali sull'erogazione della fecondazione, soprattutto quella eterologa, rivela una certa disomogeneità, sia in relazione all'accesso alla procedura sia per quanto concerne tutte le prestazioni ad essa connesse (prescrizione di farmaci, esami diagnostici, indagini genetiche, supporto piscologico) che tende a trasferirsi sul livello di tutela del diritto[18].

Tali differenziazioni sottendono un grande problema di discriminazione, dal momento che l'irragionevole diversificazione nei limiti di operatività rischia di deragliare dai binari tracciati dalla normativa statale. Il problema, infatti, non riguarda esclusivamente l'amministrazione sanitaria statale ma anche, e soprattutto quella locale in quanto, affinché un determinato ente possa essere accreditato è necessario che lo stesso sia adeguatamente strutturato.

---

[17] G.A. Primerano, *Ripartizione delle risorse e determinazione dei tetti di spesa in ambito sanitario* (nota a TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 20 marzo 2023, n. 435), *Giustizia insieme*, 2023.

[18] A. Pioggia, *La disciplina in materia di procreazione e la riconquistata legittimità della fecondazione eterologa: un altro passo avanti per una legge che resta indietro,* in *GenIus*, 2, 2014; L. Violini, *Regioni ed eterologa: i livelli essenziali di assistenza, il coordinamento politico interregionale e le scelte regionali in materia,* in *Istituzioni del federalismo,* 2015; F. Angelini, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Napoli, 2020.

L'approvazione del nuovo decreto tariffe da parte della Conferenza Stato-Regioni rappresenta senza dubbio un potenziale cambio di passo nell'erogazione delle prestazioni riconosciute nei LEA, ma il raggiungimento di questo traguardo avviene in un momento di crisi complessiva del sistema sanitario in cui divengono sempre più evidenti quelle specifiche diseguaglianze nell'offerta di cura che si riscontrano tra Nord, Centro e Sud e tra qualità ed efficacia dei servizi offerti, specie in relazione all'accesso alle procedure di PMA.

Il nuovo aggiornamento dei LEA se da un lato non si limita a introdurre prestazioni ed interviene anche sulla loro razionalizzazione, rivedendo numerosi codici di prestazioni ambulatoriali ed aggiornando le definizioni tecniche attraverso la precisazione dei criteri di erogabilità, dall'altro non tiene sempre conto delle risorse a disposizioni delle Regioni.

L'equilibrio di bilancio e l'erogazione dei LEA in condizioni di appropriatezza, efficacia ed efficienza sono diventati, soprattutto per le Regioni impegnate a ripianare i debiti sanitari, una condizione primaria e indefettibile per erogare anche livelli ulteriori di assistenza sanitaria o extra LEA, che possono riguardare sia il finanziamento di servizi e prestazioni ulteriori rispetto a quelle previste nei LEA e nei rispettivi piani di rientro [19], sia decisioni attinenti all'organizzazione sanitaria regionale[20] .

## 3. *Squilibri allocativi ed attuazione dei LEA*

Stato e Regioni devono necessariamente orientare i loro rapporti in materia di LEA al principio di leale collaborazione[21] «coerentemente con

[19] Corte costituzionale 28 marzo 2013, n. 5.

[20] Corte costituzionale 3 maggio 2013, n. 79.

[21] La giurisprudenza della Corte in merito è estremamente copiosa tra le altre si ricordano le Corte costituzionale 27 marzo 2003, n. 88 e Corte costituzionale 31 marzo 2006, n. 134. Come si legge in tale ultima sentenza «la rilevante compressione dell'autonomia regionale che consegue alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, attribuisce al legislatore statale un fondamentale strumento per garantire il mantenimento di una adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto», esige «che queste scelte, almeno nelle loro linee generali, siano operate dallo Stato con legge, che dovrà inoltre determinare adeguate procedure e precisi atti formali per procedere alle specificazioni ed articolazioni ulteriori che si

lo sviluppo normativo che lo stesso ha avuto dalla sua istituzione ad oggi e con la *ratio* sottesa al disegno costituzionale, che solo apparentemente traccia una netta linea di demarcazione tra i poteri statali e quelli regionali nell'ambito della tutela della salute»[22]. Tanto a maggior ragione negli ultimi anni, in cui i "nuovi LEA", rispondendo a rinnovate esigenze di salute, hanno messo in luce le differenze regionali in merito alle performance nell'erogazione delle prestazioni.

Gli squilibri allocativi, la differente capacità gestionale, la contrazione della spesa e le conseguenti difficoltà a garantire i LEA si traducono anche in un aumento della spesa a carico delle famiglie (c.d. *out of pocket*). Dal punto di vista pratico, infatti, il problema delle risorse disponibili ha, di fatto, condizionato la concreta l'attuazione degli stessi ritardandone, anche l'emanazione[23].

Gli strumenti principali che le Regioni attuano per il contenimento della spesa e il rientro del debito sono, infatti, l'introduzione dei *ticket* e di quote di compartecipazione alla spesa a carico dei cittadini, con l'effetto di scoraggiare l'accesso alle prestazioni sanitarie e di non garantire, così, una adeguata fruizione e tutela dei diritti alle stesse connessi.

Nel merito dell'erogazione delle prestazioni di PMA le risorse stanziate non sono adeguate e il numero delle strutture, mettendo insieme pubblico e privato convenzionato, è insufficiente. Su un totale di circa 340 centri

---

rendano necessarie» (Corte cost. n. 88/2003). In dottrina: A. Andronio, *I livelli essenziali delle prestazioni sanitarie nella sentenza della Corte costituzionale 13-27 marzo 2003*, *n. 88*, in *federalismi.it,* 2003, 8, 10; G. Guiglia, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, Padova, 2007, 16 ss. C. Di Somma, *Livelli essenziali di assistenza e leale collaborazione attraverso l'intesa,* in *Forum di quaderni costituzionali*, 2006; E. Balboni e P.G. Rinaldi, *Livelli essenziali, standard e leale collaborazione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2006.

[22] A. Rovagnati, *livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto alla salute: un primo esempio di attuazione della previsione di cui alla lettera m), II comma, art. 117 Cost.,* in *Le Regioni*, 2003, 1171-1172.

[23] L. Cuocolo, A. Candido, *L'incerta evoluzione del regionalismo sanitario in Italia*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2014, 31 e giurisprudenza ivi richiamata. Interessante è il richiamo alla sentenza n. 271/2008 della Corte costituzionale, sulla rimborsabilità dei farmaci, dove si legge che «la legislazione in punto di livelli essenziali delle prestazioni coniuga una necessaria opera di contenimento della spesa farmaceutica (da ultimo, Corte costituzionale 7 luglio 2006, n. 279) con la garanzia che continuino peraltro ad erogarsi a carico del Servizio sanitario nazionale i farmaci reputati, secondo un apprezzamento tecnico-scientifico, idonei a salvaguardare il diritto alla salute degli assistiti».

iscritti al Registro nazionale della procreazione medicalmente assistita, quelli pubblici sono un terzo di quelli privati. Mentre se si considerano solo i centri di secondo e terzo livello, cioè quelli che eseguono gli interventi più complessi come la fecondazione in vitro, allora quelli pubblici sono 72 a fronte di 17 privati convenzionati e 113 privati[24].

L'organizzazione decentrata della sanità rende il rischio di disuguaglianza nell'accesso ai trattamenti quanto mai attuale, unitamente a quello di "mobilità passiva" che anche nel campo della procreazione medicalmente assistita ha contraddistinto le Regioni del Sud da quelle del Nord.

Il livello regionale incide anche e soprattutto sul tempo di disponibilità dei farmaci mediamente per un valore di circa 3-4 mesi, limitato rispetto al totale, ma significativo in termini anche di "percezione psicologica" per il paziente rendendo così il discorso dell'allocazione delle risorse finanziarie, direttamente collegato alla questione della prescrivibilità dei farmaci necessari all'accesso delle procedure di PMA[25].

Il problema principale è l'eterogeneità nei tempi e nelle disponibilità sul territorio nazionale, che contribuisce a produrre fenomeni di migrazione sanitaria tra Regioni e disparità d'accesso tra i cittadini, anche se l'Italia si posiziona ai primi posti per accesso alle cure in Europa e nel mondo.

A circa dieci mesi di distanza dall'entrata in vigore dei nuovi LEA i primi studi sull'accesso alla PMA evidenziano come quattro Regioni non riescano ancora a garantire la piena applicazione della normativa. Si concentrano nel Centro Sud, tra Puglia, Calabria, Molise, Sardegna. Ma non mancano ritardi nel Nord, dove a volte la maggior parte dei centri pubblici garantisce unicamente il primo livello (cioè, l'inseminazione intrauterina) e quindi non la fecondazione in vitro (secondo livello) né tantomeno le procedure chirurgiche avanzate (terzo livello). Questo nonostante siano decine di migliaia le coppie che si rivolgono al Servizio sanitario nazionale; la domanda è in costante crescita, come conferma la Società Italiana della Riproduzione Umana (SIRU)[26].

---

[24] E. Benelli, M. Bonati, *La procreazione assistita è un diritto? Sì, no, forse*, in *Scienzainrete*, 2024.

[25] E. Omodeo Salé, *Accessibilità al farmaco, il ruolo delle Regioni*, in *https://www.farmaciaospedaliera.it/*, 2023.

[26] C. Buzzacchi, *Il ruolo del "servizio sanitario e ospedaliero in ambito locale" alla luce dei parametri costituzionali dell'equilibrio di bilancio e dei LEA,* in *Forum di Quaderni Costituzionali,* 2020; F. Masci, *I LEA non sono assoggettabili ad alcun vaglio di sostenibilità*

## 4. *Conclusioni*

I "nuovi" LEA mirano a garantire un accesso più equo e inclusivo alle procedure di PMA con l'obiettivo di assicurare qualità, sicurezza e appropriatezza alle cure, ma ciò si scontra con criticità sempre più attuali: la copertura dei costi da parte delle Regioni e le differenze territoriali in termini di qualità di erogazione, quantità di erogazione e, appunto, il problema della spesa suddivisa fra bilancio regionale, statale e spesa privata del cittadino. Tali elementi rappresentano una premessa importante non solo per la tutela del diritto alla salute *tout court,* ma soprattutto per la possibilità di realizzare una buona convivenza civile, in un Paese con un assetto istituzionale di tipo regionalista e allo stesso tempo caratterizzato da spiccate peculiarità territoriali[27].

La situazione, peraltro, è ancora più grave in quelle Regioni sottoposte alla disciplina dei piani di rientro in cui il significativo deficit della spesa sanitaria impedisce di supplire con risorse proprie alla mancata attivazione dei LEA, come invece accaduto in alcune Regioni del centro e nord Italia.

La giurisprudenza amministrativa negli anni ha fornito un'interpretazione tendenzialmente estensiva del catalogo delle prestazioni ricomprese nei LEA; tuttavia, vi sono ancora numerose situazioni che richiedono tutela. Come nel caso della sentenza analizzata, infatti, spesso ci si trova dinanzi ad una rivendicazione operata da aziende accreditate e non che, facendo valere la propria natura di enti esponenziali di comunità territoriali, hanno impugnato i sempre più frequenti atti di chiusura di ospedali, disattivazione dei punti nascita, riduzione dell'offerta dei servizi.

La Corte costituzionale, ancora di recente, ha definito i LEA uno strumento per «contemperare la tutela della salute con il complessivo equilibrio finanziario del sistema sanitario»[28]. Se la garanzia dei LEA è finalizzata a rispondere ai bisogni essenziali di salute delle persone, le Regioni dovrebbero riuscire, auspicabilmente, a garantire livelli di assistenza

---

*economico-finanziaria: un trend giurisprudenziale in consolidamento*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020.

[27] A. D'ATENA, *Regionalism in Italy*, in *Italian Papers on Federalism*, 2013, 1; C. DESIDERI, *I regionalismi italiani e la nuova riforma costituzionale,* in *www.issirfa.cnr.it*, novembre 2016; S. MANGIAMELI, *La nuova parabola del regionalismo italiano: tra crisi istituzionale e necessità di riforme,* in *www.issirfa.cnr.it*, ottobre 2012; L. VANDELLI, *Il federalismo alla prova: le Regioni tra uniformità e differenziazione,* 14 novembre 2011, in *Paper Astrid.*

[28] Corte costituzionale 30 giugno 2022, n. 161.

sanitaria superiori ai LEA, nella forma appunto degli extra LEA, utilizzando risorse proprie e senza produrre debito sanitario[29].

In questa prospettiva è stato più volte affermato che, in ottemperanza al principio di leale cooperazione tra Stato e Regioni e con riguardo alla concreta garanzia dei LEA, spetta al legislatore predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione ed attuazione di essa, affinché la sua affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale, impegnando le Regioni a collaborare nella separazione del fabbisogno finanziario destinato (in parte) a spese incomprimibili da quello afferente ad altri servizi suscettibili di un giudizio in termini di sostenibilità finanziaria[30].

La determinazione, il finanziamento e l'erogazione dei LEA continua ad essere caratterizzato da un sistema articolato il cui equilibrio deve essere assicurato dalla sinergica coerenza dei comportamenti di tutti i soggetti coinvolti nella sua attuazione, e che qualifica il SSN in base a tre caratteristiche fondamentali: universalità, uguaglianza ed equità. È sempre più evidente che una adeguata rete di assistenza sul territorio non è solo una questione di civiltà a fronte delle difficoltà del singolo, ma rappresenta l'unico strumento di difesa per affrontare e rispondere con rapidità ai nuovi bisogni di cura ridefinendo le priorità e, soprattutto, riorientando le risorse a disposizione.
È quanto mai opportuno, dunque, che al riconoscimento di questi nuovi percorsi assistenziali nelle prestazioni poste a carico del SSN facciano seguito opportuni piani strategici che mirino ad assicurare un accesso equo e non discriminatorio a tutte le fasi della procedura di PMA la cui erogazione, in quanto riconosciuta e tutelata come strumento di "cura" va opportunamente ponderata con le provviste a disposizione delle amministrazioni regionali.

[29] Così Corte costituzionale 26 luglio 2023, n. 76, in cui si afferma che le Regioni sono chiamate a garantire «(almeno) i livelli essenziali di assistenza sanitaria».

[30] C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *rivistaaic.it*, 4, 201; F. Minni, A. Morrone, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, 2013, 3, 1 ss.

**Abstract**

Il contributo esamina l'integrazione della procreazione medicalmente assistita (PMA) nei nuovi livelli essenziali di assistenza (LEA), analizzando il complesso equilibrio tra indirizzi statali e determinazioni regionali. Partendo dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato sulla prescrivibilità farmaceutica da parte di centri autorizzati non accreditati, l'indagine approfondisce la tensione tra il nucleo irriducibile del diritto alla salute e il condizionamento finanziario della spesa pubblica. Particolare rilievo è assegnato agli squilibri allocativi territoriali e al conseguente rischio di frammentazione nell'accesso alle cure, fattore che compromette l'uniformità delle prestazioni sull'intero territorio nazionale. Attraverso il paradigma della leale collaborazione, si riflette sulla necessità di politiche regionali coerenti con i parametri di equità ed effettività della tutela costituzionale. La parte conclusiva evidenzia l'esigenza di un ripensamento dei modelli assistenziali volto a superare le disparità distributive e garantire la piena sostenibilità sociale delle prestazioni di PMA nel sistema sanitario.

The essay examines the integration of assisted reproduction techniques (ART) into the new Essential Levels of Care (LEA), analyzing the complex balance between State guidelines and regional determinations. Drawing on the jurisprudence of the Council of State regarding pharmaceutical prescribability by authorized yet non-accredited centers, the investigation delves into the tension between the irreducible core of the right to health and the financial constraints of public spending. Particular emphasis is placed on territorial allocative imbalances and the consequent risk of fragmentation in access to care, a factor that compromises the uniformity of healthcare provision across the national territory. Through the paradigm of loyal collaboration, the study reflects on the need for regional policies consistent with the parameters of equity and effectiveness of constitutional protection. The concluding section highlights the need to rethink healthcare models in order to overcome distributive disparities and ensure the full social sustainability of ART services within the healthcare system.

# Il principio di buona amministrazione nella gestione integrata del servizio di procreazione medicalmente assistita tra interesse pubblico e interessi privati

di Alessandra Piconese

Sommario: 1. Il diritto alla genitorialità. – 2. L'imparzialità nell'organizzazione amministrativa del servizio pubblico di procreazione assistita. – 3. L'assistenza territoriale e il PNRR. Misure regionali per la fertilità a fini sociali. – 4. Le innovazioni digitali e il potenziamento della rete europea di dati sanitari. – 5. La buona amministrazione e l'etica del diritto alla procreazione di tipo tecnologico. – 6. Riflessioni conclusive.

## 1. *Il diritto alla genitorialità*

Il diritto fondamentale alla genitorialità è strettamente correlato all'organizzazione sanitaria del servizio essenziale di assistenza. Un'affermazione che sente il bisogno di fare cenno ad almeno due aspetti centrali attualmente problematici: la portata del diritto in parola e la qualificazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita come trattamenti sanitari per la protezione della salute.

Rispetto all'inizio della vita umana e alla scelta di procreare occorre innanzitutto chiedersi se sia possibile riconoscervi un diritto alla piena autodeterminazione, che è riconducibile al più generale diritto di libertà oppure se ciò debba essere escluso[1].

Definita la natura occorre poi domandarsi se possa riconoscersi un diritto alla procreazione secondo le tecniche di riproduzione assistita[2].

Gli interrogativi assumono una dimensione costituzionale per il riferimento non solo al carattere fondamentale o meno del diritto a diventare genitore, ma anche per la sua riconducibilità alla salute umana e alla sua tutela[3].

[1] A. Ruggieri, *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in *Consultaonline*, 2016, 263-279. Inoltre, M.P. Iadicicco, *Promozione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2021.

[2] A. Mantovani, *La fecondazione assistita tra il 'diritto alla prole' e il 'diritto ai due genitori'*, in *Ind. Pen.* 1990, 416-432.

[3] G. Gemma, *Non diritti "insaziabili" ma microdiritti costituzionali circa l'uso del proprio corpo*, in *Diritto e società*, 2014, 207-235.

Il dibattito investe inoltre i limiti di ordine generale che sono correlati all'impatto dell'evoluzione scientifica, da cui possono attendersi pretese (e diritti) sempre nuovi e il cui soddisfacimento non può che essere legato a decisioni politiche.

Tra l'altro il contemperamento delle posizioni giuridiche dei singoli involge aspetti connessi all'etica del diritto entro cui si intrecciano interessi pubblici e interessi privati, che riguardano le generazioni presenti e quelle che verranno[4].

Le condizioni di accesso stabilite dalla legge risentono innanzitutto della dimensione relazionale del processo procreativo posto a salvaguardia del concepito e del futuro nato[5], ma anche delle necessità che emergono dai contesti demografici di riferimento[6].

Sotto entrambi i profili la qualificazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita come trattamento sanitario afferisce piuttosto alla dimensione costituzionale del diritto alla genitorialità inteso come aspetto di una più ampia tutela del diritto costituzionale alla salute.

Sul primo punto condividiamo l'idea degli studiosi che rimettono i diritti procreativi all'apprezzamento discrezionale del legislatore[7], accogliendo allo stesso tempo quel dubbio circa la piena autodeterminazione rispetto alle vicende che si riferiscono ai momenti di inizio e fine vita, definiti come «cruciali della esistenza umana»[8].

Sul secondo aspetto riteniamo di poter esplorare la procreazione medicalmente assistita all'interno dell'attuale interpretazione estensiva del diritto costituzionale alla salute[9]. In questo senso intendiamo procedere con l'analisi delle scelte del legislatore che sono destinate a garantire le relative prestazioni nell'ambito del servizio sanitario nazionale.

I diritti e le condizioni per l'accesso alle tecniche di PMA sono stabiliti dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40, che prenderemo in considerazione

---

[4] A. D'Aloia, voce *generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, Annali IX, 2016.

[5] Corte costituzionale 18 giugno 2019, n. 221.

[6] Istat, *Report Indicatori demografici anno 2024*, in *www.istat.it.*

[7] A. Ruggeri, *Ancora in tema di procreazione medicalmente assistita (chiose minime a margine di un corposo studio recente)*, in *Consultaonline*, 2021, 1, nota n. 15, 196.

[8] A. Ruggeri, *Ancora in tema di procreazione medicalmente assistita (chiose minime a margine di un corposo studio recente)*, cit., nota n. 15, 196.

[9] M.P. Iadicicco, *Prospettive problematiche della riconduzione della PMA al diritto costituzionale alla salute*, in *Corti supreme e salute*, 2021, 2, 420.

solo per i profili strettamente connessi alla presente analisi ossia per i principi generali indicati. Riguardo alle finalità il legislatore chiarisce che il ricorso alla procreazione assistita è consentito per risolvere i problemi riproduttivi che derivano dalla sterilità o infertilità umana (art. 1, comma 1). Quale «metodo terapeutico» il ricorso alla PMA è consentito solo in assenza di altri metodi destinati a rimuovere le cause di sterilità o infertilità (art. 1, comma 2). Inoltre, è il Ministro della salute che può promuovere ricerche sulle cause (patologiche, psicologiche, ambientali e sociali) della sterilità e infertilità e allo stesso tempo favorire gli interventi per la rimozione e riduzione dell'incidenza. Può, inoltre, incentivare gli studi e le ricerche sulle tecniche di crioconservazione dei gameti e può promuovere campagne di informazione e di prevenzione dei fenomeni della sterilità e infertilità (art. 2, comma 1). Per questa specifica finalità è prevista una spesa a carico del bilancio pubblico (art. 2, comma 2 e 3) e istituito un apposito Fondo per le tecniche di procreazione medicalmente assistita (art. 18). Lo stesso è ripartito tra le Regioni e le province autonome, secondo criteri che sono determinati con decreto del Ministero della salute, sentita la Conferenza Stato-Regioni.

Solo a partire dal 1° gennaio 2025 è stata data attuazione all'inserimento della procreazione medicalmente assistita nei livelli essenziali di assistenza realizzata con l'aggiornamento ai LEA, operato dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 12 gennaio 2017. Il decreto del Ministro della salute 25 novembre 2024 ha, infatti, provveduto a determinare le tariffe relative all'assistenza specialistica, ambulatoriale e protesica, adottando per la PMA quelle applicate dalla Regione Emilia Romagna.

Il Servizio sanitario nazionale garantisce oggi l'accesso alla procreazione assistita a quelle coppie con diagnosi di infertilità su tutto il territorio nazionale e alle medesime condizioni anche in termini di uniformità di *ticket* e integrazione tariffaria.

Siamo in grado di affermare un terzo elemento peculiare che si riferisce alla procreazione assistita ovvero che si tratta di una metodologia terapeutica che pretende una diagnosi di infertilità (evidente condizione di salute). Inoltre, viene annoverata tra i livelli essenziali di assistenza, sanitaria, con accesso universale garantito sulla base della disciplina nazionale contenuta nella legge 23 dicembre 1978, n. 833 e alle condizioni specificamente previste (vi sono limiti che si riferiscono all'età della donna e al numero di tentativi) dalla disciplina sulle prestazioni ambulatoriali.

Possiamo inoltre dire che l'effettiva realizzazione del diritto alla genitorialità si confronta con decisioni pubbliche che hanno non solo natura politica, ma soprattutto amministrativa[10]: abbiamo fatto riferimento ad una questione prioritaria che è quella delle risorse economiche necessarie a garantire la domanda di prestazione e che finisce per aver un impatto sull'individuo, ma soprattutto sulla collettività[11].

Sul punto vedremo come le Regioni hanno un ruolo attivo ben definito, non solo per ciò che riguarda il profilo legislativo, ma soprattutto amministrativo del servizio nazionale[12].

Precisiamo infine che siamo dinanzi a bisogni cui lo Stato sociale deve fornire una risposta[13], nel rispetto dei principi costituzionali di imparzialità e buona amministrazione.

Sulla base di queste premesse intendiamo verificare secondo quale modalità e approccio il servizio territoriale di assistenza sanitaria garantisce l'accesso alla procreazione medicalmente assistita. Dal punto di vista del metodo prenderemo in considerazione e analizzeremo specifiche modalità attuative delle amministrazioni regionali, attraverso cui viene reso possibile l'esercizio del diritto alla genitorialità.

L'analisi diventa ancor più sfidante alla luce delle innovazioni digitali che stanno interessando l'amministrazione pubblica[14] e della necessità di uniformità richiesta a livello europeo per la gestione dello spazio giuridico europeo dei dati sanitari[15]. Il nuovo regolamento (UE) 2025/327 sull'uso dei dati sanitari (EHDS) stabilisce le condizioni a partire dalle quali vengono gettate la basi per la comparabilità delle informazioni raccolte. Ciò con tutte le garanzie previste per il trattamento dei dati personali alla

[10] A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, 1997.

[11] F. Pallante, *Diritto alla salute e spesa sanitaria*, in *Diritto Amministrativo,* 2024, 3, 703.

[12] Sulla disomogeneità territoriale e le criticità gestionali v. Corte dei conti, sez. autonomie, 4 dicembre 2025, *Relazione al Parlamento sulla gestione dei servizi sanitari regionali*, spec. 198.

[13] M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1993.

[14] L. Del Corona, A. Giubilei, M. Ladu, V. Montozzi, *Intelligenza artificiale, sanità digitale ed esigenze di regolazione: l'intreccio tra soggetti pubblici e privati*, in *federalismi.it*, 17 dicembre 2025; S. Del Gatto, *Nuove tecnologie, pubblica amministrazione e rapporto con gli atti amministrativi. Brevi note sulle tendenze in atto*, in *Diritto Pubblico*, 2025, 1, 155-180.

[15] Sul tema generale della sanità digitale v. I. Glenn Cohen, D.B.Kramer, J. Adler-Milstein, C. Shachar (edited by), *Digital health care outside of traditional clinical settings. Ethical, legal and regulatory challenges and opportunities*, London, 2024.

luce del regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR)[16].

## 2. *L'imparzialità nell'organizzazione amministrativa del servizio pubblico di procreazione assistita*

Nell'organizzazione e nell'attività amministrativa di gestione del servizio sanitario, destinato alla procreazione medicalmente assistita, occorre che non sia discriminata la posizione dei soggetti coinvolti nel perseguimento dell'interesse pubblico alla salute, che è in cura alla pubblica amministrazione[17].

L'organizzazione e l'attività amministrativa devono essere poste al riparo da indebite interferenze[18].

L'imparzialità, inoltre, deve sussistere nei diversi livelli di attuazione dell'azione amministrativa[19] e per questo si pretende che l'amministrazione sia strutturata in modo da assicurare una condizione oggettiva di aparzialità[20].

Il precetto costituzionale si rivolge anche all'amministrazione quando regola la propria organizzazione e adotta le concrete misure di organizzazione[21]; in questo senso la norma costituzionale conterrebbe una riserva di organizzazione in capo all'esecutivo[22]. Ciò significa che le amministrazioni devono erogare i servizi pubblici a favore di tutti i soggetti che ne abbiano titolo, senza distinzioni e discriminazioni[23].

La pubblica amministrazione dovrebbe garantire l'accesso in condizioni di non discriminazione e parità, nel rispetto dell'ulteriore principio costituzionale di uguaglianza e solidarietà.

Nelle prospettive recenti si fa inoltre riferimento alla cura e alla spiritualità, alle vicende dell'esperienza umana oltre che alla storia della

---

[16] B. Ponti, *Trattamento dei dati personali e standard di legalità: elementi di preminenza delle esigenze di circolazione*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2025, 2, 1-11.

[17] M.A. Sandulli, F. Aperio Bella, A. Coiante, C.F. Iaione (a cura di), *Pubblico, privato e comunità in sanità,* Napoli, 2024.

[18] M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966.

[19] U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965.

[20] E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2024.

[21] E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2024, 44.

[22] M. Nigro, voce *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell')*, in *Enc. Giur., Treccani*, II, Roma, 1988.

[23] A. Pioggia, *Quale sostenibilità per il servizio sanitario italiano?,* in *Dir. Amm.*, 2024, 3, 721.

malattia del paziente[24]. Riflessione da cui emerge l'importanza della collaborazione tra discipline cliniche che si occupano della salute mentale, quindi anche della psicologia e della psichiatria, e altre prospettive, ad esempio spirituali e antropologiche, che insieme alle prime e in un approccio multidimensionale conducono il sistema di cura nel bilanciamento tra etica del diritto e bisogni degli individui e consentono la mediazione tra aspetti economici e logiche di profitto[25].

Il modello di cura, quest'ultima intesa come «approccio al benessere collettivo», e quindi anche la cura riferibile agli aspetti medici della persona e del suo essere umano, solleva oltre alla questione dei bisogni anche quella della vulnerabilità e della «reciproca interdipendenza» all'interno di una comunità[26]. Una prospettiva che riscopre il concetto di solidarietà presente nella nostra Carta costituzionale e che è anche «espressione di un sentimento di appartenenza alla collettività»[27] ovvero del concetto di sussidiarietà. Sulla base della sussidiarietà riconosciuta nell'art. 118 della Costituzione sussiste il dovere delle amministrazioni pubbliche di favorire «la libera espressione dell'atteggiamento di cura che i cittadini singoli o associati esprimono nella disponibilità a svolgere attività di interesse generale»[28].

Per non perdere di vista l'organizzazione sanitaria e la complessità delle sue funzioni si sottolinea l'importanza della stessa non solo di «erogare prestazioni, ma prendersi cura delle persone, della collettività e della loro salute». Una logica, quella della relazione pubblico-privata nell'amministrazione condivisa, che è «fondata invece sulla indipendenza e scomposizione della persona nei suoi bisogni, da soddisfarsi in maniera singolare e standardizza-

[24] M.A. Sandulli, *Spiritualità nella cura*, in *federalismi.it, Osservatorio di diritto sanitario*, 2 novembre 2022, 2-7.

[25] Idem, 3.

[26] A. Pioggia, *La cura nella Costituzione. Prospettive per una amministrazione della cura*, in G. Arena, M. Bombardelli (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Trento, 2022, 52.

[27] Idem, 56.

[28] Idem, 56.

ta. Una amministrazione che si organizza in maniera efficace e sostenibile, ma che non opera come una azienda produttiva»[29].

In relazione ai tratti delineati possiamo a questo punto individuare gli elementi caratteristici indicati nella legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale 23 dicembre 1978, n. 833 e ss.mm. e integrazioni[30].

L'organizzazione amministrativa del servizio sanitario, che «arriva a prendersi cura, in maniera completa ed esauriente, delle esigenze più vive della vita delle persone»[31], è basata sul principio della universalità, ciò in corrispondenza con i principi di giustizia sociale, uniformità e di globalità[32].

Il successivo riassetto dell'organizzazione è avvenuto con decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 e con decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229, che hanno dapprima avviato e poi rafforzato il processo di aziendalizzazione e privatizzazione su base regionale, che eroga servizi nel rispetto delle risorse finanziarie messe a disposizione dal SSN e integrate dalle entrate connesse alla prestazione (*ticket*)[33]. Ciò sempre nell'ottica del soddisfacimento del diritto all'universalità[34] e nel rispetto dei principi di sostenibilità, appropriatezza ed efficienza[35]. Il secondo dei due interventi normativi ha rafforzato il ruolo di programmazione da parte dello Stato attraverso la previsione del Piano Sanitario nazionale triennale e l'attribuzione alle Regioni di una responsabilità più ampia per la gestione dei servizi a livello locale. L'imposizione dei vincoli di bilancio alle aziende sanitarie e la verifica periodica del sistema costituiranno le basi per una maggiore trasparenza e controllo della spesa pubblica sanitaria[36].

---

[29] Idem, 60.

[30] F. Saitta, *Il servizio sanitario nazionale: punti fermi e prospettive evolutive*, in *Nuove autonomie*, 2024, 1-2, 79-121.

[31] A. Catelani, *La sanità pubblica*, Padova, 2010, 45.

[32] F. Taroni, *Salute, sanità e regioni in un Servizio sanitario nazionale*, in M. Salvati, L. Sciolla (a cura di), *L'Italia e le sue Regioni. L'età repubblicana*, Roma, 2015, 547.

[33] A. Spatola, *Il solito dilemma: il finanziamento della salute tra effettività della tutela ed esigenze di bilancio. Evoluzione, critiche e prospettive alla luce del recente dibattito sociale*, in *Corti supreme e salute*, 2023, 3, 705.

[34] A. Mattioni, *Le quattro riforme della sanità. Una lettura sinottica di nodi istituzionali fondamentali*, in R. Balduzzi (a cura di), *Trent'anni di servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, Bologna, 2009, 299.

[35] Cfr. il d.lgs. n. 229/1999, che contiene le *Norme per la razionalizzazione del Servizio sanitario nazionale.*

[36] C. Feliziani, *Sostenibilità finanziaria e servizi pubblici. Corsi e ricorsi storici nel*

Le esigenze di universalità devono perciò essere contemperate con una «inevitabile limitatezza delle risorse», poiché «non è pensabile di spendere senza limiti, avendo soltanto riguardo ai bisogni». Difatti il Consiglio di Stato ha affermato che è «la spesa a dover essere commisurata alle rispettive disponibilità finanziarie, le quali condizionano la quantità ed il livello delle prestazioni sanitarie»[37].

Nella complicata relazione tra soddisfacimento del diritto alla salute, inteso anche come diritto sociale, esigenze di bilancio ed effettività nell'esercizio dei diritti si ritiene di poter «nutrire un certo ottimismo», che deriverebbe da quella sensibilità del giudice amministrativo «nell'ammettere la giustiziabilità dei LEA» o del giudice costituzionale nel ritenere «inconcepibile» l'oltrepassare da parte del legislatore «il recinto dei beni incomprimibili»[38] tra cui rientra il «servizio di trasporto scolastico e di assistenza» allo studente disabile, come garanzia «di effettività del medesimo diritto»[39].

Attualmente i temi del finanziamento e del livello delle prestazioni sanitarie costituiscono l'oggetto del confronto[40] su cui dovrà fondarsi il riordino del governo della sanità. Ciò nell'ambito della discussa riforma del cd. regionalismo differenziato, di cui è stata ritenuta l'illegittimità costituzionale parziale da parte della Suprema Corte[41].

Accanto ai temi finanziari e a quelli delle condizioni minime del servizio reso vi sono altre questioni del diritto sanitario che meritano conside-

*finanziamento del servizio sanitario*, in *Munus*, 2017, 2, 369-400.

[37] Consiglio di Stato, sez. III, 22 febbraio 2017, n. 836.

[38] F. Saitta, *Il servizio sanitario nazionale: punti fermi e prospettive evolutive*, cit., 86.

[39] Corte costituzionale 19 ottobre 2016, n. 275.

[40] La revisione del modello organizzativo del SSN è contenuta attualmente nel d.d.l. recante la delega al governo per l'adozione di misure in materia di organizzazione e potenziamento dell'assistenza territoriale e ospedaliera, approvato dal Consiglio dei ministri il 12 gennaio 2026 e preceduto dalla legge 30 dicembre 2025, n. 199.

[41] Corte costituzionale 3 dicembre 2024, n. 192 con commento di G. Gardini, *La Corte costituzionale riscrive il regionalismo differenziato, ma molte questioni restano ancora senza risposta*, in *Istituzioni del federalismo*, 2025, 1, 7-16 e C. Tubertini, *Prime osservazioni sul Disegno di legge recante delega al Governo per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Astrid*, 2025.

razione e sui cui occorre intervenire per evitare che le innovazioni seguite alla crisi sanitaria possano essere vanificate[42].

Ci riferiamo in particolare alla dimensione territoriale del servizio e alle cure di assistenza primaria che mettono al centro del sistema la relazione tra medico e paziente.

Nell'ambito delle condizioni descritte possiamo immaginare che all'interno del servizio territoriale – l'unico in grado di garantire una capillare azione di informazione ed educazione[43] – si possa avviare un percorso per l'individuazione, tra i propri assistiti, di potenziali soggetti interessati (somministrazione di test di indagine e avvio, su base volontaria, di un percorso di educazione e informazione sui rischi di infertilità; screening destinati alla prevenzione).

Il servizio medico di base dovrebbe essere supportato, coerentemente con l'attuale tendenza alla gestione integrata degli interventi pubblici in materia sanitaria, da figure che abbiano adeguata formazione e siano il più possibile diversificate[44].

Questo presuppone uno studio approfondito delle nuove tendenze che riguardano l'organizzazione dell'assistenza territoriale anche nella logica della rete europea. A questo proposito può essere prezioso spunto di approfondimento la risoluzione del Parlamento europeo del 24 giugno 2021 sulla situazione della salute sessuale e riproduttiva e relativi diritti nell'Ue, nel quadro più ampio della salute delle donne. Molto interessante è il riferimento alla strategia dell'Organizzazione Mondiale della Sanità «per la salute e il benessere delle donne per il periodo 2017-2021» e il relativo «piano di azione per la salute sessuale e riproduttiva» del 2016. Allo stesso modo di sicuro rilievo è il «concetto generale di salute sessuale e riproduttiva e relativi diritti» (Considerando B) e la loro tutela in quanto «diritti umani» per esempio nel Patto internazionale relativo ai diritti politici e civili (Considerando C). Per gli aspetti dell'organizzazione prendiamo in considerazione il riferimento

[42] R. Donini, *Il Servizio Sanitario Nazionale, Una storia da continuare*, Milano, 2024.

[43] L. Busatta, *Potenzialità e aspetti critici del nuovo volto della sanità territoriale, tra esigenze di uniformità e difficoltà attuative*, in *federalismi.it*, 2023, 26, 18-39. Tra le misure più recenti vi è il reclutamento dello psicologo di base con legge regionale Puglia 15 giugno 2023, n. 11 in *https://www.sanita.puglia.it/web/asl-bari/-/psicologo-di-base-la-asl-di-bari-avvia-il-reclutamento-dal-1-dicembre*.

[44] B. Gagliardi, *Il modello a rete come principio d'organizzazione per l'adeguatezza in sanità*, in *Diritto amministrativo*, 2024, 3, 761.

alla promozione della salute sessuale da parte dell'Unione europea, che però non ha una competenza diretta e tuttavia si pone l'obiettivo di favorire «la cooperazione tra gli Stati membri» […] con il «metodo del coordinamento aperto» (Considerando D). Ancora il richiamo ai «servizi per la salute sessuale e riproduttivi» quali «servizi sanitari essenziali» da rendere «disponibili a tutti» e che comprendono «attività di educazione in materia di sessualità e relazioni esaustive, basate su dati concreti e adeguate all'età; attività di informazione, consulenza riservata e imparziale e servizi per la salute e il benessere sessuali e riproduttivi; attività di informazione e consulenza in materia di contraccezione moderna» (Considerando J).

Di assoluto rilievo, infine, il riferimento dell'OMS alla «infertilità come una patologia dell'apparato riproduttivo, caratterizzata dall'incapacità di raggiungere uno stato clinico di gravidanza dopo un periodo di 12 mesi o più di regolari rapporti sessuali non protetti» (Considerando M).

In questo senso e per il perseguimento dell'obiettivo di «creare un consenso e affrontare le sfide in materia di salute sessuale e riproduttiva» l'Unione europea invita gli Stati membri a «salvaguardare il diritto di tutte le persone […] di compiere scelte informate riguardo alla salute sessuale» e «promuovere l'accesso universale ai servizi concernenti la salute sessuale e riproduttiva».

Con riferimento specifico alle «terapie per la fertilità» l'invito agli Stati è nel senso di «garantire che tutte le persone in età riproduttiva abbiano accesso alle terapie per la fertilità, indipendentemente dalla situazione socio economica, dallo stato civile, dall'identità di genere o dall'orientamento sessuale» (lett. e n. 39).

## 3. *L'assistenza territoriale e il PNRR. Misure regionali per la fertilità a fini sociali*

Riteniamo a questo punto necessario approfondire l'evoluzione del quadro normativo che è derivato dagli interventi successivi alla crisi pandemica.

Il riferimento è al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e al successivo decreto del Ministero della salute 23 maggio 2022, n. 77 sulla definizione dei modelli e standard per lo sviluppo dell'assistenza territoriale nel Servizio sanitario nazionale.

Prenderemo infine in considerazione alcuni provvedimenti di attuazione di Regioni italiane per verificare se sono in linea con le prospettive innovative descritte in termini di imparzialità, non discriminazione e accesso universale, ma anche per comprendere le ragioni di alcune scelte politico-amministrative.

Accenneremo soltanto alle prospettive indicate nell'ultimo disegno di legge di delega approvato recentemente dal Consiglio dei ministri.

Cominciamo dal riferimento al PNRR[45] e alla missione destinata al rafforzamento delle strutture e dei servizi sanitari di prossimità e dei servizi domiciliari[46].

Suddivisa in due componenti la prima Missione 6 è intitolata alle reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale e comprende (1) le case di comunità e presa in carico della persona; (2) la casa come primo luogo di cura; (3) l'implementazione delle centrali operative territoriali; (4) il rafforzamento della telemedicina per un migliore supporto ai pazienti cronici; (5) il rafforzamento dell'assistenza sanitaria intermedia e delle sue strutture (ospedali di comunità)[47].

La seconda componente – che tratteremo di seguito – è intitolata innovazione, ricerca e digitalizzazione del servizio sanitario e comprende (1) l'aggiornamento tecnologico e digitale (2) la formazione, ricerca scientifica e trasferimento tecnologico[48].

Il DM n. 77/2022 individua gli standard qualitativi, strutturali e tecnologici relativi all'assistenza territoriale sulla base dei quali le Regioni e province autonome sono tenute ad adeguare l'organizzazione dell'assistenza territoriale (art. 1).

Il monitoraggio semestrale è affidato ad Agenas, Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali, anche nella sua attuale competenza di

[45] Il decreto del Ministero dell'economia e delle finanze 6 agosto 2021 ha provveduto alla assegnazione delle relative risorse finanziarie.

[46] C. Bottari, P. De Angelis, P. D'Onofrio, F. Laus, *Quale nuovo ruolo del medico di medicina generale nella riforma della sanità territoriale?*, in *federalismi.it*, *Osservatorio di diritto sanitario*, 10 agosto 2022.

[47] Si v. C. Tubertini , *L'assistenza territoriale in trasformazione. Il ruolo delle comunità e delle istituzioni*, in *Lavoro e diritto*, 2024, 2, 393-412. Agenas ha avviato la formazione manageriale sullo sviluppo dell'assistenza territoriale che è reperibile all'indirizzo *https://www.agenas.gov.it/i-quaderni-di-monitor—-supplementi-alla-rivista/2408-corso-di-formazione-manageriale-agenas-i-project-work-dei-discenti-sullo-sviluppo-dell-assistenza-territoriale*.

[48] Per gli aspetti innovativi della sanità digitale v. N. Posteraro, *Sanità digitale. Fascicolo sanitario elettronico e PNRR*, in *Sanità pubblica e privata*, 2023, 2, 19-25.

Agenzia per la sanità digitale. Lo strumento sviluppato da Agenas è una mappa interattiva, dedicata al monitoraggio e alla visualizzazione dei progetti di investimento previsti dal PNRR – Missione salute 6 nella sua prima componente. Organizzata per contesti geografici, essa offre la possibilità di visualizzare i progetti e i dati che si riferiscono a case e ospedali di comunità; centrali operative territoriali (per l'assistenza da remoto e la telemedicina). Nella versione consultabile, che è quella aggiornata al 21 luglio 2025, possiamo stimare la realizzazione di 1.350 case delle comunità hub costruite su base demografica (ovvero ogni 40.000-50.000 abitanti), secondo una struttura che è capillare sul territorio, in cui si opera in gruppo multiprofessionale (medico di base e pediatra di libera scelta; medici specialisti; infermieri, assistenti sociali)[49].

Allo stesso modo è consultabile la realizzazione di 400 ospedali di comunità (la previsione riguarda 1 OdC da 20 posti letto ogni 100.000 abitanti) con un modello organizzativo che si basa su una continuità assistenziale nelle 24 ore e 7 giorni su 7[50].

Riguardo all'implementazione delle centrali operative territoriali è possibile stimare la realizzazione nel numero di 300 (sulla base del riferimento di una CoT ogni 100.000 abitanti in cui è presente un coordinatore infermieristico, 3-5 infermieri, 1-2 unità di personale di supporto). La struttura dovrebbe essere in grado di favorire il coordinamento tra i servizi e i professionisti in attività territoriali, sanitarie e socio sanitarie, ospedaliere e rete dell'emergenza[51].

Occorre inoltre tener conto di quelle che sono le linee di tendenza adottate nel disegno di legge delega approvata dal Consiglio dei ministri il 12 gennaio 2026, che riguarda la riorganizzazione e il potenziamento dell'assistenza territoriale e ospedaliera e ridefinisce il modello organizzativo del SSN.

È previsto l'aggiornamento della classificazione delle strutture ospedaliere, l'individuazione degli ospedali elettivi (privi di pronto soccorso), il miglioramento dell'appropriatezza tramite standard minimi per l'attività di ricovero; il potenziamento delle buone pratiche clinico-

[49] I dati sono disponibili all'indirizzo *https://www.agenas.gov.it/pnrr/missione-6-salute/case-della-comunità-cdc*.

[50] I dati sono disponibili all'indirizzo *https://www.agenas.gov.it/images/agenas-imgs009pdf.pdf*.

[51] I dati sono disponibili all'indirizzo *https:// www.agenas.gov.it/pnrr/missione-6-salute/implementazione-delle-centrali-operative-territoriali-cot*.

assistenziali e organizzative; l'aggiornamento dell'assistenza per persone con patologie croniche; la valorizzazione della bioetica clinica come strumento di umanizzazione delle cure; il riordino della disciplina dei medici di medicina generale e dei pediatri di libera scelta.

La riorganizzazione è volta a «garantire la piena accessibilità, in condizioni di uguaglianza e appropriatezza, ai livelli essenziali di assistenza dei cittadini agendo in prevenzione prima ancora che in cura, nonché di rafforzare l'investimento in capitale umano debitamente formato, attraverso l'ampliamento della rete formativa in medicina e chirurgia e la revisione del relativo trattamento economico, il potenziamento e la riqualificazione delle strutture sanitarie in tecnologia e innovazione e lo sviluppo dei servizi digitali, garantendo l'interoperabilità dei dati e il controllo degli erogatori mediante rating prestazionale nonché potenziando la sanità veterinaria e la sicurezza alimentare, per un sistema globale di valutazione del benessere dell'utente» (art. 1, comma 1).

Le finalità descritte saranno perseguite mediante «disposizioni in tema di digitalizzazione dei servizi sanitari, di abbattimento delle liste di attesa e di valutazione e monitoraggio delle prestazioni, volte a garantire a tutti i cittadini l'equo e sostenibile accesso alle cure, la personalizzazione e l'umanizzazione delle stesse nell'ambito dell'assistenza territoriale primaria, dell'emergenza-urgenza, della cura delle malattie mentali, delle malattie croniche, in particolare quelle oncologiche, nonché della prevenzione e dell'educazione sanitaria, secondo princìpi di congruenza clinico-organizzativa e assistenziale» (art. 1, comma 2).

All'interno del disegno di legge sono previsti termini alle Regioni per l'adeguamento del sistema di regolazione (per es. 60 giorni dall'entrata in vigore per la definizione del modello di regolazione contrattuale dei professionisti, art. 2, comma 1).

I decreti di attuazione del disegno di legge delega dovranno essere adottati entro il 31 dicembre 2026.

Il ruolo delle Regioni sarà fondamentale per la definizione dei modelli di regolazione, per la garanzia sull'equità nell'accesso, sul rafforzamento della rete pubblica e la stipula delle convenzioni con i privati anche e soprattutto con riferimento alle tecniche di fertilità.

Secondo la relazione in materia di procreazione medicalmente assistita (PMA), trasmessa al Parlamento dal Ministro della salute il 19 dicembre 2025 e relativa all'attività dei centri nel 2023, è innanzitutto confermata

una maggiore incidenza dei centri pubblici in alcune Regioni del Nord.

I centri di PMA di II e III livello che offrono un servizio privato sono in numero superiore rispetto all'insieme dei centri che offrono servizi di tipo pubblico e privato convenzionato: «il 35,7% dei centri è pubblico ed effettua il 36% dei cicli; l'8,7% è privato convenzionato ed effettua l' 8,6% dei cicli; il 56% è privato ed effettua il 55,4% dei cicli. Dunque, complessivamente il 62,6% dei cicli di trattamenti di II e III livello con gameti della coppia si effettua nell'ambito del SSN (in centri pubblici e privati convenzionati».

Nelle sue conclusioni il Ministro auspica il miglioramento dell'«accessibilità alle tecniche di PMA garantendo alle coppie l'offerta dei percorsi nelle strutture pubbliche e private convenzionate, annullando o riducendo le differenze regionali nell'offerta»[52].

Tra le misure regionali si segnala per l'anno 2025 quella conosciuta come *social freezing* della Regione Puglia. Sulla base della legge regionale del 31 dicembre 2024, n. 42, che contiene le «disposizioni per la formazione del bilancio di previsione 2025 e bilancio pluriennale 2025–2027 della regione Puglia», è stato adottato l'atto dirigenziale 17 marzo 2025, n. 352 da parte del Dipartimento Welfare, Sezione Benessere Sociale, Innovazione e Sussidiarietà, che contiene le «norme in materia di preservazione della fertilità per fini sociali. Riparto risorse e impegno di spesa in favore delle aziende Sanitarie Locali pugliesi»[53].

La misura prevede la possibilità di presentare domanda per ottenere un contributo destinato al sostegno economico per la prestazione erogata da centri pubblici e privati di procreazione medicalmente assistita, che siano autorizzati dal Ministero della sanità e inseriti nel registro nazionale PMA presenti sul territorio nazionale.

La prestazione non deve rientrare tra quelle gratuite, che sono invece inserite nei livelli essenziali di assistenza, garantiti dal SSN ai sensi del DPCM 12 gennaio 2017.

Devono sussistere le condizioni di residenza (ininterrotta nella Regione Puglia da almeno 12 mesi alla data di presentazione della

[52] La relazione è disponibile all'indirizzo *https://www.salute.gov.it/new/sites/default/files/2026-01/Relazione_PMA_2025%20portale%20il%2012%2001%202026%20%284%29.pdf*.

[53] Sono reperibili le delibere e le sedi presso cui la misura è fruibile all'indirizzo *https://sist.sanita.puglia.it/web/asl-taranto/news-in-primo-piano_det/-/journal_content/56/36057/avviso-pubblico-anno-2025-per-il-contributo-social-freezing-preservazione-della-fertilita-per-fini-sociali.*

domanda); età anagrafica (compresa tra i 27 e 37 anni alla data di presentazione della domanda); di situazione economica (attestazione Isee che riporti un valore pari o inferiore a euro 30.000), importo massimo del contributo (euro 3.000) viene erogato per una sola volta.

La misura costituisce esempio di sostegno pubblico al diritto alla genitorialità volto a riequilibrare il disagio economico affrontato nelle pratiche di procreazione medicalmente assistita.

## 4. *Le innovazioni digitali e il potenziamento della rete europea di dati sanitari*

Abbiamo fatto riferimento alla seconda componente della Missione 6 che riguarda l'innovazione, la ricerca e la digitalizzazione del servizio sanitario.

Gli strumenti per la sanità digitale sono la telemedicina, il fascicolo sanitario elettronico, l'intelligenza artificiale, l'ecosistema dei dati sanitari. Tutti sono oggetto di progetti strategici dell'Agenzia per la sanità digitale[54].

Con la telemedicina l'erogazione dei servizi sanitari avviene attraverso l'utilizzo di strumenti digitali[55]. Le cure tradizionali vengono offerte attraverso la piattaforma nazionale di telemedicina per consentire il superamento di barriere geografiche e temporali. La tecnologia diviene strumento per l'equità e l'accessibilità del diritto alla salute.

Agenas gestisce l'infrastruttura e le Regioni provvedono alla sua implementazione con lo scopo di fornire il servizio di televisita (cioè la consultazione medica a distanza), teleconsulto (confronto tra i medici su casi clinici), teleassistenza (per il supporto ai pazienti che necessitano di assistenza continua), telemonitoraggio (per il controllo dei parametri della salute).

La dotazione di postazioni di lavoro dedicate alla telemedicina dovrebbe agevolare la diffusione capillare del servizio, che è strumentale alla tecnologia per il FSE, il sistema tessera sanitaria e l'ecosistema dei dati sanitari[56].

---

[54] Cfr. l'art. 21 del decreto-legge 27 gennaio 2022, n. 4, convertito con modificazioni in legge 28 marzo 2022, n. 25 che ha attribuito competenze per la sanità digitale all'Agenzia nazionale per i servizi sanitari con il preciso obiettivo di «garantire omogeneità a livello nazionale ed efficienza delle politiche di prevenzione nell'erogazione dei servizi sanitari, ivi inclusi quelli della telemedicina».

[55] F. Aperio Bella, *Il ruolo del diritto nella prevenzione della medicina difensiva a distanza: sfide e prospettive nell'uso della telemedicina*, in *federalismit.it*, 2023, 1, 305-318.

[56] Le informazioni sul funzionamento del sistema sono reperibili all'indirizzo

Il fascicolo sanitario elettronico permette di tracciare la vita storica sanitaria e allo stesso tempo consente la consultazione dei dati in esso contenuti, quindi la sua condivisione con i professionisti sanitari. Il servizio che si basa sulla condivisione dei dati clinici assicura continuità assistenziale e personalizzazione della cura su tutto il territorio[57].

Il servizio si avvale di una piattaforma online che consente l'archiviazione dei dati e dei documenti su un'unica posizione, anche quelli relativi alla scelta e revoca del medico di medicina generale. L'accesso ai dati è consentito agli operatori sanitari con l'eccezione dei dati oscurati. La struttura è decentralizzata perché gestita dalle singole Regioni, sulla base di un coordinamento nazionale garantito dalle specifiche tecniche che sono dettate dal Ministero della salute e dall'Agenzia per l'Italia digitale[58]. Con la Missione 6 del PNRR il servizio è passato ad una fase più avanzata (FSE 2.0)[59] per consentire la interoperabilità con l'ecosistema dei dati sanitari.

L'ecosistema dei dati sanitari è stato istituito con decreto del Ministero della salute del 31 dicembre 2024. Il progetto è parte di un disegno europeo più ampio nell'ambito degli obiettivi generali dell'Unione europea ·per una salute più forte[60]. Inserito nel programma *Eu4Health* esso persegue il miglioramento dell'efficienza delle risorse attraverso l'implementazione di *best practices* e la condivisione di dati, nonché la trasformazione digitale[61]. Ci si propone inoltre di rafforzare i dati sanitari, gli strumenti e i servizi digitali sanitari; inoltre, di migliorare l'accesso ai servizi sanitari; sviluppare e implementare la legislazione sanitaria europea e il processo decisionale basato sull'evidenza, promuovere il lavoro integrato tra i sistemi sanitari degli Stati membri[62].

---

*https://www.agenas.gov.it/pnrr/componente-1/telemedicina e https://www.agenas.gov.it/agenzia-per-la-sanità-digitale/progetti-strategici/telemedicina.*

[57] N. Posteraro, *Sanita digitale. Fascicolo sanitario elettronico e PNRR*, in *Sanità pubblica e privata*, 2023, 2, 19-25.

[58] I dati sono disponibili all'indirizzo *https://www.agenas.gov.it/agenzia-per-la-sanità-digitale/progetti-strategici/FSE*.

[59] S. Corso, *Il Fascicolo sanitario elettronico 2.0. Spunti per una lettura critica*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2024, 2, 334-362.

[60] Commissione europea, *Unione europea della salute. Proteggere insieme la nostra salute*, in *https://commission.europa.eu/topics/public-health/european-health-union_it*.

[61] Cfr. l'obiettivo generale n. 4 e gli approfondimenti contenuti in *Funding Public Health, EU4Health programme 2021-2027 – a vision for a healthier European Union.*

[62] Cfr. gli obiettivi specifici 6, 7, 8, 10 e i programmi di monitoraggio e valutazione

Nel nostro paese il supporto tecnico per l'implementazione e il coordinamento dell'infrastruttura è stato affidato ad Agenas. La banca dati centralizzata è destinata a raccogliere, organizzare ed elaborare i dati sanitari. Interagisce con le altre infrastrutture digitali sanitarie e cioè il fascicolo sanitario elettronico, il sistema di tessera sanitaria e l'anagrafe degli assistiti.

I dati provengono dalle strutture sanitarie e socio-sanitarie, dagli enti del Servizio sanitario nazionale, dal sistema di tessera sanitaria e del fascicolo elettronico. Gli *standard* di sicurezza per il trattamento – il cui titolare e responsabile sono rispettivamente il Ministero della salute e l'Agenas – sono garantiti dalle regole dettate dal Garante per la protezione dei dati personali nel rispetto delle norme interne e del regolamento europeo.

I benefici connessi all'assistenza riguardano la continuità delle cure (per il tramite dell'accesso sempre disponibile ai dati anche fuori Regione), la storia clinica completa e il *Patient summary* (che permette attraverso la consultazione dei dati completi di personalizzare e ottimizzare la cura prescritta), la sicurezza e protezione dei dati mediante applicazione degli standard nazionali ed europei di protezione[63].

Dal lato del cittadino è garantito il consenso per la condivisione dei dati, la consultazione regolare attraverso l'infrastruttura regionale, l'accesso ai nuovi servizi digitali[64].

L'infrastruttura rientra tra i modelli di gestione integrata delle prestazioni, attraverso la disponibilità continua per una assistenza continuativa e aggiornata.

Da ultimo tra i principali strumenti innovativi vi è l'uso dell'intelligenza artificiale, come supporto complementare per l'ampliamento delle

contenuti in Commissione europea, *Commission Staff Working document. EU4Health Programma. Performance Monitoring and Evaluation Framework.*

[63] Le informazioni sono reperibili all'indirizzo *https:// www.agenas.gov.it/agenzia-per-la-sanità-digitale/progetti-strategici/eds.*

[64] Per una recente riflessione B. Ponti, *Trattamento dei dati personali e standard di legalità: elementi di preminenza delle esigenze di circolazione?*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2025, 2, 11.

competenze, la velocizzazione dei processi decisionali[65] e il miglioramento della qualità dell'intervento clinico[66].

La prospettiva è quella di «ridurre le disuguaglianze territoriali e sociali nell'accesso alle cure», attraverso l'affiancamento dei professionisti sanitari, ferma restando la responsabilità umana e il profilo della riserva di umanità nell'uso delle tecnologie digitali[67].

Cosa che ci proietta verso la riflessione sulla buona amministrazione digitale.

## 5. *La buona amministrazione e l'etica del diritto alla procreazione di tipo tecnologico*

Occorre che la pubblica amministrazione agisca nel modo più adeguato e conveniente possibile[68]. Il principio del buon andamento contenuto nell'art. 97 della Costituzione si riferisce all'azione amministrativa nel suo complesso. Sul piano giuridico pretende «mezzi giuridici elastici»[69] con la finalità di «proporzionamento dell'azione amministrativa» anche e soprattutto in riferimento alla prospettiva del «modo di farsi» dell'amministrazione, cioè della sua autoorganizzazione[70].

Inoltre riguardo alle funzioni e ai compiti conferiti a regioni ed enti locali sembra di poter «ricollegare al buon andamento il principio di adeguatezza "in relazione all'idoneità organizzativa dell'amministrazione ricevente, a garantire...l'esercizio delle funzioni" (v. art. 4, comma 3, lett. g,

---

[65] Sui limiti per l'opacità e la discriminazione possibile v. S. Watcher, *The Theory of artificial immutability. Protecting algorithmic groups under anti-discrimination law*, in *97 Tul. L. Review XX*, 2022-2023, 1-50.

[66] Le informazioni sono disponibili all'indirizzo *https://www.agenas.gov.it/agenzia-per-la-sanità-digitale/progetti-strategici/intelligenza-artificiale*.

[67] G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Padova, 2023; J. Ponce, I. Martinez Cerrillo (Eds.), *The Eu Artificial intelligence act and the public sector. Human and Ai sistems in Public administration in the light of the european regulation on artificiali intelligence of 2024* (with Foreword by C. Coglianese), 2025, Eplo. Infine, C. Coglianese, *Administrative Law in the Automated State*, *Daedalus*, 2021, vol. 150, 3, 104. U of Penn Law School, *Public Law Research Paper* No. 21-15.

[68] E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 48.

[69] M. Nigro, voce *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell')*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1988.

[70] E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 48.

legge 15 marzo 1997, n. 59). Esso è stato costituzionalizzato dalla l. cost. legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 che, sostituendo l'art. 118 Cost. c.1, stabilisce che l'attribuzione delle funzioni tra comuni, province, città metropolitane, Regioni e Stato avvenga sulla base anche del principio di "adeguatezza"»[71].

Forte è il richiamo al principio di appropriatezza in relazione anche alla qualità delle prestazioni erogate a livello regionale[72] e al più generale soddisfacimento dei livelli essenziali di assistenza[73]. Ad esempio, i contenuti di appropriatezza «clinica e organizzativa», ma anche di «accessibilità» e «continuità assistenziale» sono previsti con riguardo alla definizione degli accordi e dei contratti da stipularsi tra regione ed enti locali e strutture pubbliche (ed equiparate), private e professionisti, in attuazione di procedure per «l'accreditamento istituzionale» delle «strutture autorizzate, pubbliche o private» e dei relativi accordi contrattuali[74].

Il riferimento poi alla sussidiarietà esalta il ruolo regionale e locale[75] in relazione ai profili dell'organizzazione sanitaria e socio-sanitaria, anche con riferimento all'adeguatezza delle medesime strutture sanitarie accreditate[76]. Senza dimenticare il profilo recente del principio di sussidiarietà in relazione alla prospettiva della condivisione dell'azione nel rapporto tra privato e pubblica amministrazione[77] in special modo nell'amministrazione della cura[78].

Proprio dal lato del rapporto tra potere e cittadino la diversa nozione di buona amministrazione è riferibile non all'ente (come per il buon

---

[71] E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 48-49.

[72] M. D'Angelosante, *I sistemi sanitari alla prova della differenziazione "ordinaria"*, in *Osservatorio costituzionale*, 2024, 1, 106-128.

[73] Cfr. il d.lgs. n. 229/1999.

[74] Cfr. artt. 8-*quater*, comma 1, e 8-*quinquies*, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 229/1999.

[75] A. Pioggia, *I principi come limite dell'organizzazione degli enti locali*, in P. Astone, M. Caldarera, F. Manganaro, A. Romano Tassone (a cura di), *Principi generali del diritto amministrativo ed autonomie territoriali*, Torino, 2007, 83-96; G. Miele, *I principi di diritto amministrativo*, Padova, 1966.

[76] C. Ciardo, *Le competenze della Regione in sede di verifica di appropriatezza delle strutture accreditate anche alla luce della recente giurisprudenza*, in *GiustAmm.it*, 2021, 2.

[77] G. Arena, *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare l'Italia*, Bari, 2006; Id., *I custodi della bellezza. Prendersi cura dei beni comuni. Un patto per l'Italia fra cittadini e istituzioni*, Milano, 2020. Di recente F. Giglioni, *Il diritto dell'amministrazione condivisa*, Milano, 2025.

[78] A. Pioggia, *La cura nella Costituzione. Prospettive per una amministrazione della cura*, op. cit., 52-78.

andamento) ma ai funzionari, più precisamente ai doveri funzionali posti a carico degli stessi: l'art. 78 del testo unico degli enti locali prevede appunto il dovere della buona amministrazione insieme a quello di imparzialità a carico degli amministratori locali. Nella Carta di Nizza troviamo il riferimento specifico al diritto ad una buona amministrazione[79], che riguarda i rapporti tra istituzioni e organi dell'Unione[80].

Gli studi recenti sul diritto ad una buona amministrazione[81] e sul buon andamento si preoccupano della individuazione delle garanzie necessarie per le innovazioni digitali introdotte a supporto dell'azione amministrativa e della sua organizzazione e dei procedimenti amministrativi.

L'introduzione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione ha come obiettivo una maggiore efficienza e celerità e tuttavia resta il dubbio circa l'effettivo mantenimento del modello di buona amministrazione indicato dal diritto europeo, sia pur negli *standard* minimi, (comunicazione di avvio del procedimento, imparzialità, equità, diritto di ascolto, diritto di accesso al fascicolo, motivazione)[82]. Persistono i dubbi tra l'altro anche in relazione alla capacità del diritto di assicurare equilibrio tra efficienza e garanzie dell'azione[83].

La questione rileva la sua complessità anche nel settore sanitario e in special modo nella materia della procreazione assistita dove le interazioni tra diritto ed etica, sotto il profilo della buona amministrazione, probabilmente risultano ancora poco esplorate.

Il tema che abbiamo scelto di trattare infatti è legato a doppio filo all'etica del diritto: per un verso l'etica nella scelta che riguarda una prestazione medica per il soddisfacimento del diritto a essere genitore e per l'altro l'uso della tecnica – e quindi della tecnologica – in ambito sanitario[84]. L'inclusione nei LEA della PMA è un evidente passo verso

---

[79] Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2000/C 364/01) disponibile in *www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_it.pdf* .

[80] E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., 49.

[81] D.U. Galetta, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (il procedimento amministrativo, fra diritto Ue e Tecnologie Ict*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Torino, 2020, 85-115.

[82] D.U. Galetta, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (il procedimento amministrativo, fra diritto Ue e Tecnologie Ict*, cit., 115.

[83] E. Carloni, *Critica dell'amministrazione artificiale*, Bologna, 2026.

[84] S. Foà, *Il nuovo diritto della scienza incerta: dall'ignoto irriducibile come noumeno al mutamento di paradigma*, in *Dir. Amm*. 2022, 3, 813.

il riconoscimento della stessa come diritto e come prestazione da garantire[85]. Il riconoscimento del diritto alla salute riproduttiva mette in evidenza l'importanza di bilanciare i diritti fondamentali con le libertà fondamentali[86].

Restano gli ostacoli nell'accesso che possono derivare da ragioni economiche (abbiamo riportato il caso della regione Puglia e il riconoscimento del contributo economico) e anche strutturali-organizzative dettate dal sistema regionale (e dalla disparità della distribuzione dei centri sul territorio nazionale). Infine, lo stesso regolamento sull'intelligenza artificiale adottato dall'Unione europea costringe gli studiosi del diritto ad affrontare il problema della discriminazione e della fallacia nell'accesso alle prestazioni[87].

## 6. *Riflessioni conclusive*

Nel tentativo di fornire la risposta alla nostra domanda iniziale che riguarda il modo in cui la pubblica amministrazione può intervenire a livello territoriale per tutelare il diritto alla genitorialità (in che modo e secondo quale approccio) abbiamo cercato di contestualizzare lo studio all'interno delle attuali tendenze generali per la pubblica amministrazione, cioè la digitalizzazione del servizio sanitario nazionale e le garanzie per l'erogazione delle prestazioni sanitarie.

Il principio del buon andamento immediatamente riferibile all'autoorganizzazione e il dovere funzionale di buona amministrazione, anche nella sua declinazione in ambito europeo, hanno guidato la nostra riflessione e la configurabilità in termini di diritto, ossia di pretesa azionabile, nel rapporto tra potere e cittadino.

Il tema della procreazione medicalmente assistita che sul piano giuridico possiede delicate implicazioni di natura etica richiede uno sforzo giuridico notevole da parte dell'amministrazione anche regionale.

---

[85] Di recente Camera dei deputati, Dossier XIX Legislatura *Modifiche e integrazioni la D.P.C.M. 12 gennaio 2017, in materia di livelli essenziali di assistenza in ambito sanitario*, 20 gennaio 2026, in *federalismi.it*.

[86] Corte costituzionale 22 maggio 2025, n. 68.

[87] S. Watcher, *Limitations and Loopholes in the EU AI Act and AI Liability Directives: What This Means for the European Union, the United States, and Beyond*, in *Yale Journal of Law & Technology*, 26, 3, 2024, 1-48.

L'organizzazione sanitaria richiede un'adeguata conoscenza del fenomeno che non è solo giuridico, poichè riveste anche una rilevanza sociale.

La misura regionale cd. *social freezing*, destinata al contributo economico per il trattamento terapeutico presso strutture accreditate, pubbliche e private, rappresenta un approccio che ha certamente una duplice importanza: la presa di coscienza di un fenomeno sociale diffuso e la necessità di abbattere le barriere dell'accesso al servizio, secondo la prospettiva dell'universalità che è propria della legge generale istitutiva del SSN.

Esiste poi un altro aspetto che non può essere sottovalutato e cioè la prospettiva della innovazione digitale e della interoperabilità dei dati sanitari in una rete che non è solo nazionale, poiché dedicata alla interconnessione europea per il miglioramento della qualità e dell'efficacia dell'organizzazione del servizio sanitario.

Abbiamo a che fare con dati sensibili, per i quali occorre un elevato livello di competenza nella gestione a livello pubblico[88], e abbiamo necessariamente a che fare, proprio in questa specifica materia, con scelte e decisioni complesse.

Il calo demografico[89] e la crescita della infertilità giovanile[90] sono oggetto di studio da diverso tempo.

Riteniamo, perciò, che sia necessario un servizio sanitario diffuso a livello territoriale, che sia in grado di affrontare il problema sul piano della conoscenza, della comunicazione e della raccolta di informazioni. Possiamo immaginare che lo stesso possa essere in grado di assumere una funzione di guida nel percorso alla genitorialità e che sia in grado di prevenire, anche a livello medico, quei rischi destinati ad impattare sulla fertilità.

Dobbiamo pretendere che l'accesso alla prestazione debba essere non

---

[88] F. C. Rampulla, G. C. Ricciardi, A. Venturi, *Digitalizzazione delle amministrazioni e accesso ai dati e ai documenti informatici sanitari*, in *federalismi.it*, 2024, 2, 132-175.

[89] ISTAT, Report "*Natalità e fecondità della popolazione residente*" relativo all'anno 2024 in cui emerge che il numero medio di figli per donna raggiunge il minimo storico, in *www.istat.it/comunicato-stampa/natalita-e-fecondita-della-popolazione-residente-anno-2024/*.

[90] Ministero della salute, *Principali risultati Progetto "Studio Nazionale Fertilità". Indagini sulle conoscenze, comportamenti e atteggiamenti in ambito sessuale e riproduttivo di adolescenti, studenti universitari e adulti in età fertile e dei professionisti sanitari* in *www.salute.gov.it/new/it/pubblicazione/principali-risultati-del-progetto-studio-nazionale-fertilita/*.

discriminatorio anche per il caso in cui venga fatto uso dell'intelligenza artificiale.

Pensiamo, infine, che possa essere utile l'istituzione di un Osservatorio attraverso cui raccogliere i dati essenziali, monitorare l'andamento del processo e con questo costruire un percorso di effettivo soddisfacimento del diritto alla genitorialità.

La disponibilità dei dati e delle informazioni specialistiche potrebbero essere molto preziose nel percorso di salute anche basato sulla previsione del rischio di infertilità a livello generale.

**Abstract**

Muovendo dai principi costituzionali di imparzialità e buona amministrazione, il saggio esamina come lo Stato sociale debba rispondere ai nuovi bisogni riproduttivi, bilanciando l'inevitabile limitatezza delle risorse pubbliche con le esigenze di universalità della tutela rispetto alla prestazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita. L'indagine si sofferma sull'inserimento della PMA nei livelli essenziali di assistenza (LEA) e sull'impatto delle riforme del PNRR volte a potenziare la sanità di prossimità e l'assistenza territoriale. Viene approfondito il ruolo delle autonomie regionali, esaminando misure di sostegno economico come il *social freezing* e le criticità legate alle disparità distributive sul territorio nazionale. Il lavoro esamina inoltre la transizione digitale, analizzando l'interoperabilità dei dati sanitari nello spazio europeo e l'impiego della telemedicina e dell'intelligenza artificiale quali strumenti per l'equità di accesso. Emerge la necessità di un modello di cura integrato che coniughi innovazione tecnologica ed etica del diritto, garantendo una gestione dei dati sensibili conforme ai parametri di trasparenza e personalizzazione terapeutica.

Drawing on the constitutional principles of impartiality and good administration, the essay examines how the welfare state must respond to emerging reproductive needs, balancing the inevitable scarcity of public resources with the imperative of universal protection regarding the provision of medically assisted reproduction techniques (ART). The investigation focuses on the inclusion of ART within the Essential Levels of Care (LEA) and on the impact of the NRRP (National Recovery and Resilience Plan) reforms aimed at enhancing community-based healthcare and territorial assistance. The role of regional autonomies is explored in depth, examining financial support measures such as social freezing, as well as the critical issues linked to distributive disparities across the national territory. Furthermore, the paper investigates the digital transition, analyzing the interoperability of health data within the European space and the implementation of telemedicine and artificial intelligence as instruments for equitable access. Ultimately, the study highlights the need for an integrated model of care that harmonizes technological innovation with legal ethics, ensuring that the management of sensitive data complies with the standards of transparency and personalized therapy.

# La comunicazione come funzione amministrativa nel governo della procreazione medicalmente assistita

di Ludovico Castiglione

Sommario: 1. Breve introduzione. – 2. Il ruolo dell'Autorità amministrativa in materia di procreazione medicalmente assistita. – 3. Comunicare per amministrare. – 4. Equità informativa e accesso alla PMA. – 5. La sfida della comunicazione pubblica. Spunti conclusivi.

## 1. *Breve introduzione*

Nell'evoluzione del diritto alla salute e dei diritti della persona, le tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) si configurano come uno dei territori più complessi e delicati, in cui scienza, etica e diritto si intrecciano inevitabilmente.

Nata con l'obiettivo di offrire una risposta clinica al desiderio di genitorialità biologica in situazioni di infertilità o sterilità, la PMA ha progressivamente ampliato il proprio spettro di intervento, dando luogo a un ventaglio di pratiche eterogenee, differenziate per grado di invasività, implicazioni bioetiche e cornice normativa di riferimento.

Tale moltiplicazione delle tecniche non ha soltanto sollevato nuove questioni in ambito medico-sanitario, ma ha anche reso evidente l'urgenza di ripensare, in una prospettiva più sistemica, il ruolo dello Stato e delle amministrazioni pubbliche nel garantire l'equilibrio tra innovazione scientifica, tutela dei diritti fondamentali e sostenibilità dell'intervento pubblico.

La tensione tra il diritto all'autodeterminazione procreativa, la protezione dell'embrione e la parità di accesso ai servizi costituisce ancora oggi un nodo irrisolto, che impone un'analisi attenta anche sul piano della *governance* istituzionale.

La progressiva apertura verso modelli di riproduzione medicalmente assistita, infatti, ha segnato una rottura con l'idea tradizionale della genitorialità fondata esclusivamente sul dato biologico e naturale, ridefinendo le coordinate giuridiche della filiazione e della responsabilità genitoriale.

In questa prospettiva, il diritto amministrativo assume un ruolo centrale rappresentando, infatti, non solo l'apparato regolativo e attuativo

delle scelte legislative, ma anche la branca di diritto che garantisce la concreta fruibilità dei diritti connessi alla salute riproduttiva[1].

La ricognizione dei livelli essenziali di assistenza (LEA)[2], che dal 2017 includono l'accesso alla PMA[3], segna un punto di svolta nell'impegno pubblico a rendere queste prestazioni disponibili su tutto il territorio nazionale, a prescindere dalla condizione socioeconomica dei destinatari.

Tuttavia, l'adempimento formale di tale obbligo non si traduce automaticamente in una piena effettività. Persistono, infatti, significative disuguaglianze regionali[4], sia in termini di offerta di strutture sanitarie

[1] Sul tema della procreazione medicalmente assistita (PMA) nella prospettiva del diritto amministrativo con specifica attenzione al ruolo che i pubblici poteri sono chiamati a svolgere per assicurare l'accesso alle tecniche di PMA fondamentale è la lettura del saggio di L. Lamberti, *Livelli Essenziali di Assistenza e procreazione medicalmente assistita,* in *Nuove Autonomie di Diritto Pubblico*, 2025, 1.

[2] Sull'evoluzione storico-normativo dei LEA si rinvia a F.S. Florio, *L'evoluzione dei LEA tra i recenti interventi normativi e le prospettive di riforma*, in C. Bottari (a cura di), *I livelli essenziali delle prestazioni sociali e sanitarie*, Santarcangelo di Romagna, 2014, 53 ss.

[3] L'accesso alla procreazione medicalmente assistita è stato formalmente incluso nei livelli essenziali di assistenza nel 2017, ma è diventato effettivamente esigibile solo nel 2024 con l'adozione del nuovo Decreto Tariffe, DM 25 novembre 2024, *Definizione delle tariffe relative all'assistenza specialistica ambulatoriale e protesica* (G.U. Serie Generale n. 302 del 27 dicembre 2024).

[4] Permangono, infatti, nonostante l'approvazione dei nuovi LEA, delle differenze nella distribuzione dei centri PMA sul territorio nazionale. Ad esempio, secondo l'Istituto Superiore di Sanità, su 312 centri attivi in Italia, 27 sono centri privati convenzionati e ben 191 sono strutture private che non offrono rimborsi. Le 67 strutture pubbliche sono concentrate nel Centro-Nord, mentre al Sud e nelle Regioni insulari il pubblico è carente, avendo solo 27 strutture. Si legge nell'ultima Relazione al Parlamento del Ministro della Salute sullo Stato di Attuazione della Legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita (legge 19 febbraio 2004, n. 40, articolo 15) «rimane la diversa distribuzione dei centri pubblici e privati convenzionati, più presenti nel Nord del Paese…. Inoltre, un consistente numero di centri PMA di II e III Livello presenti sul territorio nazionale svolge un numero ridotto di procedure nell'arco dell'anno…Sarebbe auspicabile che i centri PMA fossero in grado di svolgere volumi di attività congrui in modo da garantire qualità, sicurezza e appropriatezza delle procedure nelle tecniche di PMA e che fossero equamente distribuiti su tutto il territorio nazionale per offrire il miglior livello di prestazione possibile».

pubbliche adeguate, sia sul piano della comunicazione istituzionale e dell'accesso informativo.

In tale quadro, la funzione di comunicazione svolta dalle amministrazioni pubbliche assume una rilevanza giuridica autonoma e tutt'altro che secondaria.

La trasparenza, la completezza e l'accessibilità delle informazioni rese disponibili ai cittadini costituiscono, infatti, elementi strutturali dell'effettività del diritto.

L'azione pubblica, dunque, non può limitarsi alla previsione formale della prestazione, ma deve articolarsi in una strategia di informazione attiva, trasparente e non discriminatoria, che consenta a tutte e tutti di conoscere le opportunità offerte dal Servizio sanitario nazionale, di orientarsi nel sistema e di esercitare consapevolmente il proprio diritto alla salute riproduttiva.

È in questa dimensione che la comunicazione pubblica si afferma non solo come funzione amministrativa[5], ma come strumento costituzionale di uguaglianza sostanziale e inclusione sociale[6].

## 2. *Il ruolo dell'Autorità amministrativa in materia di procreazione medicalmente assistita*

Come rilevato in premessa, la crescente incidenza sociale e giuridica del fenomeno della procreazione medicalmente assistita è meritevole di essere indagata attraverso la lente del diritto amministrativo.

Ai fini di tale indagine, pare utile prendere le mosse, anche in chiave storico-evolutiva, dal quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento

[5] S. Rodotà, *Informazione e rapporti Stato cittadino*, in M. Cammelli, M. Guerra (a cura di), *Informazione e funzione amministrativa*, Rimini, 1997; Id., *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Bari, 2004.

[6] Interessanti sono alcuni studi dei sociologi sulla stretta connessione tra povertà sociale e condizioni precarie di salute; cfr. S. Della Bella, *Diseguaglianze sociali nella salute in Italia: un'analisi dinamica usando dati Echp*, in *Polis*, 2013, 421-422; M. Cardano, *Disuguaglianze sociali, povertà e salute*, in A. Brandolini, C. Saraceno, A. Schizzerotto (a cura di), *Dimensioni della disuguaglianza in Italia: povertà, salute, abitazione*, Bologna, 2009, 131-132 e anche G.L. Venturini, *Povertà e salute: i guai non vengono mai da soli*, in A. Brandolini, C. Saraceno, A. Schizzettorotto (a cura di), *Dimensioni della disuguaglianza in Italia: povertà, salute, abitazione*, Bologna, 2009, 191 ss.

e, in particolare, partire dalla nota legge 19 febbraio 2004, n. 40[7] in virtù della quale «al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dall'infertilità umana», e in assenza di «altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità» (art. 1, commi 1 e 2) si consentì il ricorso alla procreazione medicalmente assistita.

Tale norma, della cui originaria trama è rimasto poco a seguito degli incisivi interventi della Corte costituzionale, costituisce la prima e più rilevante legislazione organica di un settore che coinvolge una pluralità di diversi diritti che necessitano di un bilanciamento capace di assicurarne un livello minimo di tutela[8].

Ed è proprio partendo dalle pronunce della Corte costituzionale[9], oltre che del Giudice amministrativo, e dagli effetti che hanno avuto sui molteplici interessi in gioco che si deve tracciare una prospettiva al legislatore laddove intendesse riformare ulteriormente il settore, e che già hanno rappresentato il presupposto per il riconoscimento della procreazione medicalmente assistita come livello essenziale di assistenza e per l'inse-

[7] Sulla norma in parola si vedano le osservazioni proposte da F. Angelini, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Napoli 2020; M. Olivetti, *Una disciplina che va nella giusta direzione, in Guida al diritto – Dossier mensile. Le prospettive della famiglia*, 2004, 3, 50 ss., G. Razzano, *La legge sulla procreazione assistita. Perché sì*, in *Quad. cost.*, 2004, 383 ss.; E. Lamarque, *Referendum sulla procreazione assistita: l'inammissibilità del quesito totale*, in *Quad. cost.*, 2005, 381 ss.; A. Musumeci, *referendum e la legge sulla procreazione medicalmente assistita. Note a margine su un dialogo (impossibile) tra Parlamento, Corte costituzionale e corpo elettorale*, in *Costituzionalismo.it,* 2005, 2; A. Celotto, *Legge sulla procreazione medicalmente assistita: quanti dubbi di costituzionalità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 11 marzo 2004; L. D'avack, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno Stato laico*, in *Dir. fam. pers.,* 2004, 793 ss.

[8] Sulla evoluzione della l. n. 40/2004 si veda F. Angelini, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, in *Sovranità, Federalismo, Diritti*, 2020 e S. Agosta, G. D'amico, L. D'andrea (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2017.

[9] La "stella polare", da cui partire ai fini di una opportuna regolamentazione del settore, e che già ha rappresentato un punto di riferimento per la maggior parte delle pronunce del giudice amministrativo e della Consulta, è la nota Corte costituzionale 10 giugno 2014, n. 162 che ha dichiarato illegittimo il divieto di fecondazione eterologa (previsto dall'art. 4, comma 3, della l. n. 40/2004). Sul tema, in dottrina, *ex multis*, si rinvia a D. Morana, *I diritti costituzionali in divenire*, Napoli, 2023, 252 ss. e a A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 11 giugno 2014.

rimento dello stesso tra le prestazioni che il Servizio sanitario nazionale deve garantire a tutti i cittadini.

Ebbene, nell'ambito di un quadro normativo complesso, sembra necessario, ai fini della individuazione dei valori posti alla base della tematica in esame, riferirsi, *in primis*, all'art. 31 della Carta costituzionale in virtù del quale la Repubblica agevola la formazione della famiglia e all'art. 32 Cost. che sancisce il diritto alla salute a cui sono correlati sia il diritto di solidarietà (art. 2 Cost.) che il diritto di eguaglianza (art. 3 Cost.).

Peraltro, i paradigmi di riferimento si rinvengono anche in contesti sovranazionali: si ricorda, in particolare, l'articolo 2, § 1, della Convenzione europea sui diritti dell'uomo in ossequio del quale «il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge».

In ogni caso, sono gli stessi articoli 31 e 32 Cost. sopracitati a doversi poi raccordare e integrare con i principi che disciplinano la pubblica amministrazione, dettati dall'articolo 97 della Costituzione (l'equilibrio dei bilanci, il buon andamento e l'imparzialità) poiché le prestazioni sono rese in via diretta o indiretta dal Servizio sanitario nazionale.

Ad integrazione, e in coerenza, con le previsioni dell'art. 97 Cost. si inseriscono anche i principi fondamentali su cui si basa il Servizio sanitario nazionale sin dalla sua istituzione, avvenuta con la legge 23 dicembre 1978, n. 883[10], e che l'autorità amministrativa deve avere come bussola nel garantire l'effettività e l'efficacia delle prestazioni: l'universalità, l'uguaglianza e l'equità.

Tuttavia, nonostante, come si è detto, la presenza di numerose previsioni di principio a tutela della salute e della formazione della famiglia, non v'è dubbio che la loro concreta applicazione, soprattutto in determinate aree del Paese, sia ancora incompleta, restando ancora molto da fare sulla strada di un effettivo accesso ai benefici della procreazione medicalmente assistita.

Siffatta circostanza costituisce l'occasione per volgere lo sguardo su alcune funzioni che il diritto amministrativo sta assumendo sul tema.

Deve aversi consapevolezza, innanzitutto, che il terreno nel quale si muove la pubblica amministrazione con riguardo all'ambito dei trattamenti sanitari che, quindi, riguarda anche, ad esempio, le ipotesi di "fine vita" e l'interruzione di gravidanza, è sempre al centro di un difficile rapporto tra

[10] Legge 23 dicembre 1978, n. 833 «Istituzione del servizio sanitario nazionale», (GU n. 360 del 28-12-1978 – Suppl. Ordinario).

etica e scienza, rischiando di incidere sulle modalità di esercizio dei relativi poteri. Fattore, questo, che ha storicamente rappresentato un primo problema alla fruizione dei citati servizi[11].

Sul tema, deve, tuttavia, distinguersi la posizione delle strutture assistenziali da quelle dei sanitari. Solo questi ultimi, al più, possono far valere le loro soggettive convinzioni.

Le prime, invece, hanno come parametro operativo e di azione solo la legge e, conseguentemente, occorre che si organizzino in modo tale da garantire l'accesso al trattamento richiesto a prescindere da eventuali obiezioni di coscienza.

A questo deve aggiungersi l'annoso problema dell'inefficienza amministrativa di alcune Regioni che rendono le amministrazioni sanitarie inadeguate e non sempre in linea con i *budget* assegnati.

In proposito, deve rammentarsi che in tema di diritto alla salute si è soliti parlare di diritti «finanziariamente condizionati»[12] e, conseguentemente, l'ampiezza di quello che dovrebbe essere un diritto assoluto e incondizionato[13] finisce per dipendere anche da questioni di *budget*[14].

---

[11] Sul tema si rinvia alle considerazioni di E. Dolcini, *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello Stato: da sempre, un rapporto difficile*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013. Emblematiche le riserve espresse, sul piano etico, nel 2000 dal Cardinale Tettamanzi, all'epoca Cardinale di Milano, il quale, tra l'altro, manifesta il sospetto che in questa forma di fecondazione, «anche se eseguita successivamente a un atto coniugale, tale atto rappresenti in pratica più un mezzo per il prelievo dello sperma che un atto per procreare una nuova vita». Con la conseguenza che «il bambino concepito rappresenterebbe più il frutto delle procedure tecniche che dell'amore coniugale», D. Tettamanzi, *Nuova bioetica cristiana*, Casale Monferrato 2000, 200. Negli anni Cinquanta, a proposito della fecondazione in vitro, ma coinvolgendo in tale giudizio anche la fecondazione omologa tra coniugi, così si esprimeva Pio XII: «Al riguardo dei tentativi di fecondazione artificiale in vitro, è sufficiente osservare che sono da respingersi come immorali e assolutamente illeciti». Così, PIO XII, *Allocuzione ai partecipanti al II Congresso mondiale della fertilità e della sterilità*, 19 maggio 1956, in *Acta Apostolicae Sedis*, 48, 1956, 469, cit. in A. Zanotti, *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa,* Milano*,* 1990, 91, nt. 55.

[12] È da F. Merusi, *I servizi pubblici negli anni '80*, in Id. (a cura di), *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, 30-31 che si ricava la celeberrima definizione.

[13] Sulla collocazione della spesa sanitaria tra le spese costituzionalmente necessarie e quindi in posizione di priorità logica si veda F. Sucameli, *La tutela multilivello del diritto alla salute: guida alla lettura di Corte cost. n. 62/2020*, 17 aprile 2020, reperibile online sul sito *www.dirittoeconti.it*.

[14] Sui problemi organizzativi e finanziari, in ambito sanitario, F. Siciliano, *Sull'apporto delle dinamiche del diritto amministrativo alla tutela della decisione di avere figli con la tecnica della*

Sotto un ulteriore profilo, il ruolo della pubblica amministrazione diviene determinante in virtù della funzione di comunicazione pubblica[15] finalizzata ad evitare difformità di garanzia sul territorio nazionale tramite il riconoscimento ai cittadini di una particolare situazione giuridica soggettiva che consiste nel diritto di ricevere informazioni strumentali all'accesso alla procreazione medicalmente assistita.

Anche la funzione da ultimo citata rinviene una base costituzionale nell'art. 97 Cost. che sostiene l'importanza della pubblicità dell'azione delle amministrazioni pubbliche, necessaria garanzia di quel principio di imparzialità che è posto come fondamento imprescindibile dell'operato degli organi amministrativi.

## 3. *Comunicare per amministrare*

Muovendo dalle suddette premesse, pare utile soffermarsi su quella funzione amministrativa che, anche nel campo della procreazione medicalmente assistita, può porsi come collegamento tra la previsione normativa del diritto e la sua concreta fruizione: la funzione di comunicazione pubblica[16].

È in questo spazio che si gioca una parte decisiva dell'effettività delle garanzie riconosciute dall'ordinamento, poiché, come si ribadirà meglio nel prosieguo, senza una comunicazione strutturata, accessibile e consa-

---

*PMA eterologa: dalla "relativizzazione" del vuoto normativo all'orizzonte delle generazioni future*, in *BioLawJournal –Rivista di BioDiritto*, 2020, 2.

[15] Sul punto, si segnala F. Merloni (a cura di), *L'informazione nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2002. Di una visione individualista, contrapposta ad una funzionalista del diritto all'informazione tratta P. Marsocci, *I profili giuridici dell'attività di comunicazione istituzionale nel difficile confronto tra pubblico e privato*, in F. Faccioli (a cura di), *Comunicazione pubblica e cultura del servizio*, Roma, 2001, 174-176; Id., *Poteri e pubblicità. Per una teoria giuridica della comunicazione istituzionale*, Padova, 2002, 124-125; Id., *La comunicazione delle istituzioni pubbliche*, in E. Colarullo (a cura di), *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Torino, 2003, 110-111.

[16] Si segnala qualche altra imprescindibile punto di riferimento sul tema, G. Arena, *La funzione pubblica di comunicazione*, in G. Arena, *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2001; G. Azzariti, *Introduzione: la comunicazione come funzione*, in G. Arena, *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, cit.; B.G. Mattarella, *Informazione e comunicazione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pub*, 2005.

pevole il diritto rischia di restare formalmente proclamato, ma sostanzialmente inattuato.

L'analisi del percorso intrapreso dalle amministrazioni pubbliche nel campo della comunicazione istituzionale mette in luce una persistente divaricazione tra le ambizioni dichiarate e i risultati effettivamente conseguiti.

Se, da un lato, sembra ormai acquisita la centralità dell'informazione quale fattore dell'azione amministrativa contemporanea, dall'altro lato permangono significative difficoltà nel governo consapevole dei processi di trasformazione organizzativa e culturale che tale centralità inevitabilmente presuppone.

Le amministrazioni faticano, in particolare, a strutturare la propria funzione comunicativa in modo coerente con l'evoluzione di una società profondamente mutata, caratterizzata da dinamiche relazionali complesse e da aspettative crescenti.

Ne risulta spesso compromessa la possibilità di innescare un circuito virtuoso e una totale sinergia tra apparato pubblico e cittadini.

Il processo di "funzionalizzazione" della comunicazione all'interno delle pubbliche amministrazioni si è sviluppato in modo graduale, suscitando un crescente interesse da parte della dottrina giuspubblicistica.

In tale percorso, un momento di svolta è rappresentato dall'adozione della legge 7 giugno 2000, n. 150, recante la «Disciplina delle attività di informazione e di comunicazione delle pubbliche amministrazioni», nonché dal relativo regolamento di attuazione[17], che hanno contribuito a conferire una chiara rilevanza giuridica a un ambito sino ad allora considerato prevalentemente secondario.

A partire da tale intervento normativo, la comunicazione viene progressivamente ricondotta al servizio del pubblico e all'interesse generale, assumendo i connotati di elemento strutturalmente funzionale al perseguimento delle finalità istituzionali dell'amministrazione.

Da questa ricostruzione emerge una duplice dimensione della comunicazione amministrativa: da un lato, quella propria della funzione, intesa come attività autonoma, dotata di una propria identità e di proprie regole;

[17] Decreto del Presidente della Repubblica 21 settembre 2001, n. 422 «Regolamento recante norme per l'individuazione dei titoli professionali del personale da utilizzare presso le pubbliche amministrazioni per le attività di informazione e di comunicazione e disciplina degli interventi formativi».

dall'altro, quella strumentale, in quanto mezzo indispensabile per l'attuazione di principi cardine dell'amministrazione contemporanea, quali la trasparenza, la partecipazione e la responsabilità[18].

Tali principi, ormai stabilmente recepiti dal diritto positivo, non potrebbero infatti trovare concreta realizzazione in assenza di un adeguato presidio comunicativo, considerato che ogni segmento dell'azione amministrativa – seppur con intensità variabile – produce inevitabilmente effetti sul piano informativo.

Non sorprende, pertanto, che la riflessione sulla comunicazione pubblica abbia oltrepassato i confini della scienza giuridica, coinvolgendo discipline quali la sociologia e la psicologia, dalle quali proviene, in particolare, la celebre «Teoria della pragmatica della comunicazione»[19]. Secondo tale impostazione, in ogni contesto di interazione sociale risulta impossibile non comunicare, poiché anche il silenzio, l'inerzia o l'omissione assumono valore comunicativo.

Questo assunto trova piena applicazione anche nel rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, nel quale persino il silenzio amministrativo – come noto – può essere giuridicamente qualificato e produttivo di effetti.

La comunicazione si distingue così dalle altre funzioni amministrative non soltanto per la sua immediata proiezione esterna, in ragione dell'interesse generale cui è preordinata, ma anche per l'impatto che essa esercita sull'organizzazione interna degli apparati pubblici.

L'affermarsi di pratiche comunicative strutturate ha infatti determinato una progressiva trasformazione dei modelli organizzativi, incidendo sulle modalità di coordinamento interistituzionale e sulle relazioni tra

[18] P. Marsocci, *Poteri e pubblicità. Per una teoria giuridica della comunicazione istituzionale*, Padova, 2002, 241 ss. Sul punto, V. Sarcone, *La ricezione dei principi fondamentali in materia di comunicazione pubblica da parte delle Regioni*, in *Rivista Italiana di Comunicazione Pubblica*, 2005, 22, osservò che «L'emanazione di norme concernenti la tutela del diritto all'informazione pubblica del cittadino e la predisposizione di strutture e mezzi a disposizione di appositi uffici di informazione e comunicazione delle amministrazioni, hanno consentito di poter enucleare una vera e propria funzione amministrativa di "comunicazione pubblica", la cui finalità è strumentale alle altre funzioni amministrative, poiché tesa alla imprescindibile garanzia della trasparenza dell'operato dei pubblici poteri e dei principi partecipativi dei cittadini all'azione amministrativa».

[19] Cfr. P. Watzlawick, J. Helmick Beavin e Don D. Jackson, *Pragmatics of Human Communication. A Study of Interactional Patterns*, Pathologies, and Paradoxes, 1967 trad. it. *Pragmatica della comunicazione umana*, Roma, 1971.

uffici, sino a rendere avvertita l'esigenza di un generale ripensamento del linguaggio amministrativo in chiave di maggiore semplicità, chiarezza e accessibilità.

L'assetto funzionale e organizzativo della comunicazione pubblica impone, tuttavia, di soffermarsi su una distinzione concettuale tradizionale, ma tutt'altro che pacifica, ossia quella tra "informare" e "comunicare"[20].

La l. n. 150/2000, nel delineare il sistema delle attività, opera una separazione teorica e operativa tra le due dimensioni. Tuttavia, sul piano applicativo e pragmatico, tale distinzione risulta spesso sfumata, in ragione dell'intima connessione tra le rispettive funzioni, dell'attribuzione delle competenze ai medesimi uffici e dell'uso indifferenziato dei due termini anche nella normazione organizzativa interna.

Nel linguaggio comune e giuridico, l'atto del comunicare viene, infatti, normalmente percepito come inscindibile da quello dell'informare.

Sebbene le due attività rappresentino momenti differenti nella gestione del flusso informativo e siano caratterizzate da specificità funzionali e soggettive, esse si collocano lungo una medesima linea di continuità, configurandosi come varianti di un unico fenomeno relazionale.

Nonostante i reiterati tentativi di sistematizzazione concettuale, la dottrina ha rilevato come una separazione netta risulti, nella maggior parte dei casi, difficilmente praticabile, prevalendo piuttosto una relazione di complementarità, efficacemente descritta come «due polarità di un *continuum*»[21] che si estende dalla dimensione unilaterale dell'informazione a quella bilaterale della comunicazione.

In questa prospettiva, l'uso sempre più pervasivo del termine "comunicazione" tende progressivamente ad assorbire quello di "informazione", fino a ricomprendere ogni attività rivolta a trasmettere contenuti pubblici

[20] Si veda, su questa distinzione, quanto osservato da A. Meloncelli, *L'informazione amministrativa*, Rimini, 1993 e F. Merloni, *L'informazione nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2002.

[21] G. Arena, *La funzione pubblica di comunicazione,* in Id. (a cura di), *La funzione di comunicazione nelle Pubbliche Amministrazioni*, cit., 48-49.

verso l'esterno dell'amministrazione, indipendentemente dai mezzi impiegati, dai destinatari e dalle finalità perseguite.

Particolarmente interessante, anche in relazione alle implicazioni organizzative, è la distinzione proposta in dottrina tra «macro-informazione» e «micro-informazione»[22].

Alla prima si riconduce l'attività di informazione di interesse generale rivolta al pubblico indistinto, esercitata unilateralmente dalle amministrazioni attraverso strumenti di comunicazione di massa, nella quale i destinatari assumono una posizione sostanzialmente passiva e l'interazione con gli uffici risulta assente o marginale.

Alla seconda, invece, afferisce l'informazione rivolta a soggetti determinati, concernente l'attività amministrativa e i dati detenuti dagli uffici, in un contesto caratterizzato da una relazione bidirezionale e dalla partecipazione attiva del cittadino.

Tale distinzione si rivela di particolare interesse per valutare lo stato dell'arte e, in particolare, per interrogarsi sulla reale capacità delle amministrazioni di strutturarsi anche in funzione della "micro-comunicazione", ossia di quella dimensione relazionale indispensabile per alimentare il dialogo con i cittadini, intercettarne i bisogni e personalizzare i servizi, trasformando la comunicazione in strumento di collaborazione e di innovazione istituzionale.

Nonostante la crescente attenzione formale dedicata agli aspetti organizzativi della comunicazione, deve evidenziarsi come l'evoluzione, nella pratica, risulti ancora incompiuta.

Le amministrazioni mostrano tuttora difficoltà ad adeguarsi pienamente ai mutamenti tecnologici e culturali, in particolare con riferimento all'uso consapevole delle piattaforme digitali e dei *social media*, che spesso vengono adottati in modo episodico, disorganico o meramente simbolico[23].

La dottrina, in una prospettiva condivisibile, ha sottolineato già da tempo come emerga frequentemente un divario tra l'elaborazione teorica

[22] B.G. Mattarella, *Informazione amministrativa*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, IV, 3126 ss.

[23] P. Piras, *Comunicazione e innovazione nell'amministrazione gattopardo. I social media per un nuovo rapporto Cittadino-pa: nulla di fatto?,* in *Il diritto dell'economia*, 2020, 2, 247. Per un ulteriore approfondimento su *social* e pubblica amministrazione in Italia si rinvia a E. Gola, *La comunicazione social(e) e gli ambienti digitali*, in *Comunicare la salute. Metodi e buone pratiche per le amministrazioni pubbliche*, Roma, 2018, 63 ss.

– talora confinata a un piano meramente formale – e la concreta prassi amministrativa. Tale scarto è stato efficacemente descritto come espressione di una «retorica dell'innovazione tecnologica»[24], nella quale il ricorso agli strumenti digitali viene esibito come segno di modernità, senza che a esso corrisponda un reale ripensamento dei processi decisionali, organizzativi e relazionali.

Si tratta di un profilo tutt'altro che marginale, specie se si considera il valore aggiunto che le tecnologie dell'informazione e della comunicazione sono in grado di apportare alla qualità dell'azione amministrativa e alla sua apertura verso la società. In un contesto caratterizzato da crescenti asimmetrie informative e da una domanda sempre più intensa di trasparenza sostanziale, la capacità delle amministrazioni di comunicare in modo strutturato, accessibile e dialogico rappresenta una condizione imprescindibile per l'attuazione del principio di buona amministrazione e per la costruzione di un rapporto fiduciario duraturo con i cittadini.

Ebbene, alla luce delle considerazioni svolte, appare allora evidente come la funzione di comunicazione pubblica assuma, anche nel settore della procreazione medicalmente assistita, un ruolo che va ben oltre una dimensione meramente accessoria per configurarsi come autentico fattore di effettività del diritto.

In un ambito caratterizzato da un'elevata complessità normativa, da un forte impatto etico-sociale e da profonde asimmetrie informative, la possibilità per i cittadini di conoscere l'esistenza delle opportunità offerte dall'ordinamento, le modalità di accesso alle prestazioni e le alternative concretamente praticabili rappresenta una condizione imprescindibile affinché il diritto non rimanga confinato a una dimensione puramente formale.

La comunicazione pubblica diventa, così, il luogo nel quale il diritto alla procreazione medicalmente assistita si misura nella sua capacità di tradursi in esperienza concreta, accessibile e consapevole.

In questa prospettiva, emerge con particolare chiarezza la necessità di un'azione amministrativa che sappia operare simultaneamente sui due piani appena evidenziati che appaiono tra loro inscindibili: quello della macro-organizzazione e quello della micro-organizzazione.

Sul primo versante, è richiesto un impegno strategico delle ammini-

[24] S.M. Zavattaro, A.J. Sementelli, *A critical examination of social media adoption in government. Introducing omnipresence*, in *Government Information Quarterly*, 2014, 31, 2, 257-264.

strazioni volto a strutturare politiche di comunicazione coerenti, coordinate e sistematiche, capaci di rendere visibili e intellegibili, in modo omogeneo sul territorio, i diritti e i servizi connessi alla procreazione medicalmente assistita. Si tratta di una dimensione che attiene alla programmazione complessiva, alla definizione di standard comunicativi comuni, alla scelta dei canali informativi istituzionali e alla costruzione di un linguaggio amministrativo accessibile, inclusivo e rispettoso della pluralità dei destinatari.

Parallelamente, tuttavia, risulta altrettanto decisiva la dimensione della micro-organizzazione, che si colloca sul terreno dell'interazione concreta tra amministrazione e cittadino.

È in questo spazio che la comunicazione si trasforma in relazione, ascolto, orientamento e accompagnamento.

Nel caso della procreazione medicalmente assistita, ciò significa garantire non soltanto informazioni generali, ma anche la possibilità di un dialogo personalizzato, capace di tener conto delle specifiche condizioni soggettive, delle fragilità emotive e delle esigenze informative di chi si confronta con scelte profondamente incidenti sulla propria sfera personale e familiare.

La micro-comunicazione diventa lo strumento attraverso il quale il diritto assume una dimensione umana e concreta, sottraendosi al rischio di rimanere una prerogativa astratta riservata a chi possiede già adeguate risorse culturali e informative.

La compresenza di questi due livelli mette in luce come l'effettività della tutela dipenda anche dalla qualità dell'organizzazione amministrativa e dalla maturità culturale con cui la funzione comunicativa viene esercitata. Un'amministrazione che investa soltanto sulla macro-informazione rischia di produrre una comunicazione impersonale, distante e talvolta inefficace; un'amministrazione che si concentri esclusivamente sulla microcomunicazione, senza un solido impianto strategico, corre il pericolo di frammentare gli interventi e di generare diseguaglianze territoriali e organizzative.

È nella loro integrazione che la comunicazione pubblica rivela appieno la propria natura di funzione amministrativa complessa e trasversale.

## 4. *Equità informativa e accesso alla PMA*

Si è detto che, in un contesto nel quale la procreazione medicalmente assistita (PMA) si colloca al crocevia tra istanze etiche, scientifiche e giuridiche, la funzione comunicativa svolta dai poteri pubblici assume una rilevanza costituzionale necessaria.

Peraltro, raramente l'importanza della comunicazione pubblica è apparsa tanto evidente come negli ultimi anni (si pensi, per rimanere sempre in campo sanitario, alla Pandemia da Covid-19[25]).

Eppure, il Governo non sempre sembra cogliere appieno il potenziale della funzione di comunicare e interagire con i cittadini, tanto che la comunicazione pubblica, intesa quale funzione del governo di fornire informazioni, ascoltare e rispondere ai cittadini, continua a essere sottovalutata, scarsamente utilizzata e studiata[26].

Il diritto all'informazione, inteso come prerogativa attiva e passiva dei cittadini, non si esaurisce nella libertà di ricevere e diffondere notizie (art. 21 Cost.), ma si configura anche come strumento imprescindibile per garantire il pieno esercizio dei diritti fondamentali, tra cui il diritto alla salute (art. 32 Cost.), alla autodeterminazione individuale, nonché, più in generale, alla pari dignità sociale (art. 3 Cost.).

Ed infatti, pur rappresentando la procreazione medicalmente assistita una possibilità offerta dal nostro ordinamento per rispondere al problema dell'infertilità che coinvolge, secondo i dati del Registro Nazionale della PMA, oltre 78.000 coppie ogni anno, deve constatarsi che, nonostante i principi di universalità e uguaglianza del diritto alla salute sanciti dall'art.

---

[25] Dell'immensa mole degli scritti dedicati all'emergenza sanitaria da Covid-19 si segnala l'interessante contributo di M.P. Iadicicco, *Le ricadute dell'emergenza sanitaria sulle procedure di fecondazione assistita*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2020, 3, 107.

[26] P. Costanzo, voce *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, IV ed., Torino, 1992, 320 e 330; P. Barile e S. Grassi, voce *Informazione (libertà di)*, in *Nuovissimo digesto discipline pubblicistiche*, App., IV, Torino, 1983, 208; F. Modugno, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 75; P. Barile, *La libertà di espressione del pensiero*, in Id. (a cura di), *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, a cura di Id, Milano, cit., 227; C. Chiola, *Informazione (diritto alla)*, in *Enciclopedia giuridica*, XVI, Roma, 1988, 1; J. Jacobelli (a cura di), *Verso il diritto all'informazione*, Bari, 2001; A. Loiodice, *Informazione (diritto alla)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXI, 1971, Milano, 473; E. Bocchini, *La prospettiva giuridico-istituzionale*, in E. Zuanelli (a cura di), *Il diritto all'informazione in Italia, Presidenza del Consiglio dei Ministri*, Roma, 1990, 67.

32 della Costituzione, l'accesso a questi trattamenti è ancora fortemente condizionato dal luogo di residenza.

L'Italia presenta, infatti, un divario territoriale significativo, che si riflette non solo nella qualità e nella quantità dei servizi offerti[27], ma anche nella loro conoscibilità.

Secondo il Ministero della salute, il 70% delle strutture pubbliche e convenzionate si concentra nel Centro-Nord, lasciando ampie aree del Sud e delle isole con un'offerta limitata o del tutto insufficiente. Le conseguenze di questa disparità sono drammatiche: liste di attesa superiori ai 12 – 18 mesi in alcune Regioni e la necessità, per molte coppie, di spostarsi fuori Regione o, nei casi più estremi, all'estero, con costi economici e psicologici elevatissimi.

Tutto ciò comporta danni economici, psicologici e in termini di tempo, che nella procreazione medicalmente assistita sono tutti aspetti che possono incidere negativamente.

È in questo scenario che, come evidenziato, la comunicazione pubblica diventa un elemento fondamentale, non solo per colmare il divario informativo, ma anche per garantire un accompagnamento lungo tutto il percorso assistenziale.

A venire in evidenza è l'articolo 21 della Costituzione[28] che, da sem-

[27] Sulla rilevanza di questo divario si rinvia a C. Collicelli, *Salute e sanità nel Mezzogiorno: tendenze e criticità*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2018, 703 ss.; D. Cersosimo, S. Chimenti, R. Nisticò, *Recessione economica e cittadinanza. Il grande disinvestimento pubblico nel Mezzogiorno negli anni Duemila*, in *Le Regioni*, 2017, 917 ss.; E. Catelani, G.C. Feroni, M.C. Grisolia, *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011.

[28] La bibliografia sull'art. 21 Cost. è amplissima. Senza presunzioni di completezza si rinvia almeno ai lavori storici S. Fois, *Principi costituzionali e libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1957; C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958; V. Crisafulli, *Problematica della «libertà d'informazione»*, in *Il Politico*, 1964, 297 ss.; A. Loiodice, *Contributo allo studio della libertà d'informazione*, Napoli, 1967; Id., *Informazione (diritto alla)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano, 1971; P. Tesauro, *Democrazia e informazione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1968, 236 ss.; C. Chiola, *L'informazione nella Costituzione*, Padova, 1973; Id., *Informazione, pensiero e radiotelevisione*, Napoli, 1984; Id., voce *Manifestazione del pensiero*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XIX, Roma, 1988; P. Barile, voce *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, 1974, 424 ss.; Id., *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975; A. Di Giovine, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1988; M. Luciani, *La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Politica del diritto*, 1989, 605 ss.; S. Fois -A. Vignudelli, *La libertà d'informazione*, Rimini, 1991; P. Costanzo, *Informazione nel diritto*

pre, è stato interpretato nel senso di proteggere, oltre alla generalità di manifestazione del pensiero e al diritto di informare, anche il diritto di essere informati.

Nel caso specifico della PMA, la mancanza o l'inadeguatezza dell'informazione pubblica costituisce un ostacolo che incide non solo sul piano della consapevolezza individuale, ma anche su quello dell'eguaglianza sostanziale.

La scarsa trasparenza istituzionale nella diffusione di informazioni su modalità di accesso, requisiti, strutture competenti e prestazioni disponibili nel Sistema sanitario nazionale si traduce, come detto, in una grave diseguaglianza territoriale.

In molte Regioni italiane – in particolare nel Mezzogiorno – la comunicazione istituzionale relativa ai percorsi di PMA risulta assente o scarsamente accessibile, generando un grave *deficit* informativo che ha l'effetto di escludere potenzialmente intere fasce di popolazione dall'accesso a trattamenti cui avrebbero diritto, quantomeno secondo i livelli essenziali di assistenza (LEA)[29] formalmente previsti.

Da questo punto di vista, la funzione amministrativa non può limitarsi a una logica gestionale della prestazione sanitaria, ma deve configurarsi come attività volta a rendere effettivi i diritti, in un'ottica di servizio pubblico costituzionalmente orientato.

La comunicazione istituzionale[30], intesa quale forma di trasparenza proattiva, diventa così strumento di giustizia amministrativa e sociale, contribuendo alla riduzione di asimmetrie informative e al rafforzamento del principio di buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.).

Già da tempo, in verità, parte della dottrina si è mostrata consapevole

*costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VIII, 1993, 319 ss.; A. Bevere, A. Cerri, *Il diritto di informazione e i diritti della persona. Il conflitto della libertà di pensiero con l'onore, la riservatezza, l'identità personale*, Milano, 2006; A. Pace, M. Manetti, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. Branca e A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006.

[29] La dottrina ha individuato nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni la nuova declinazione dell'uguaglianza. In tema, si confronti E. Balboni, *Livelli essenziali: il nuovo nome dell'eguaglianza? Evoluzione dei diritti sociali, sussidiarietà e società del benessere*, in E. Balboni, B. Baroni, A. Mattioni, G. Pastori (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e i provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2007, 27 ss.

[30] A. Kwasi Lucien Folivia, *L'importanza della comunicazione istituzionale: in una società pubblica*, Roma, 2021.

del fatto che l'attività di comunicazione rappresenta uno «strumento a disposizione del pubblico potere per adempiere la propria funzione in coerenza con il principio democratico»[31].

La questione sollecita, inoltre, una riflessione sul ruolo che l'innovazione digitale è venuta progressivamente ad assumere nel campo della comunicazione pubblica, tanto attraverso l'esame dell'evoluzione del quadro normativo quanto mediante il confronto con il dibattito multidisciplinare sviluppatosi in dottrina, nonché in relazione al grado di consapevolezza maturato dalle amministrazioni circa la funzione comunicativa e alla loro effettiva capacità di individuare assetti organizzativi interni adeguati e di valorizzare gli strumenti tecnologici quali fattori propulsivi del cambiamento[32].

Nella fattispecie in esame, la mancanza di campagne informative strutturate, la disomogeneità dei contenuti presenti sui siti web delle aziende sanitarie, l'assenza di sportelli dedicati o di mediazione culturale sono tutte manifestazioni di una profonda debolezza della *governance* pubblica nel garantire l'accessibilità equa e diffusa alla PMA.

I risultati analizzati dall'Osservatorio di *Salutequità*, che in un interessante documento si è preoccupato di indicare «i cinque rischi per l'equità su cui è prioritario intervenire" per esempio, mostrano che "nel nostro Paese ci sono troppo pochi consultori familiari rispetto ai bisogni della popolazione (un consultorio ogni 35.000 abitanti sebbene siano raccomandati nel numero di uno ogni 20.000)»[33].

---

[31] F. Merloni, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in F. Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008; nonché M. Castells, *Comunicazione e potere*, Milano, 2014.

[32] Quanti al valore aggiunto offerto dalla tecnologia si rimanda a G. Ducci, *La comunicazione pubblica digitale per la trasparenza, l'accountability e il dialogo con I cittadini: verso una PA open e condivisa*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, Bologna, 2013, 461 ss.

[33] Si legge, ancora, che «In poco più di un consultorio familiare su 3 (36,1%) si programmano con obiettivi definiti e misurabili attività di tutela della fertilità e, anche se con differenze territoriali, rappresenta la penultima voce (69%) di ambiti di attività dei consultori insieme alla depressione post partum. Più alta invece la percentuale (56,9%) di quelli che fanno presa in carico o hanno protocolli d'invio in strutture adeguate per le donne che hanno problemi di sterilità o infertilità. Tuttavia esistono variabilità regionali non irrilevanti: agli ultimi posti troviamo Molise (33,3%), Lazio (35,4%), Lombardia (40,6%); sotto la media nazionale anche Puglia (44,3%), Abruzzo (45,2%), Umbria (46,9%), Calabria (50%), Sardegna (53,5%). Su 183 aziende sanitarie/distretti solo 31 hanno stipulato atti formali di collaborazione con centri di PMA». Un impegno, quello

Prendendo a riferimento il fabbisogno di un consultorio ogni 20.000 abitanti, Agenas attraverso il portale statistico, mostra che in 16 Regioni mancano 919 consultori. Ne mancano di più in Lombardia (-268), Lazio (-131), Campania (-163).

La giurisprudenza costituzionale, pur non essendosi ancora espressa in modo sistematico sul tema della comunicazione pubblica nella PMA, ha più volte ribadito l'obbligo delle istituzioni di garantire condizioni che rendano effettivo l'esercizio dei diritti sociali, specie laddove la loro fruizione sia condizionata da variabili socio-culturali e informative.

In tal senso, la mancata attivazione di canali comunicativi idonei può essere letta non solo come carenza organizzativa, ma come vero e proprio *vulnus* al principio di eguaglianza sostanziale, nella misura in cui crea una discriminazione indiretta tra chi possiede strumenti culturali e digitali per accedere autonomamente alle informazioni e chi, al contrario, ne è privo.

È dunque necessaria una riflessione critica sull'architettura istituzionale della comunicazione sanitaria, che si orienti verso modelli di *public engagement*.

Un'amministrazione democratica deve farsi carico della responsabilità informativa non come attività accessoria, ma come parte integrante del proprio mandato costituzionale.

L'informazione istituzionale sulla PMA deve essere veritiera, aggiornata, accessibile, plurilingue e culturalmente adeguata: solo così essa può diventare leva di *empowerment*, anziché fattore di esclusione.

## 5. *La sfida della comunicazione pubblica. Spunti conclusivi*

La funzione di comunicazione pubblica, se ben osservata, consente di cogliere una trasformazione più profonda dell'azione amministrativa, che incide direttamente sulla fisionomia dei diritti sociali e sulle modalità della loro attuazione.

Nella prospettiva delineata, l'informazione istituzionale non è più un momento eventuale rispetto all'erogazione della prestazione, ma ne è presupposto della sua stessa esistenza.

Ciò appare particolarmente evidente nel settore della procreazione

---

della definizione dei percorsi e dell'integrazione dei servizi che richiede una rivalutazione dell'offerta territoriale e di una messa in rete efficace con i centri specialistici.

medicalmente assistita, ove la complessità tecnica delle procedure, la pluralità degli attori coinvolti e la stratificazione delle fonti normative rendono l'accesso al diritto fortemente dipendente dalla capacità dell'amministrazione di orientare il cittadino all'interno del sistema.

In assenza di un'informazione pubblica chiara e sistematica, la prestazione sanitaria, pur formalmente garantita, resta sostanzialmente inaccessibile.

La comunicazione pubblica assume, allora, una funzione costitutiva dell'eguaglianza, nella misura in cui consente di neutralizzare quelle diseguaglianze "di fatto" che non derivano da differenze normative, ma da asimmetrie cognitive e informative.

Come osservato in dottrina, il diritto all'informazione pubblica si configura quale situazione giuridica soggettiva che pone l'amministrazione in una posizione di obbligo, non già meramente organizzativo, ma funzionale alla piena partecipazione del cittadino all'attività amministrativa[34].

In tal senso, la comunicazione non è solo espressione di trasparenza, ma diventa strumento di redistribuzione delle opportunità di accesso ai diritti.

Da questo punto di vista, la persistente disomogeneità territoriale nell'accesso alla PMA non può essere letta esclusivamente come un problema di risorse o di capacità amministrativa regionale, ma anche come il sintomo di una diversa attuazione della funzione comunicativa.

Laddove l'amministrazione non rende effettivamente conoscibili i percorsi, i requisiti e le strutture disponibili, essa finisce per esercitare un potere selettivo implicito, che incide sull'effettività del diritto.

Si tratta di una forma di "inerzia comunicativa" che produce effetti giuridici rilevanti pur restando apparentemente invisibile.

In questa chiave, la funzione di comunicazione pubblica può essere letta come luogo di emersione di nuovi obblighi sostanziali della pubblica

[34] Il diritto all'informazione è stato ricondotto da parte della dottrina (E. Bocchini, *La prospettiva giuridico-istituzionale*, in E. Zuanelli (a cura di), *Il diritto all'informazione in Italia*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 1990, 67) alla categoria dei «diritti civili», trovando una propria autonoma legittimazione non soltanto nel richiamato art. 21 della Costituzione, ma anche, e in misura prevalente, «nei principi costituzionali di una democrazia e di uno Stato sociale fondato sulla partecipazione e sul pluralismo, sulla trasparenza della res pubblica [...] che si radica nella tutela e soddisfazione dei bisogni primari dei cittadini più deboli, rispetto ai quali il diritto all'informazione è strumentale alla soddisfazione dei bisogni sociali elementari».

amministrazione, che si collocano a valle della previsione legislativa e a monte dell'effettivo godimento del diritto.

Essa si pone come anello di congiunzione tra la dimensione formale dei livelli essenziali delle prestazioni e la loro concreta fruizione, concorrendo a definire il contenuto minimo indefettibile delle garanzie che devono essere assicurate sull'intero territorio nazionale.

In sintesi, la comunicazione pubblica deve essere considerata una leva essenziale per l'equità di accesso ai servizi di procreazione medicalmente assistita. Non si tratta soltanto di informare, ma di creare condizioni di reale parità tra tutti i cittadini, a prescindere dalla loro residenza.

Solo una comunicazione trasparente, partecipativa e coordinata a livello nazionale può contribuire a superare il divario territoriale e garantire il diritto alla salute, come previsto dal nostro ordinamento.

In quest'ottica, è possibile riconoscere alcune linee guida che la PA, nella fattispecie oggetto dell'analisi, dovrebbe perseguire:

Istituire sportelli informativi dedicati alla PMA, fisici e digitali, presso ogni azienda sanitaria locale, con contenuti standardizzati e costantemente aggiornati sulle modalità di accesso, sui requisiti, sulle strutture competenti e sui tempi di attesa;

Sviluppare campagne pubbliche di sensibilizzazione sulla PMA, in collaborazione con le Regioni e gli enti locali, utilizzando linguaggi accessibili, strumenti multimediali e canali di comunicazione capillari, soprattutto nelle aree geograficamente o socialmente svantaggiate;

Assicurare l'uniformità e la qualità dei contenuti informativi pubblicati sui siti istituzionali delle strutture sanitarie, mediante l'adozione di linee guida nazionali e un sistema di monitoraggio centralizzato, per evitare difformità territoriali;

Prevedere formazione obbligatoria per gli operatori sanitari e i funzionari pubblici, non solo sugli aspetti giuridico-sanitari della PMA, ma anche sulle competenze comunicative, relazionali e interculturali, in modo da garantire un accompagnamento empatico e competente lungo l'intero percorso assistenziale[35];

Favorire il coinvolgimento delle associazioni di pazienti e dei gruppi di *advocacy*, promuovendo processi di co-produzione dell'informazione che

[35] Uno studio del Formez su *Social media e pa, dalla formazione ai consigli per l'uso* (in collaborazione con PA social) a cura di S. Talamo, F. Di Costanzo, R. Crudele, Roma, 2017, parlava proprio di una riconversione professionale in taluni casi.

tengano conto delle reali esigenze dell'utenza e valorizzino l'esperienza dei cittadini;

Rafforzare la distinzione tra comunicazione istituzionale e comunicazione politica, garantendo che le informazioni sui diritti sanitari, come quello alla PMA, siano veicolate da soggetti qualificati, in modo imparziale e svincolato da logiche di consenso.

Solo perseguendo le suddette direttrici, l'autorità amministrativa potrà trasformare la comunicazione in un vero e proprio strumento di garanzia costituzionale dei diritti sociali, colmando le asimmetrie informative e realizzando, anche nel campo della PMA, quel principio di uguaglianza sostanziale che l'art. 3 della Costituzione impone come dovere inderogabile per tutte le istituzioni repubblicane.

In ultima analisi, rendere effettivamente conoscibili le possibilità offerte dall'ordinamento significa contrastare le diseguaglianze informative che colpiscono soprattutto i soggetti più vulnerabili, trasformando la comunicazione in un presidio di giustizia amministrativa e di inclusione sociale.

La mancata conoscenza dell'esistenza stessa della prestazione o delle sue modalità di accesso si traduce, infatti, in una forma indiretta ma non meno incisiva di esclusione dal godimento del diritto.

Si può allora concludere che, nel settore della procreazione medicalmente assistita, la funzione di comunicazione pubblica costituisce una condizione necessaria affinché la previsione normativa si trasformi in concreta possibilità di scelta.

Solo un'amministrazione che sappia comunicare in modo strategico, integrando macro-organizzazione e micro-organizzazione, potrà dirsi realmente all'altezza del compito di rendere effettivi i diritti sociali e civili che l'ordinamento riconosce, ma che senza una comunicazione adeguata rischiano di restare confinati nella dimensione della mera proclamazione formale.

**Abstract**

Il saggio indaga il ruolo strategico della comunicazione pubblica nell'ambito della procreazione medicalmente assistita (PMA), inquadrandola come funzione amministrativa autonoma e fattore imprescindibile per l'effettività del diritto alla salute riproduttiva. Muovendo dalla constatazione delle persistenti diseguaglianze territoriali e delle asimmetrie informative che ostacolano l'accesso alle prestazioni – pur formalmente inserite nei livelli essenziali di assistenza (LEA) –, l'Autore evidenzia come l'inerzia comunicativa delle istituzioni si traduca in una discriminazione indiretta e in una compressione del principio di eguaglianza sostanziale *ex* art. 3, comma 2, della Costituzione. Viene approfondita la distinzione tra «macro-informazione» istituzionale e «micro-comunicazione» relazionale, identificando in quest'ultima lo strumento essenziale per personalizzare il percorso di cura e garantire una consapevole autodeterminazione procreativa. Lo studio esamina, infine, l'incidenza dell'innovazione digitale e della trasparenza proattiva quali leve fondamentali per neutralizzare l'inerzia amministrativa e le diseguaglianze di fatto. Emerge la necessità di un modello di *governance* integrato in cui la funzione comunicativa, intesa come obbligo funzionale e non meramente accessorio, assurga a presidio di uguaglianza sostanziale e inclusione sociale.

The essay investigates the strategic role of public communication in the field of assisted reproduction techniques (ART), framing it as an autonomous administrative function and an indispensable factor for the effectiveness of the right to reproductive health. Starting from the observation of persistent territorial inequalities and information asymmetries that hinder access to services–despite their formal inclusion in the Essential Levels of Care (LEA)–the Author highlights how the communicative inertia of institutions translates into indirect discrimination and a curtailment of the principle of substantive equality, pursuant to Article 3, paragraph 2, of the Italian Constitution. The paper further explores the distinction between institutional «macro-information» and relational «micro-communication» identifying the latter as the essential tool to personalize the care pathway and ensure informed procreative self-determination. Finally, the study examines the impact of digital innovation and proactive transparency as key drivers to counteract administrative inertia and de facto inequalities. Ultimately, the analysis highlights the need for an integrated governance

model in which the communicative function, understood as a functional obligation rather than a merely ancillary one, acts as a safeguard for substantive equality and social inclusion.

# La tutela delle situazioni giuridiche soggettive fondamentali da parte del giudice amministrativo: spunti di riflessione in relazione alla procreazione medicalmente assistita

di Simona Terracciano

Sommario: 1. Introduzione e inquadramento del tema. – 2. L'organizzazione amministrativa e l'effettività dei diritti fondamentali. – 3. Alcune pronunce del giudice amministrativo in materia di PMA. – 4. Il ruolo del giudice amministrativo nell'espansione del contenuto dei diritti. – 5. Diritti fondamentali, potere amministrativo e tutela giurisdizionale.

## 1. *Introduzione e inquadramento del tema*

Nell'ordinamento giuridico italiano, la procreazione medicalmente assistita (PMA) rappresenta un tema di rilevante complessità e delicatezza, che pone l'interprete dinanzi alla necessità di individuare un equilibrio, pur mutevole, tra diverse posizioni etiche, culturali e scientifiche[1]. Anche in seguito alla approvazione della legge 19 febbraio 2004, n. 40[2], è proseguito

[1] Di recente, sul tema, I. Riviera, *La procreazione medicalmente assistita. Profili giuridici, etici e sociali*, Milano, 2025.

[2] Si fa riferimento alla legge 19 febbraio 2024, n. 40, recante *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, sulla quale si segnalano i contributi di M. Olivetti, *Una disciplina che va nella giusta direzione*, in *Guida al diritto – Dossier mensile. Le prospettive della famiglia*, 2004, 3, 50 ss.; G. Razzano, *La legge sulla procreazione assistita. Perché sì, in Quad. cost.*, 2004, 383 ss.; S. Agosta, *Tra ragionevoli preoccupazioni di tutela ed irragionevoli soluzioni normative: la recente disciplina sulla procreazione artificiale al banco di prova dei fini-valori della Costituzione*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 95; E. Lamarque, *Referendum sulla procreazione assistita: l'inammissibilità del quesito totale*, in *Quad. cost.*, 2005, 381 ss.; A. Musumeci, *referendum e la legge sulla procreazione medicalmente assistita. Note a margine su un dialogo (impossibile) tra Parlamento, Corte costituzionale e corpo elettorale*, in *Costituzionalismo.it*, 2005, 2; A. Celotto, *Legge sulla procreazione medicalmente assistita: quanti dubbi di costituzionalità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 11 marzo 2004; L. d'Avack, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno Stato laico*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, 793 ss.

un vivace dibattito[3], giurisprudenziale e dottrinario[4], mirato a delineare un quadro normativo coerente con la progressiva enucleazione di un diritto alla salute riproduttiva/procreativa e del diritto alla genitorialità[5].

L'impianto originario della richiamata legge in materia di procreazione medicalmente assistita, connotato da una serie di rigidità, di divieti e prescrizioni produttivi di complessità applicative[6], è stato oggetto di diverse operazioni ermeneutiche da parte dei giudici nazionali e sovranazionali, idonee, secondo parte della dottrina, a «travalicare lo spazio decisionale a disposizione e piegare le disposizioni alla plurale dimensione sociale

[3] Per i termini del dibattito che ha preceduto la adozione della l. n. 40/2004 e sui lavori preparatori della stessa, cfr. F.E. D'Ippolito e M. Di Giorgio, *Nuove forme di genitorialità tra evoluzione sociale e anacronismi giuridici*, in S. Deplano e F. Carimini, *Genitorialità medicalmente assistita e diritti del minore. Atti del Convegno del 13 dicembre 2023,* Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, Napoli, 2024, 26 ss.

[4] D. Morana, *La salute come diritto costituzionale*, Milano, 2021, 208, per un'approfondita ricostruzione della condizione giuridica delle tecniche di procreazione medicalmente assistita precedente all'entrata in vigore della l. n. 40/2004. Anche F. Angelini, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Napoli, 2020.

[5] In relazione alla possibilità e alle modalità di configurazione di un diritto a procreare o, più genericamente, di un diritto alla genitorialità, si vedano le riflessioni di L. Lamberti, *Livelli Essenziali di Assistenza e procreazione medicalmente assistita,* in *Nuove Autonomie*, 2025, 1, che ricorda come «Grazie al progresso scientifico le tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) hanno conosciuto una significativa evoluzione che ha reso sempre meno complesso realizzare il desiderio di genitorialità che, altrimenti, non avrebbe potuto essere soddisfatto».

[6] P. Borsellino, *Bioetica tra «morali» e diritto*, Milano, 2018, 345, sottolinea come sia proprio la ricchezza dei divieti a connotare la l. n. 40/2004 nella quale la parola "vietato" è quella maggiormente ricorrente. Rileva L. Lamberti, *Livelli Essenziali di Assistenza e procreazione medicalmente assistita*, cit., 7, che «Nella sua ispirazione originaria la norma si poneva l'obiettivo di consentire l'accesso alle pratiche di fecondazione assistita come rimedio ad una condizione patologica di sterilità o infertilità, anche ove le stesse non fossero spiegabili secondo parametri rigorosamente scientifici (c.d. infertilità idiopatica). Essa, tuttavia, nel suo testo originario, aveva enormi lacune che non consentivano di garantire tale obiettivo. Si pensi, ad esempio, al limite relativo alla produzione embrionaria e all'obbligo del loro contestuale impianto, ritenuto costituzionalmente illegittimo con la sentenza 8 maggio 2009 n. 151, al divieto di avvalersi di gameti donati da terzi per rimediare ad una condizione di sterilità assoluta di uno o entrambi i membri della coppia, dichiarato incostituzionale con la sentenza 10 giugno 2014 n. 162, e infine al divieto per le coppie non sterili, ma affette da patologie a trasmissione genetica, di ricorrere alla PMA con diagnosi genetica preimpianto, rimosso con la sentenza 5 giugno 2015, n. 96».

per ricavare le regole di principio da applicare alle fattispecie al proprio esame»[7].

È stato evidenziato, al riguardo, che la questione centrale che emerge dal dibattito concernente il riconoscimento di un diritto autonomo alla procreazione non si concentra tanto sulla possibilità di conseguire l'obiettivo desiderato – la maternità – attraverso le pratiche di procreazione medicalmente assistita, quanto piuttosto sulle restrizioni che limitano l'accesso a tali procedure. Le tecniche procreative disciplinate dalla normativa sulla PMA non sollevano particolari problematiche riguardo alle modalità di attuazione – essendo trattamenti ormai consolidati nella pratica medica – ma piuttosto in relazione alla possibilità di rivendicare i diritti ad esse associati e alla loro azionabilità giurisdizionale in caso di mancato riconoscimento. Questa impostazione ha caratterizzato il percorso giurisprudenziale in materia di PMA, in cui i giudici, spesso, si sono trovati a interpretare il testo legislativo in modi che hanno richiesto una certa elasticità, al fine di allineare la normativa alle esigenze di protezione dei diritti coinvolti[8].

Il costante progresso scientifico, l'affinamento delle tecniche procreative e il riconoscimento giuridico delle tecniche di PMA nei livelli essenziali di assistenza (LEA), per un verso, hanno reso più facilmente realizzabile il desiderio di genitorialità, per altro verso, hanno incrementato le istanze di tutela e la richiesta di diritti, rendendo ancora più complesso il bilanciamento tra la necessità di garantire effettivamente le prestazioni in modo uniforme sul territorio nazionale, soprattutto a seguito della inclusione della PMA nei LEA, pur a fronte di una non omogenea capacità organizzativa delle strutture del SSN nei diversi territori[9], e di gestire i vincoli di bilancio per il finanziamento delle prestazioni sanitarie.

Al riguardo, si può rilevare che l'inclusione delle tecniche di PMA

[7] I. Riviera, *La procreazione medicalmente assistita. Profili giuridici, etici e sociali*, cit., 11.

[8] Ibidem, 11-12, sottolinea, criticamente, come «Di per sé l'operazione interpretativa propria dell'autorità giudiziaria non risulterebbe controversa se non fosse accompagnata, di controparte, da una profonda inadeguatezza del decisore politico, più volte sollecitato a re-intervenire sulla normativa per correggere le storture di un regime giuridico poco coerente. La prolungata inerzia del legislatore ha consentito così ai giudici di elaborare principi al di là del perimetro della politica talora in aperta contraddizione con il dato legislativo e, quindi, con le scelte normative prese».

[9] Dalla Relazione annuale trasmessa dal Ministero della salute al Parlamento sullo stato di attuazione della l. n. 40/2004 in materia di Procreazione medicalmente assistita (PMA), relativamente all'attività di centri PMA nell'anno 2022, si ricava che la distribuzione dei centri attivi sul territorio nazionale è disomogenea – amplificando

nei LEA appare idonea a determinare un ampliamento dell'offerta di strutture pubbliche e private accreditate, contribuendo al contenimento del fenomeno della migrazione sanitaria, sia verso Regioni dotate di una maggiore capacità di risposta alla domanda di cura, sia verso ordinamenti stranieri caratterizzati da assetti organizzativi e discipline giuridiche più favorevoli[10]. Si tratta di un fenomeno che produce effetti rilevanti non soltanto sul piano della tutela del principio di uguaglianza nell'accesso alle prestazioni sanitarie, ma anche con riferimento all'appropriatezza e all'efficacia complessiva dei trattamenti erogati.

È necessario, tuttavia, che al percorso intrapreso in via normativa dall'ordinamento italiano in materia di procreazione medicalmente assistita si sommi una efficace capacità organizzativa e funzionale dell'amministrazione sanitaria per rendere concreti gli obiettivi delineati dal legislatore e dalla giurisprudenza costituzionale ed assicurare l'effettività di un diritto connotato da una dimensione individuale e personale, ma che assume anche una rilevanza collettiva.

In questo contesto, tenuto conto dello sviluppo normativo e scientifico in materia, delle complessità organizzative esistenti, della necessità di assicurare prestazioni uniformi di PMA sull'intero territorio nazionale e dell'obbligo giuridico in capo ai soggetti istituzionali di garantire le prestazioni, un ruolo significativo sembra rivestire il giudice amministrativo, il quale contribuisce a rendere effettiva, in questa materia, la tutela delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte.

A ben vedere, la circostanza stessa che il giudice amministrativo si occupi e si possa occupare di "questioni eticamente sensibili", come quelle che emergono rispetto alla procreazione medicalmente assistita, è di estremo interesse a livello scientifico in quanto induce a riflettere – e a consolidare – quella idea secondo la quale il giudice amministrativo non è più solo "giudice del potere" ma, soprattutto, «giudice del rapporto

---

dunque le possibili discriminazioni dovute alla localizzazione della coppia sul territorio nazionale – essendo stata registrata una maggior concentrazione dei centri in sole quattro Regioni: Lombardia, Campania, Veneto e Lazio, con una prevalenza, nelle Regioni del Sud di centri privati e con la presenza di centri privati convenzionati solo in Lombardia e in Toscana. La Relazione è reperibile al seguente link: *https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Docs/Ministero-della-Salute-Relazione-annuale-2024-sullo-stato-di-attuazione-della-legge-40-2004*.

[10] L. Lamberti, *Livelli Essenziali di Assistenza e procreazione medicalmente assistita,* cit., 18.

di questo potere con la società nel suo complesso»[11], che deve saper cogliere ed interpretare le evoluzioni della società secondo un equilibrato e ragionevole sindacato dei molteplici e conflittuali interessi che si presentano alla sua attenzione.

Come sottolineato dal Presidente del Consiglio di Stato, in occasione della inaugurazione dell'anno giudiziario 2025, «uno dei compiti del diritto pubblico è quello di consentire che tutti possano avvalersi delle prestazioni previste dalla legge, anche se per ragioni sociali o culturali non sono in grado di conoscerle. La fruizione delle prestazioni previste dalla legge pone rimedio agli squilibri e fa sentire il senso della socialità, quale valore intrinseco del sentirsi parte di una collettività»[12].

Occorre considerare, tuttavia, che, talvolta, i diritti e gli interessi legittimi, in ambiti come quello delle prestazioni scolastiche o della tutela dei disabili, ma il discorso vale anche per la procreazione medicalmente assistita, faticano a trovare soddisfazione. Ciò avviene spesso a causa della complessità del quadro normativo e procedimentale, nonché della frammentazione delle molteplici competenze rimesse a distinte autorità, con il rischio di disperdere o di non utilizzare al meglio le risorse economiche esistenti e, soprattutto, di non garantire effettiva e adeguata tutela ai diritti coinvolti.

## 2. *L'organizzazione amministrativa e l'effettività dei diritti fondamentali*

Alla accennata complessità normativa e procedimentale, individuata quale fattore idoneo a compromettere, in via preliminare, l'affermazione del diritto sotto il profilo della sua accessibilità e intelligibilità, si può aggiungere l'ulteriore elemento costituito dall'assetto dell'organizzazione amministrativa, che si configura come presupposto funzionale imprescindibile per la concreta erogazione e fruizione delle prestazioni.

In particolare, rispetto a tematiche così delicate e sensibili per l'individuo e per la società nel suo complesso, come il diritto alla procreazione medicalmente assistita, appare evidente la profonda

[11] Relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2017 presso il Consiglio di Stato (A. Pajno, 2017).

[12] L. Maruotti, *Relazione sull'attività della Giustizia Amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato*, Roma, Palazzo Spada, 3 febbraio 2025, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

connessione tra diritto fondamentale, organizzazione amministrativa ed esercizio del potere. L'affermazione dei diritti fondamentali rischia, infatti, di rimanere lettera morta se non trova soddisfazione nell'esercizio di una funzione amministrativa volta a predisporne una corretta e bilanciata organizzazione, da parte dell'Amministrazione, prima ancora che nella erogazione del singolo servizio.

Al riguardo, si osserva che il pregiudizio per il diritto non si manifesta solamente a valle, in presenza di un esercizio illegittimo del potere nei confronti dell'individuo (laddove si ometta o si ritardi, a titolo esemplificativo, l'erogazione di una certa prestazione dovuta), ma esso è apprezzabile già a monte, laddove l'amministrazione ometta di predisporre quelle misure organizzative e funzionali, propositive e doverose, che le consentono di organizzare il servizio ed erogare una pluralità di prestazioni all'esito di una valutazione e di una ponderazione tra diversi interessi (tutela della salute, tutela della finanza e del contenimento della spesa, equità e non discriminazione, imparzialità, proporzionalità).

## 3. *Alcune pronunce del giudice amministrativo in materia di PMA*

Un esempio significativo di tale interrelazione tra organizzazione sanitaria ed effettività dei diritti è offerto da un caso nel quale il giudice amministrativo ha annullato alcune delibere e atti generali della Regione Lombardia ritenendo discriminatoria e irragionevole la scelta della Regione di porre a carico del SSN, sia pure con il pagamento del *ticket*, le prestazioni di procreazione medicalmente assistita di tipo omologo e di porre a carico delle coppie i costi di quella di tipo eterologo, nonostante la equiparazione tra le due tecniche operata dalla Corte costituzionale nella sentenza 10 giugno 2014, n. 162[13].

[13] Corte costituzionale 10 giugno 2014, n. 162 che ha ammesso la fecondazione eterologa in virtù del riconoscimento della sua funzionalizzazione a risolvere problemi riproduttivi. Sulla sentenza, A. Musumeci, *"La fine è nota". Osservazioni a prima lettura alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa*, in *Osservatorio AIC*, 2014, 2; G. D'Amico, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3 luglio 2014; V. Baldini, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *www.dirittifondamentali.it*, 15 settembre 2014; A. Ruggeri, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al «dialogo» con la Corte EDU (a prima*

La menzionata interrelazione tra effettività del diritto e aspetti organizzativi si coglie appieno nell'argomentazione del giudice amministrativo, laddove esprime che «Pur dovendo considerare la sicurezza dei mezzi e limitatezza della risorse di cui dispone, infatti, l'Amministrazione non può ignorare una domanda di prestazione sanitaria che si faccia portatrice di interessi sostanziali parimenti bisognosi di risposta, poiché verrebbe meno, altrimenti, al fondamentale compito che le compete in uno Stato sociale di diritto, quello di garantire i livelli essenziali di assistenza, o, comunque, l'effettività di un diritto complesso – e così essenzialmente interrelato all'organizzazione sanitaria – come quello alla salute nel suo nucleo irriducibile, pur in un quadro di risorse finanziarie limitate»[14].

Secondo il Consiglio di Stato, pertanto, pur dovendo tener conto della limitatezza delle risorse disponibili, l'amministrazione non può ignorare una domanda di prestazione sanitaria che sia portatrice di interessi sostanziali meritevoli di tutela. Diversamente, verrebbe meno al compito fondamentale che le compete in uno Stato sociale di diritto, ossia garantire i livelli essenziali di assistenza e l'effettività del diritto alla salute nel suo nucleo irriducibile. Effettività di un diritto complesso, come quello alla salute, che, secondo il giudice, è essenzialmente interrelata all'organizzazione sanitaria.

In relazione alle singole prestazioni di PMA inserite nei LEA, per le quali sussiste una copertura finanziaria, è stato rilevato criticamente in dottrina che mancherebbero molte attività di diagnosi precedenti alla decisione di utilizzare tecniche di PMA oltre a numerose attività di supporto e cura, alla coppia e alla donna, sotto il profilo non solo clinico ma anche psicologico, con la conseguenza che «i reali costi che dovranno essere sopportati per realizzare il desiderio di genitorialità, necessitando di cure, potranno ancora una volta essere molto diversi a seconda dell'avanzamento delle strutture sanitarie presenti nelle diverse regioni, non solo sotto il profilo del personale e delle attrezzature, ma anche rispetto alla consapevolezza dei plurimi e diversi bisogni di cura che sussistono per affrontare un percorso del genere»[15].

A fronte di tale osservazione, che condivisibilmente colloca il diritto

*lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 14 giugno 2014; C. Tripodina, *Il «diritto al figlio» tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giur. cost.*, 2014, 2593 ss.; A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 11 giugno 2014.

[14] Consiglio di Stato, sez. III, 20 luglio 2016, n. 3297, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[15] L. Lamberti, *Livelli Essenziali di Assistenza e procreazione medicalmente assistita,* cit., 17-18.

alla procreazione medicalmente assistita in una cornice di prestazioni più articolata ed estesa rispetto al profilo dell'accesso alle tecniche di PMA, assume rilevanza un ulteriore passaggio argomentativo della sentenza richiamata, mediante il quale si evidenzia che, nelle tecniche di fecondazione assistita, la domanda di prestazione sanitaria non solo non può essere ignorata, ma è, altresì, comprensiva della fase preparatoria all'intervento, consistente nella somministrazione dei farmaci necessari, con conseguente copertura degli oneri a carico del SSR, non essendo tollerabili discriminazioni dovute alle esigenze di contenimento della spesa pubblica.

In altri termini, attraverso l'interpretazione del concetto di domanda di prestazione sanitaria, l'intervento giurisdizionale contribuisce ad estendere la portata del diritto complesso, garantendone l'effettività.

Le tecniche di fecondazione assistita rientrano nel concetto di "cura" e costituiscono vere e proprie "prestazioni mediche" in quanto incidono sulla salute fisica e psichica della coppia ed attengono a quel "nucleo irriducibile del diritto alla salute" inteso sia come libertà dell'individuo, sia quale diritto sociale ad una prestazione essenziale da parte del SSN.

In questa direzione pare orientarsi anche una recente pronuncia del Consiglio di Stato, relativa ad una controversia tra la Regione Lazio e una struttura autorizzata dalla Regione Lazio alla erogazione di prestazioni di tecniche di procreazione medicalmente assistita di I, II e III livello.

Appare rilevante, in particolare, il passaggio nel quale si sottolinea che «l'attività rientrante nell'autorizzazione rilasciata ai centri iscritti nel registro tenuto presso l'I.S.S. comprende anche la fase preparatoria all'intervento, consistente nella somministrazione dei farmaci necessari: pertanto, l'autorizzazione all'esercizio di tale attività non può non ricomprendere la redazione del Piano terapeutico da parte del medico specialista che opera nel centro autorizzato, atto che consente, poi, al medico di medicina generale, di prescrivere i farmaci in fascia A (…) superandosi in questo modo i rilievi della Regione Lazio secondo cui tali farmaci non potrebbero essere prescritti da una struttura privata, con oneri a carico del SSR»[16].

Di particolare rilievo sistematico risulta la medesima sentenza nella parte in cui si sofferma sul profilo della disparità di trattamento tra

[16] Consiglio di Stato, sez. III, 5 settembre 2024, n. 7447, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Regioni[17], sottolineando che in molte Regioni italiane non sussiste alcuna preclusione alla redazione del piano terapeutico da parte dei centri iscritti nel registro *ex* art. 11 della l. n. 40/2004. La somministrazione dei farmaci, infatti, costituisce parte integrante del trattamento di fecondazione assistita ed è qualificabile come prestazione rientrante nei livelli essenziali di assistenza, che devono essere garantiti in modo uniforme sull'intero territorio nazionale[18].

## 4. *Il ruolo del giudice amministrativo nell'espansione del contenuto dei diritti*

Le pronunce giurisdizionali richiamate confermano, anzitutto, la sussistenza di quella interrelazione, definita "essenziale"[19], tra organizzazione sanitaria ed effettività di un diritto complesso: l'incremento quantitativo dei

[17] In termini più ampi, con riferimento alla esperienza pandemica, riflette D. Morana, *Introduzione*, in D. Morana (a cura di), *La salute tra i diritti e nei territori. Questioni costituzionali nel rapporto Stato-Regioni*, Torino, 2025, che sottolinea, valorizzando la declinazione territoriale della protezione della salute, come «Una posizione di determinante rilievo, tra tali aspetti, è senz'altro occupata dalla declinazione territoriale della protezione della salute: anche lungo questo versante, l'esperienza pandemica ha drammaticamente reso evidente che una reale salvaguardia di questo diritto postula un accesso alle cure che, tenendo conto della specificità dei territori, possa corrispondere al meglio ai bisogni sanitari della persona. In quest'ottica, lo sforzo che si richiede non va indirizzato soltanto nel senso di garantire in modo geograficamente uniforme la presenza di strutture sanitarie caratterizzate da adeguati standard qualitativi. Altrettanto indispensabile è, ad esempio, assicurare un accettabile grado di prossimità delle prestazioni attraverso una rete assistenziale calibrata al livello locale, anche allo scopo di evitare che l'ospedalizzazione del paziente venga effettuata non in quanto soluzione curativa ottimale ma esclusivamente per ovviare alla mancanza di più confacenti alternative. Come pure è essenziale modellare sulla dimensione territoriale gli interventi finalizzati alla prevenzione, in modo da potenziarne l'utilità e l'efficacia».

[18] Nella medesima sentenza si legge: «A ciò può aggiungersi che in altre Regioni italiane tale preclusione non sussiste: qualunque centro iscritto nel registro ex art. 11 della l. n. 40 del 2004 tenuto dall'I.S.S. può redigere il piano terapeutico e prescrivere i farmaci necessari per la [PMA], considerato che la somministrazione di tali medicinali fa parte del trattamento di fecondazione assistita, come emerge in modo chiaro dalla disamina delle Linee Guida; si tratta, infatti, di una prestazione rientrante nei LEA, che deve essere quindi fornita in tutto il territorio nazionale».

[19] Consiglio di Stato, sez. III, 20 luglio 2016, n. 3297.

compiti nello Stato sociale di diritto, già colto nelle riflessioni dottrinali[20], non corrisponde esclusivamente a una proliferazione di compiti in termini quantitativi, ma influenza l'amministrazione sotto il profilo qualitativo, sollecitando lo sviluppo di una capacità dell'amministrazione di operare un ragionevole equilibrio tra istanze antagoniste e mediare le interferenze tra molteplici valori[21].

In tale contesto, il sindacato del giudice amministrativo svolge un ruolo decisivo nel verificare, in seconda battuta, la ragionevolezza e la tollerabilità del sacrificio imposto a un valore rispetto a quelli potenzialmente confliggenti. Ciò emerge chiaramente nel caso richiamato della Regione Lazio, ove il giudice, non tollerando discriminazioni dovute alle esigenze di contenimento della spesa, riesce in sostanza ad espandere il contenuto del diritto (nel caso di specie, riconoscendo che la somministrazione dei farmaci necessari nella fase preparatoria dell'intervento fa parte del trattamento di fecondazione assistita).

In altri termini, il nucleo irriducibile del diritto alla salute, sia come libertà dell'individuo, sia come diritto sociale a una prestazione essenziale, non tollera un esercizio del potere pubblico che possa determinare disparità di trattamento anche solo con riferimento a una porzione dei complessi trattamenti di PMA. Tale profilo assume particolare rilevanza con riferimento ai trattamenti in questione laddove si consideri che il gravoso onere economico da sopportare nell'acquisto dei farmaci necessari per il trattamento potrebbe indurre l'individuo a rinunciare alla cura. Al riguardo, è opportuno sottolineare che una eventuale rinuncia "preventiva" all'avvio della cura, legata al gravoso onere economico che ingiustificatamente sia tenuto a sopportare il privato, non appare rimediabile sotto il profilo meramente patrimoniale: la decisione di

[20] A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, XIII ed., Napoli, 1982, 7 e 913. Anche M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, III ed., vol. I, 1988, Milano, 49.

[21] Sul punto, G. Tulumello, *La conformazione dei diritti dei soggetti fragili, e la relativa tutela giurisdizionale*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2025, 2; Id., *Tutela dei diritti fondamentali o fondamentalismo nella tutela dei diritti?*, in *www.giustamm.it*, 2011, 10; Id., *La funzione: fisionomia e implicazioni del potere amministrativo nello stato sociale pluriclasse*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2018; Id., *L'effettività della tutela dei diritti fondamentali dei disabili nello Stato sociale, fra vincoli di bilancio e amministrazione di risultato*, in *Questione giustizia*, 2018, 3; Id., *Fenomenologia del dialogo fra le giurisdizioni*, in *Ufficio studi, massimario e formazione della giustizia amministrativa* (a cura di), *Il Libro della giustizia amministrativa 2021*, Torino, 2021, 352-372; Id., *I contratti della pubblica amministrazione oggi*, in *www-giustizia-amministrativa.it*, 2025.

diventare genitori non è soggetta solo a limiti di legge, ma anche a limiti biologici, incompatibili con l'esaustività di una tutela meramente risarcitoria[22]. Merita sottolineare, rispetto alla garanzia di effettività della tutela che il giudice amministrativo assicura in controversie di questo tipo, che il Consiglio di Stato, in un caso in cui è stato chiamato a vagliare il profilo della disparità di trattamento sotto il profilo economico tra PMA omologa ed eterologa, aveva già in sede cautelare sottolineato che «il pregiudizio lamentato, il quale non può essere ragionevolmente limitato ad aspetti puramente patrimoniali in sé risarcibili, deve ritenersi dotato dei prescritti caratteri di gravità ed irreparabilità poiché l'esecuzione dei provvedimenti impugnati è suscettibile di produrre l'effetto della perdita, da parte di coloro che non sono in grado di sostenere l'onere economico ivi previsto, della possibilità di accedere alle tecniche in parola dovuta al superamento dell'età potenzialmente fertile durante il tempo occorrente per la definizione del giudizio nel merito»[23].

Se ne ricava, pertanto, che il sindacato giurisdizionale esercitato nel contesto della PMA incide significativamente sull'ampliamento delle tutele per l'individuo, assicurando che il diritto alla PMA non sia solo riconosciuto teoricamente ma che esso sia concretamente accessibile e, al contempo, rifiutando un approccio meramente formalistico e limitato alla garanzia di una tutela solo di tipo risarcitorio.

## 5. *Diritti fondamentali, potere amministrativo e tutela giurisdizionale*

Dalle considerazioni svolte emerge come i diritti fondamentali siano frequentemente incisi dall'esercizio del potere sia positivamente sia negativamente. In molti casi, affinché la domanda di prestazione di un privato possa essere soddisfatta risulta necessaria l'intermediazione del potere conformativo dell'amministrazione, che attribuisce contenuto concreto al diritto[24].

---

[22] Sul punto, F. Siciliano, *Sull'apporto delle dinamiche del diritto amministrativo alla tutela della decisione di avere figli con la tecnica della PMA eterologa: dalla "relativizzazione" del vuoto normativo all'orizzonte delle generazioni future*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2020, 2, 221, spec. nota 49.

[23] Consiglio di Stato, sez. III, ord. 9 aprile 2015, n. 1486, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[24] Ricorda G. Tulumello, *La conformazione dei diritti dei soggetti fragili, e la relativa tutela*

Analizzando le ricadute di tali osservazioni sotto il versante della tutela giurisdizionale, si può rilevare che il giudice amministrativo appare idoneo ad assicurare una tutela piena dei diritti soggettivi fondamentali, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione pubblica. Sono quindi ancora attualissime le parole della fondamentale pronuncia della Corte costituzionale 27 aprile 2007, n. 140[25] che, richiamando altre due storiche pronunce (Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204 e 11 maggio 2006, n. 191)[26], ha affermato che non c'è «alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario – escludendone il giudice amministrativo – la tutela dei diritti costituzionalmente protetti». Si segna, con questa pronuncia, un legame non occasionale, ma necessario e indissolubile tra diritti fondamentali ed esercizio di una funzione amministrativa (che va oltre l'ambito della giurisdizione esclusiva e coinvolge anche l'ambito della giurisdizione di legittimità).

Questa impostazione equivale a superare l'orientamento, in passato granitico delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, a partire dalla sentenza 9 marzo 1979, n. 1463[27], circa la intangibilità assoluta dei diritti fondamentali da parte del pubblico potere, secondo cui laddove vi è un diritto fondamentale non vi può essere un pubblico potere – e, quindi, non dovrebbe radicarsi la giurisdizione del giudice amministrativo – e per converso, laddove un pubblico potere vi sia, mai un diritto fondamentale potrebbe sussistere senza appunto negarne, in radice, la sua essenza di "superdiritto", prevalente rispetto all'intervento di qualsivoglia potere autoritativo[28].

---

*giurisdizionale*, cit., 6, che «(…) nello Stato sociale pluriclasse il diritto fondamentale è situazione quasi sempre pretensiva, legata com'è alla necessità – giuridica e materiale – che l'infungibile intermediazione del potere (non repressivo, ma conformativo) dell'amministrazione riempia di contenuto un diritto altrimenti (formalmente fondamentale ed indegradabile, ma) solo nominalmente proclamato».

[25] Corte costituzionale 27 aprile 2007, n. 140, in *Foro it*., 2008, I, 442.

[26] Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204, in *Riv. giur. ed*., 2004, I, 3, 1211 ss., con nota critica di M.A. Sandulli, *Un passo avanti e uno passo indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte cost. n. 204 del 2004)*, e Corte costituzionale, 11 maggio 2006, n. 191, in *Dir. proc. amm*., 2006, 3, 1005-1006 (mass.) e 1009-1016, con nota di S. Malinconico, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi: riparto di giurisdizione e rapporto tra tutela demolitoria e risarcitoria.* Sulle sentenze, R. Villata, *Problemi attuali della giurisdizione amministrativa,* Milano, 2009, 1 ss., 23 ss.

[27] Corte di Cassazione, sez. un., 9 marzo 1979, n. 1463, in *Foro it.* 1979, I, 939.

[28] In merito al problema del riparto di giurisdizione in materia di diritti fondamentali,

Occorre comunque considerare che, sebbene la teoria dei diritti fondamentali inaffievolibili sconti dei limiti teorici e sistematici, evidenziati in dottrina[29] ed espressi anche in sede pretoria[30], probabilmente anche

si vedano i lavori di N. Pignatelli, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, in *federalismi.it*, 2020, 12, 177-199; F. Patroni Griffi, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *www.giustizia-amministrativa.it,* 2017; M. Noccelli, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, in *www.sipotra.it*, 2018; N. Pignatelli, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell'inviolabilità*, Pisa, 2013.

[29] Rileva F.G. Scoca, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, 157, che «La costruzione giurisprudenziale dei diritti non degradabili o dei diritti resistenti agli interventi dell'amministrazione è interessante soprattutto per le inespresse premesse dalle quali parte: che la tutela dei diritti soggettivi sia piena; che quella degli interessi legittimi sia dimidiata. Tali premesse non sono esatte; o, meglio, potrebbero non esserlo, solo se si prendesse coscienza che l'interesse legittimo è una situazione giuridica soggettiva di pari dignità rispetto al diritto soggettivo, e deve trascinare un livello di tutela equipollente».

[30] Si veda, Cons. St., sez. III, 21 ottobre 2020, n. 6371, in cui è stata dichiarata la giurisdizione amministrativa in merito alla controversia avente ad oggetto il diniego di autorizzazione ad effettuare cure mediche all'estero, in ragione del decreto del Ministero della sanità del 3 novembre 1989. Nella sentenza si è stabilito che «L'affermata non affievolibilità del diritto alla salute richiama la dottrina della degradabilità delle posizioni giuridiche, posizionate lungo una scala che dal grado "maggiore" del diritto soggettivo scende al grado "minore" dell'interesse legittimo per effetto dell'incisione provocata dall'azione amministrativa; essa è utilizzata per inferirne l'impermeabilità della posizione giuridica al potere, quantunque quest'ultimo sia legittimamente conferito all'amministrazione dalla legge. (…) Oggi, tre passaggi che possono dirsi epocali, impongono di ritenere del tutto superata la tesi della degradazione: 9.1. Dopo la nota sentenza delle SS.UU. n. 500/99 [Corte di Cassazione, sez. un., 22 luglio 1999, n. 500] nessuno più dubita della dimensione sostanziale dell'interesse legittimo, ormai definito come interesse in ordine ad un bene della vita meritevole di protezione (esattamente come nel caso del diritto soggettivo) toccato dall'esercizio del potere. (…) Si è più volte fatto cenno alla pienezza della tutela. Essa costituisce il secondo passaggio che si vuol qui evidenziare. 9.2. Le situazioni giuridiche fondamentali, ossia collegate ad un bene della vita costituzionalmente protetto o socialmente considerato essenziale, godono, nell'ambito del processo amministrativo di una tutela pienamente satisfattiva dell'interesse del privato. Come è stato di recente sottolineato da questo Consiglio "All'esito dell'evoluzione giurisprudenziale e normativa culminata con il nuovo codice del processo amministrativo, il sistema delle tutele è stato segnato dai seguenti principali sviluppi, che si pongono tutti in direzione di una maggiore "effettività" del sindacato del giudice amministrativo in grado di approntare un rimedio adeguato al bisogno di tutela, rendendo concretamente tangibile l'evoluzione della giustizia amministrativa da strumento di garanzia della legalità della azione amministrativa a giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali, come delineata dal suddetto nuovo codice del processo

frutto dell'impostazione culturale dell'epoca in cui è stata elaborata dove l'interesse legittimo non era ancora riconosciuto come una situazione giuridica sostanziale[31], sul fronte giurisprudenziale non si registra ancora una piena convergenza di orientamenti tra il giudice amministrativo e il giudice del riparto[32].

In particolare, le critiche alla teoria dei diritti fondamentali inaffievolibili fanno leva sulla circostanza che nell'assetto delle posizioni giuridiche non si assiste ad alcun meccanismo di degradazione: al contrario, diritti soggettivi e interessi legittimi coesistono ogniqualvolta il nucleo sostanziale spettante all'individuo riceva tutela nella vita di relazione e, al contempo, la sua concreta fruizione sia conformata dal legislatore

amministrativo" (così Cons. Stato Sez. VI, 25-02-2019, n. 1321). (…) Il terzo passaggio è compiuto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. In essa è rinvenibile un chiaro e lineare percorso teso a negare che le situazioni giuridiche fondamentali possano essere, in ragione di ciò solo, sottratte al giudice amministrativa in forza del predetto assioma della inaffievolibilità delle stesse dinanzi al potere amministrativo. (…) Dunque, in ordine a tale primo argomento, nessun dubbio nutre il Collegio circa l'inidoneità del carattere fondamentale della situazione giuridica fatta valere, a giustificare una deroga alla generalissima regola di riparto che vede il giudice amministrativo titolare della giurisdizione ove l'amministrazione agisca nell'esercizio di un potere dalla legge previsto a conformazione di quella situazione giuridica».

[31] Nella citata Cons. St., sez. III, n. 6371/2020, il giudice ricorda, invero, che la tesi dei diritti non affievolibili «è debitrice di una concezione dell'interesse legittimo largamente superata, in cui quest'ultimo è visto quale interesse occasionalmente protetto dall'ordinamento per finalità che esulano in tutto e in parte dall'interesse sostanziale cui il titolare aspira, in guisa che la massima utilità ricavabile dal processo è l'annullamento dell'atto (misura in grado di coniugare interesse pubblico e sia pur in via occasionale quello privato) e giammai il riconoscimento del bene della vita. 8.2. La teoria dei diritti che non degradano, e fra questi quella dei diritti fondamentali inaffievolibili, nasce, invero, per dare tutela effettiva al "bene della vita", in una fase storica in cui la posizione di semplice interesse legittimo non era sufficiente a cagione delle limitazioni che caratterizzavano il processo amministrativo da una parte, e per la stessa connotazione dell'interesse legittimo quale interesse non direttamente protetto dall'ordinamento dall'altra. Dunque, una soluzione finalizzata all'individuazione del giudice meglio rispondente al bisogno di tutela».

[32] Sui limiti teorici e sistematici della giurisprudenza del giudice del riparto, si sofferma G. Tulumello, *La conformazione dei diritti dei soggetti fragili, e la relativa tutela giurisdizionale*, cit., 8, che osserva come «l'indirizzo del giudice del riparto non solo sconta una difficile coerenza sistematica, e una significativa debolezza sul piano dogmatico, ma finisce con l'approntare una tutela non del tutto efficace, proprio perché svincolata dalle dinamiche della situazione giuridica soggettiva che ne costituisce l'oggetto».

tramite la individuazione di una potestà pubblica volta a garantirne l'armonizzazione con le esigenze della collettività.

Invero, i diritti sociali, discostandosi dalle mere libertà negative poiché si sostanziano nella richiesta di una prestazione pubblica, esigono ineludibilmente un'intermediazione amministrativa, necessaria in ragione della limitatezza delle risorse finanziarie e materiali a disposizione e degli eventuali interessi antagonisti e confliggenti.

A fronte della compiuta e satisfattiva garanzia che il sistema giuridico oggi fornisce, attraverso il sindacato del giudice amministrativo, alle posizioni fondamentali connesse ai diritti sociali, perpetuare la tesi dell'inaffievolibilità del diritto primario risulta ingiustificato[33].

In conformità a questa linea di ragionamento si colloca una recente sentenza del giudice amministrativo in cui è stata scrutinata una eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla Regione Sardegna e dalla Azienda per la tutela della salute in un caso relativo al diniego di una istanza di un privato diretta ad ottenere domanda di autorizzazione per l'erogazione, a carico del SSR, di prestazioni specialistiche ambulatoriali per la PMA eterologa in una struttura estera[34].

Il TAR ha affermato la propria giurisdizione sulla controversia, richiamando l'orientamento secondo cui le norme che prevedono

[33] Tali i passaggi espressi da Cons. St., sez. III, n. 6371/2020, ove si legge che «Non c'è nella dinamica delle posizioni giuridiche alcun fenomeno di degradazione: diritti soggettivi e interessi legittimi piuttosto convivono tutte le volte in cui l'interesse sostanziale di cui la persona è titolare è protetto nella vita di relazione e al contempo il suo godimento è conformato dalla legge attraverso la previsione di un potere pubblico che ne assicuri la compatibilità rispetto agli interessi della collettività. 10.2. I diritti sociali a differenza dei diritti di libertà, traducendosi nella pretesa di una prestazione pubblica, necessitano, a seconda del grado di impatto sugli interessi pubblici potenzialmente antagonisti e in considerazione della scarsità delle risorse economiche e materiali disponibili, di una mediazione amministrativa. Una volta che il potere è stato attribuito, è al corretto esercizio di questo che deve aversi riguardo per fornire piena tutela al titolare dell'interesse sostanziale (e in ciò risiede l'essenza dell'interesse legittimo), senza che possa darsi ultroneo rilievo alla natura "fondamentale" o "sociale" della situazione giuridica. 10.3. Dinanzi alla pienezza di tutela che l'ordinamento oggi assicura, per il tramite della giurisdizione amministrativa, agli interessi fondamentali correlati ai diritti sociali, continuare a sostenere sotto l'ombrello teorico della non affievolibilità del diritto fondamentale, che il potere legalmente conferito alla pubblica amministrazione sia in quei casi *inutiliter datum*, equivarrebbe a qualificare la legge attributiva come incostituzionale, vieppiù irritualmente disapplicandola».

[34] TAR Sardegna, sez. II, 11 novembre 2024, n. 787.

prestazioni sanitarie all'estero configurano un potere amministrativo che intermedia la situazione giuridica dei cittadini, anche quando tale potere si esercita in forme vincolate o tecnicamente complesse. In particolare, rileva il passaggio in cui il giudice ha ricordato che «Sul punto, pur a fronte di più risalenti posizioni giurisprudenziali di segno contrario, il Tribunale condivide l'orientamento più recente espresso dalla giurisprudenza amministrativa, che ha avuto modo di chiarire che la fonte che prevede che "ai cittadini italiani sono assicurate prestazioni assistenziali presso centri di altissima specializzazione all'estero, "conforma" il profilato diritto attribuendo il potere autorizzativo alle ASL sulla base della previa acquisizione del parere tecnico di un centro medico regionale di riferimento"; perciò tali norme "delineano un potere amministrativo il cui esercizio – anche ove voglia definirsi vincolato, sussumendo, com'è corretto che sia, le valutazioni tecniche ivi contemplate nell'area della complessità del "fatto" piuttosto che in quella della discrezionalità propriamente detta – intermedia la situazione giuridica soggettiva del cittadino che aspira ad ottenere cure gratuite all'estero, al fine di verificare il ricorrere di alcune specifiche condizioni prese in considerazione dalla legge a tutela dell'interesse pubblico al corretto utilizzo delle risorse e al buon andamento dell'amministrazione sanitaria. Sgomberato il campo dalla teoretica dei diritti non affievolibili, la fattispecie non presenta alcun tratto peculiare che possa determinarne la sottrazione alla giurisdizione del giudice amministrativo in favore della giurisdizione ordinaria" (Consiglio di Stato, sez. III, 21 ottobre 2020, n. 6371)».

Queste affermazioni, che sono da salutare con favore, contribuiscono a rafforzare l'idea che il giudizio amministrativo non sia solamente strumento di garanzia della legalità amministrativa ma sia il veicolo per la tutela di pretese sostanziali e che in questa materia, proprio perché il potere amministrativo gioca spesso un ruolo di conformazione del diritto (è un meccanismo di attuazione del diritto), è proprio il giudice amministrativo, anche in sede di legittimità, l'organo che è più idoneo a valutare la conformità dell'esercizio del potere rispetto alle regole e, soprattutto, la conformità dell'azione amministrativa rispetto al risultato avuto di mira dalla norma regolante l'esercizio del potere funzionale alla conformazione dei diritti.

Peraltro, le tecniche di tutela offerte dal giudice amministrativo non possono dirsi inferiori a quelle del giudice ordinario, essendo

particolarmente incisiva la tutela demolitoria e, soprattutto, la portata conformativa del giudicato di annullamento idonea a indirizzare le future condotte dell'amministrazione, così come il giudizio avverso il silenzio e il giudizio di ottemperanza potrebbero essere la chiave, anche nella PMA, per una pienezza ed effettività della tutela in favore dell'individuo.

Eppure, le richiamate divergenze di vedute emergono laddove invece si considerino gli orientamenti del giudice del riparto che, salvo alcune eccezioni (Corte di Cassazione, sez. un., 7 settembre 2016, n. 17674), non sembra aver mutato il proprio orientamento sul tema, laddove richiama la tesi secondo la quale i diritti umani fondamentali (il caso riguardava il diniego del rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari) sono «dotati di un grado di tutela assoluta e non degradabili ad interessi legittimi per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo, al quale può essere rimesso solo l'accertamento dei presupposti di fatto che legittimano la protezione, nell'esercizio di una mera discrezionalità tecnica» (Corte di Cassazione, sez. un., 12 aprile 2023, n. 9791)[35]. Sembrerebbe, peraltro, introdursi un criterio di riparto fondato sulla dicotomia tra attività discrezionale e attività vincolata, escludendo la sussistenza del potere laddove l'attività sia vincolata. Tuttavia, tale impostazione appare criticabile laddove si accolga la condivisibile e prevalente tesi secondo la quale i provvedimenti amministrativi vincolati sono espressione di potere amministrativo, sia perché per essi si rende sempre indispensabile l'attività di verifica in concreto della sussistenza dei presupposti fattuali cui la disposizione di legge collega l'emanazione del provvedimento e tale verifica è necessariamente rimessa all'amministrazione; sia perché in presenza di atti vincolati l'amministrazione non si limita a verificare la sussistenza in concreto dei presupposti indicati dalla legge, ma è anche

[35] Corte di Cassazione, sez. un., 12 aprile 2023, n. 9791, in cui si legge che «Sussiste l'appartenenza alla giurisdizione del giudice ordinario per i giudizi aventi ad oggetto il diniego del permesso di soggiorno per motivi umanitari deciso dal questore, ancorché a seguito di istanza direttamente rivoltagli dal richiedente e senza che la commissione territoriale abbia espresso il parere, la cui mancanza non influisce sul riparto di giurisdizione in quanto il diritto alla protezione umanitaria ha, al pari del diritto allo "*status*" di rifugiato e al diritto costituzionale di asilo, consistenza di diritto soggettivo, da annoverare tra i diritti umani fondamentali, come tali dotati di un grado di tutela assoluta e non degradabili ad interessi legittimi per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo, al quale può essere rimesso solo l'accertamento dei presupposti di fatto che legittimano la protezione, nell'esercizio di una mera discrezionalità tecnica».

titolare del potere costitutivo dell'effetto, pur essendo priva del potere determinante, e cioè del potere di determinare l'effetto dell'atto che compie[36].

Occorre, peraltro, rilevare che le incertezze sul piano del riparto di giurisdizione generano ostacoli ai principi di semplificazione e di concentrazione della tutela giurisdizionale, corollari fondamentali del principio di effettività della tutela stessa, ai sensi degli articoli 1 e 7 del c.p.a.

A ben vedere, oltre all'ampia gamma di tutele oggi a disposizione del giudice amministrativo, è stato sottolineato in dottrina che l'incontro del diritto fondamentale con il potere amministrativo costituisce una opportunità sul fronte della possibilità di esercizio del diritto stesso, in relazione a due profili: quello organizzativo, nella misura in cui spesso un diritto è effettivo se sono effettuate scelte organizzative e procedure adeguate, frutto di esercizio del potere; quello economico, in quanto il tema della limitazione delle risorse economiche costringe all'esercizio di un potere di discernimento, che garantisce il diritto fondamentale di esistere, sia pure nell'ambito della cd. riserva del possibile[37].

---

[36] F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, V ed., Torino, 2017, 285 ss.

[37] In questi termini, G. Tropea, *Riparto di giurisdizione e immigrazione: note critiche sul "nomadismo giurisdizionale"*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2022, 1, 140-170 ove afferma che «In buona sostanza tutti questi tentativi hanno dei limiti, sono fragili e anacronistici, e forse il vero banco di prova è rappresentato dal confronto con il dato di realtà. Confronto che impone di chiederci: l'incontro con il potere, è un pericolo o un'opportunità? Non sembra un pericolo sul piano dello strumentario delle tutele erogate dal g.a., sempre più sofisticato e emancipato dall'egemonia della tutela demolitoria, come ha detto sempre Corte cost. n. 140/2007. Inoltre, appare addirittura un'opportunità sul fronte delle possibilità di esercizio dei diritti in questione. I diritti, quanto più sono fondamentali, paradossalmente tanto più sono condizionati. Su almeno due fronti. Quello organizzativo: in uno Stato a prestazioni sociali, molto spesso c'è diritto effettivo se ci sono adeguate scelte organizzative e idonee procedure, frutto di esercizio del potere. Emblematico il caso Englaro: dopo che la Cassazione aveva riconosciuto che diritto alla salute è anche diritto alla interruzione delle cure, il diritto alla salute è stato declinato in una veste particolare quando il giudice amministrativo ha annullato il diniego dell'ospedale di individuare una struttura e un percorso procedurale per gestire la cessazione delle cure. Quello economico: nel settore delle prestazioni, il diritto alla salute è, come noto, settore di "scelte tragiche". Il tema della limitazione delle risorse economiche costringe all'esercizio di un potere di discernimento, che garantisce il diritto fondamentale di esistere, sia pure nell'ambito della cd. riserva del possibile. In questa prospettiva il dato sostanziale si coniuga con quello processuale: il g.a. ha

Questo tema, inoltre, appare strettamente correlato al rapporto tra la tutela dei diritti fondamentali e il tipo di sindacato sulla discrezionalità nella materia in questione. Nel momento in cui si afferma che il giudice amministrativo conosce del potere che incide sui diritti fondamentali, anche in ragione del fatto che si tratta di diritti fondamentali, si dovrebbe promuovere un sindacato intrinseco del giudice sulla discrezionalità tecnica e garantire allo stesso un pieno accesso al fatto, limitando l'arretramento del giudice dinanzi alla opinabilità del fatto[38].

Eppure, anche nel caso menzionato del TAR Cagliari si leggono affermazioni, molto frequenti in giurisprudenza anche in altri settori[39], secondo le quali «il sindacato giurisdizionale in materia non può spingersi oltre la verifica della non manifesta irragionevolezza dell'avviso espresso dall'amministrazione, stante l'elevato contenuto tecnico-professionale di tale parere» – (con riferimento a un giudizio circa la efficacia della terapia prescelta).

Questo tema, delicato, attuale e oggetto di fini riflessioni[40], emerge in tutta la sua complessità nei settori interessati dai diritti fondamentali

---

un ruolo chiave nel sorvegliare che il potere di selezione sia esercitato seguendo criteri razionali e ragionevoli, scongiurando le illegittime disparità di trattamento, che altro non sono che la variante lessicale del concetto, forse più accattivante ma meno plastico, di discriminazione» (spec. 157-158).

[38] Risultano, al riguardo, fondamentali le riflessioni di F.G. Scoca, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 4, 1108, che sostiene come «la pienezza della tutela implica che le scelte tecniche dell'Amministrazione siano sindacate a fondo in sede giudiziaria (…) Va rilevato, tuttavia, che la discrezionalità tecnica attiene (per lo più) alla conoscenza del fatto, se si vuole a quella particolare conoscenza che comporta la valutazione del fatto; cosicché il suo pieno sindacato è parte assolutamente necessaria del giudizio di cognizione, rientra senza ombra di dubbio tra i poteri cognitori propri del processo di legittimità, se è vero che il giudice, per rispettare i canoni del giusto processo, deve conoscere direttamente e completamente del fatto (come del diritto)».

[39] Per una ricostruzione approfondita degli orientamenti giurisprudenziali nei vari settori sul tema del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, si vedano A. Moliterni (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, 2021; A. Cassatella, R. Chieppa, A. Moliterni (a cura di), *Il sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa*, Piacenza, 2024.

[40] Di recente, diffusamente sul tema e per una completa sintesi dei termini del dibattito in dottrina e in giurisprudenza, si rinvia al corposo lavoro di L. Lamberti, *Contributo allo studio delle decisioni amministrative*, Napoli, 2025, che rivendica un sindacato pieno di maggiore attendibilità su tutti i profili tecnici delle scelte amministrative.

degli individui dove un arretramento da parte del giudice amministrativo di fronte alla valutazione del fatto e alla applicazione dei parametri tecnico scientifici risulta ancora più difficilmente accettabile laddove si voglia garantire una tutela piena ed effettiva.

Al riguardo, può condividersi il pensiero di chi ritiene che i diritti cd. fondamentali, cioè quelli con forti premesse costituzionali, vivono in una dialettica di bilanciamento/condizionalità, intesa non in una accezione "compromissoria e diminutiva", ma come irrinunciabile sede di traduzione della norma di principio in dato di realtà e quindi come sede di inveramento e concretizzazione, ove il pubblico potere non è inteso come un limite, ma come un presidio di effettività. In questa dinamica, la garanzia di effettività e pienezza che connota la giurisdizione amministrativa si esprime sia mediante la ricchezza dei poteri decisori del giudice, sia in ragione dell'atipicità delle azioni dinanzi allo stesso esperibili, ma soprattutto, come è stato ben posto in luce, grazie alla capacità del giudice di indagare «la razionalità intrinseca delle scelte selettive» operate dalla amministrazione nel bilanciamento tra bisogni crescenti e limitatezza delle risorse economiche[41].

[41] G. Tropea, *Riparto di giurisdizione e immigrazione: note critiche sul "nomadismo giurisdizionale"*, cit., 140-170.

**Abstract**

Il contributo indaga il ruolo decisivo del giudice amministrativo nella tutela dei diritti fondamentali, con specifico riferimento al complesso ambito della procreazione medicalmente assistita (PMA). L'analisi muove dalla stringente interrelazione tra l'effettività del diritto alla genitorialità e la necessaria mediazione dell'organizzazione amministrativa sanitaria, chiamata a bilanciare l'erogazione dei livelli essenziali di assistenza (LEA) con la limitatezza delle risorse pubbliche. Attraverso la disamina di rilevanti pronunce giurisprudenziali sul tema si evidenzia come il sindacato giurisdizionale esplichi una funzione espansiva e conformativa, neutralizzando le disparità territoriali e garantendo l'accesso concreto ai trattamenti, incluse le fasi farmacologiche preparatorie dei trattamenti di PMA. L'analisi si sofferma, poi, sul superamento della teorica dei "diritti inaffievolibili", evidenziando come le pretese fondamentali del cittadino e la necessaria intermediazione del potere pubblico siano ormai destinate a coesistere. Si sottolinea come la giustizia amministrativa si configuri quale strumento imprescindibile per garantire un controllo rigoroso sulla conformità dell'azione pubblica. Tale sindacato si rivela capace di assicurare una protezione reale e tempestiva, essenziale per superare le carenze di una logica puramente risarcitoria: una mera compensazione economica risulta infatti intrinsecamente inidonea a sanare la frustrazione del percorso procreativo causata dallo spirare di inflessibili limiti biologici.

The paper investigates the decisive role of the administrative judge in the protection of fundamental rights, with specific reference to the complex field of medically assisted procreation (MAP). The analysis stems from the strict interrelation between the effectiveness of the right to parenthood and the necessary mediation of the healthcare administrative organization, which is called upon to balance the provision of essential levels of care (LEA) with the limited nature of public resources. Through the examination of relevant judicial rulings, it is highlighted how judicial review performs an expansive and conformative function, neutralizing territorial disparities and guaranteeing concrete access to treatments, including the preparatory pharmacological phases of MAP treatments. The analysis then focuses on the overcoming of the theory of "non-degradable rights", highlighting how the fundamental claims of

the citizen and the necessary intermediation of public power are now destined to coexist. It is emphasized how administrative justice acts as an essential tool to ensure rigorous control over the compliance of public action. Such judicial review proves capable of ensuring real and timely protection, which is essential to overcome the shortcomings of a purely compensatory logic: mere financial compensation is indeed intrinsically inadequate to remedy the frustration of the procreative path caused by the expiration of inflexible biological limits.

# Sul carattere vincolante delle linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita

di Fortunato Gambardella

Sommario: 1. Le linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita: note d'inquadramento. – 2. Dalle linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita al Sistema nazionale delle linee guida ai sensi della l. n. 24 del 2017. – 3. Per una verifica caso per caso del carattere vincolante delle linee guida, anche in materia di procreazione medicalmente assistita. – 4. Qualche piccola conclusione sulla crisi di un modello di produzione delle regole.

## 1. *Le linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita: note d'inquadramento*

Le linee guida ministeriali in materia di procreazione medicalmente assistita (PMA) rappresentano lo strumento attraverso il quale, a livello ordinamentale, sono declinate e regolate tecniche e pratiche cliniche per gli interventi che comportano il trattamento di ovociti umani, di spermatozoi o embrioni nell'ambito di un progetto finalizzato a realizzare una gravidanza. Per le previsioni delle riferite linee guida passa, pertanto, molto della garanzia di effettività del diritto alla genitorialità[1], posta la definizione delle linee guida quali «raccomandazioni di comportamento clinico intese a ottimizzare l'assistenza dei pazienti, informate da una revisione sistematica delle evidenze disponibili, che offrono un bilancio chiaro dei benefici e dei rischi fra opzioni alternative»[2].

Si tratta, peraltro, di un osservatorio di assoluto interesse anche perché, in relazione alle linee guida in vigore (decreto del Ministro della salute del 20 marzo 2024), sono recentemente intervenute due sentenze parallele del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sez. III-quater, 16 aprile 2025, nn. 7508 e 7518 che sono parzialmente

[1] Sulla configurabilità del diritto alla salute procreativa, L. Lamberti, *Livelli essenziali di assistenza e procreazione medicalmente assistita*, in *Nuove Autonomie*, 2025, 1, 109.

[2] Secondo la definizione dell'Institute of medicine statunitense (ora National Academy of Medicine) contenuta in Institute of Medicine (IOM), *Clinical Practice Guidelines We Can Trust, Washington*, DC: The National Academies Press, 2021.

demolitorie ma, comunque, sensibilmente incisive sul relativo impianto.

In ogni caso, per comprendere gli elementi della questione, si rende necessario muovere dalla definizione del quadro normativo nel quale le citate linee guida si iscrivono e, in particolare, dall'articolo 7 della legge 19 febbraio 2004, n. 40. La disposizione prevede che il Ministro della salute, avvalendosi dell'Istituto superiore di sanità, e previo parere del Consiglio superiore di sanità, definisca, con proprio decreto, linee guida contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

Una particolare attenzione la norma dedica, peraltro, al profilo del doveroso adeguamento dello strumento regolatorio, prevedendo che le linee guida siano aggiornate periodicamente (almeno ogni tre anni) in rapporto all'evoluzione tecnico-scientifica e seguendo il medesimo *iter* procedimentale descritto per la prima adozione.

Se, dunque, l'attenzione del legislatore sul tema dell'aggiornamento del documento è assolutamente alta, la prassi non sembra seguire il passo raccomandato. La successione dei rinnovi segnala, nei fatti, il progressivo dilatarsi dell'intervallo tra uno strumento e il successivo. Le prime linee guida sono state approvate con Decreto Ministeriale del 21 luglio 2004, cui ha fatto seguito, dopo un quadriennio, l'aggiornamento con il Decreto Ministeriale 11 aprile 2008. Le linee guida del 2008 sono rimaste in vigore fino all'adozione del Decreto Ministeriale 1° luglio 2015, mentre l'ultimo, recente rinnovo, come già evidenziato, è intervenuto per via del Decreto del Ministro della salute del 20 marzo 2024.

Sotto questo profilo, nulla di sorprendente, posto che la prassi del rinnovo ritardato rappresenta una costante per quanto riguarda gli atti indirizzo in sanità: se il Piano sanitario nazionale è fermo infatti al 2006, sostituito nella prassi dal Patto per la Salute[3], è nota la questione

[3] La parabola che segna il superamento dello strumento pianificatorio e l'affermazione del "sistema delle intese" è ben descritta da L. Ricci, *La pianificazione in ambito sanitario: dal sistema dei piani a quello delle intese: andata e ritorno?*, in D. Donati (a cura di), *La pianificazione come metodo di governo e di amministrazione*, Torino, 2025, 174. Sul tradimento della regola della programmazione come istituto centrale del disegno di riforma degli anni Novanta, T. Andreani, *Il Servizio sanitario nazionale, tra storia e attualità: riflessioni intorno alla gestazione e alle prospettive di attuazione della riforma della sanità territoriale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2023, 1, 343.

del mancato rinnovo del Piano Pandemico – influenzale, intervenuta soltanto nel 2021, a quindici anni dalla precedente edizione e comunque solo a valle dell'insorgenza della emergenza sanitaria da pandemia.

Guardando alla natura delle linee guida in parola, siamo, in ogni caso, al cospetto di una fonte amministrativa cui la normativa riconosce una funzione sostanzialmente di integrazione di dettaglio del dato normativo generale, posto il riconoscimento espresso del relativo carattere vincolante per tutte le strutture autorizzate ad effettuare interventi di procreazione medicalmente assistita.

## 2. *Dalle linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita al Sistema nazionale delle linee guida ai sensi della l. n. 24 del 2017*

Il profilo del carattere vincolante è peraltro il principale che ha indotto il TAR Lazio (Sezione Terza *Quater*) nelle sentenze nn. 7508 e 7518/2025, alla sanzione di annullamento parziale, nel contesto di un ragionamento che, sostanzialmente, fa perno su due aspetti: la necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata del mandato legislativo alla base del conferimento di potere al Ministero per l'adozione delle linee guida; l'opportunità di un confronto tra questo strumento regolatorio e le altre linee guida che interessano le prestazioni sanitarie.

Sotto quest'ultimo aspetto, il termine di paragone è rappresentato dal Sistema nazionale delle linee guida (SNLG), istituito dall'art. 5 della legge 8 marzo 2017, n. 24 (Gelli-Bianco) [4]. La norma dispone che i professionisti della sanità, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie, salve le specificità del caso concreto, si attengono alle raccomandazioni previste all'interno di specifiche linee guida elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute.

Le linee guida e i relativi aggiornamenti (elaborati dai medesimi soggetti e con la medesima procedura) sono integrati nel Sistema

[4] Per un inquadramento, V. Desantis, *Le linee guida nel "sistema" delle fonti del diritto*, Napoli, 2023, 181 ss.

nazionale per le linee guida (SNLG), ristrutturato con il d.m. Salute 27 febbraio 2018, che ha ridefinito compiutamente i profili procedimentali.

Un impianto procedurale che vede l'assegnazione di un ruolo di regia di processo all'Istituto superiore di sanità (ISS). Ruolo che l'Istituto svolge tanto in fase di avvio, quanto in fase di chiusura dell'*iter* procedimentale. In fase di avvio, l'ente definisce e pubblica sul proprio sito istituzionale gli *standard* metodologici per la predisposizione delle linee guida, nonché i criteri di valutazione delle evidenze scientifiche a supporto delle raccomandazioni contenute nelle linee guida. In fase di chiusura, l'Istituto provvede alla valutazione delle linee guida e all'inserimento delle stesse nel Sistema nazionale linee guida.

Nel mezzo, ci sono evidentemente le proposte, che vengono presentate su apposita piattaforma dagli enti pubblici e privati, nonché dalle società scientifiche e delle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte nel relativo elenco ministeriale.

Le proposte sono soggette ad una prima validazione dell'ISS che ne valuta l'ammissibilità. Segue la fase di sviluppo della proposta nel merito, da parte dei proponenti, viatico per l'eventuale approvazione del documento finale da parte dell'ISS, cui spetta la relativa pubblicazione.

Complessivamente, emerge una procedura ampiamente partecipata, nella quale l'ISS esercita un ruolo non solo attraverso una sostanziale signoria sul processo, ma anche attraverso l'approntamento di un "Manuale metodologico", pubblicato sul sito, che descrive il processo. Il Manuale rappresenta, peraltro, un documento importante anche nella prospettiva della migliore comprensione della valenza di queste fonti. Nello stesso, si legge infatti che: «le Linee Guida (LG) di pratica clinica sono intese come un documento contenente raccomandazioni a contenuto clinico o clinico-organizzativo, sviluppate attraverso un processo di revisione sistematica delle evidenze disponibili» e sono «uno strumento di supporto decisionale». Soprattutto, si prende posizione sul relativo carattere non vincolante nel momento in cui espressamente si chiarisce che «a meno che non siano inserite direttamente in norme e leggi, protocolli o procedure operative, le raccomandazioni cliniche contenute nelle LG implicano delle scelte, le informano, ma, da sole, non le determinano e non sostituiscono il giudizio del profes-

sionista sanitario che valuta – con il destinatario, laddove possibile – la loro pertinenza e applicabilità».

## 3. *Per una verifica caso per caso del carattere vincolante delle linee guida, anche in materia di procreazione medicalmente assistita*

L'approfondimento intorno alla dimensione procedimentale che porta all'adozione delle linee guida afferenti al SNLG ha specifica rilevanza per l'economia generale della presente riflessione anche perché la vicenda processuale che ha portato il TAR laziale, nell'aprile scorso, alla declaratoria di parziale illegittimità delle linee guida del 2024 in materia di PMA origina proprio da un ricorso della Società italiana della riproduzione umana (SIRU) che nel 2019 aveva avviato l'*iter ex* l. n. 24/2017 ai fini della redazione di specifiche linee guida in materia di infertilità. Nel ricorso, in particolare, la SIRU ha lamentato l'inerzia del procedimento, posto che, in ossequio alle previsioni del riferito manuale metodologico ISS, nel 2020, la relativa proposta di linee guida era stata inoltrata alla Società Italiana di Ginecologia e Ostetricia (SIGO) per la necessaria revisione esterna, senza tuttavia ottenere alcun riscontro.

Allo stato, in ogni caso, manca un quadro di indicazioni cliniche sulla procreazione medicalmente assistita in ambito SNLG, laddove il prospetto regolatorio resta tutto affidato alle descritte linee guida specifiche, racchiuse nel d.m. del 20 marzo 2024 che dà svolgimento alla già evidenziata previsione dell'articolo 7 della l. n. 40/2004.

L'indagine, a questo punto, deve necessariamente concentrarsi sulle prescrizioni di queste ultime linee guida, dalla cui lettura emergono contenuti diversificati. Parte del documento è dedicata, infatti, all'illustrazione della giurisprudenza costituzionale e della Cassazione in relazione alle singole disposizioni della l. n. 40/2004, con l'indicazione delle relative conseguenze operative a livello di sistema. Altra parte è, invece, dedicata all'indicazione di raccomandazioni per le prestazioni diagnostiche e terapeutiche. Il tema, dal quale non si può allora prescindere, diventa quello della individuazione del carattere vincolante o meno delle riferite linee guida, nel quadro di un'operazione che deve innanzitutto partire da una coordinata generale

relativa alla tendenziale assimilazione che in dottrina viene proposta tra le tipologie amministrative delle linee guida e delle direttive[5].

Quella delle direttive rappresenta una categoria che, sul piano della elaborazione dogmatica, ingenera da tempo, nell'interprete, «elementi di dubbio, se non di vero disagio»[6]. La dottrina classica le inquadra nel contesto del potere amministrativo di direzione[7], solco nel quale la funzione delle direttive è prospettata vuoi come attività di indirizzo vuoi come azione di coordinamento[8], senza potersi escludere una combinazione delle due vocazioni[9]. Alla varietà di declinazioni funzionali si accompagna una versatilità d'uso dello strumento stante l'idoneità d'impiego dello stesso

[5] G. Morbidelli, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Diritto amministrativo*, 2016, 3, 273.

[6] G. Sciullo, *Direttiva (disciplina amministrativa)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1990. Dello stesso A., per una ricostruzione completa dell'istituto, *La direttiva nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1993, cui si rinvia per l'approfondimento del dibattito dottrinario intorno a natura, funzioni e regime delle direttive. Nell'ampia bibliografia sul tema, si segnalano: G. Marongiu, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Milano, 1969; E. Picozza, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, 1988; F. Merusi, M. Clarich, voce *Direttiva*, in *Enciclopedia giuridica*, XI, Roma, 1989; E. Catelani, voce, *Direttiva*, *Dizionario di diritto pubblico,* Milano, 2006, 1857. G. Morbidelli, in S. Cassese (diretto da), *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, cit., 273 rileva che «la nozione di direttiva è contrastata sia nella struttura che negli effetti, tanto che uno dei più profondi studiosi del tema ha concluso nel senso che il termine direttiva non corrisponde ad una categoria dogmaticamente decantata». Il riferimento è a F. Merusi, *Il problema delle direttive ai grandi enti pubblici economici nella realtà istituzionale e nella ideologia giuridica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1972, 275.

[7] A partire dagli scritti, ancorché embrionali sul punto, di A. De Valles, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, Padova, 1931, 254 e A. Amorth, *La nozione di gerarchia*, Milano, 1936.

[8] V. Bachelet, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia,* Milano, 1957, cit., laddove si legge che «il coordinamento pertanto può definirsi come una figura (almeno tendenzialmente) di sovraordinazione predisposta per realizzare la unità di indirizzo di uffici od enti dotati di autonomia. Essa comporta in ogni caso nell'ufficio coordinatore il potere di impartire direttive (in senso tecnico) e negli uffici coordinati l'obbligo di tenerle presenti e di non discostarsene se non per plausibili motivi».

[9] Posto che alla posizione di direzione ineriscono «poteri di propulsione, di coordinazione, di indirizzo, di controllo, i quali sono meno penetranti rispetto ai poteri di supremazia gerarchica e hanno fondamento semplicemente nel rapporto organizzatorio che lega unitariamente i vari elementi del complesso» (A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1962, 241).

sia nell'ambito delle relazioni intersoggettive che interorganiche[10]. L'evidenza propone dunque un quadro tipologico articolato, quanto a funzioni e quanto a relazioni tra soggetti titolari del potere di direttiva e destinatari dei relativi provvedimenti. L'eterogeneità del quadro non ha impedito, in ogni caso, il tentativo di elaborazione di una nozione a carattere onnicomprensivo che fa perno sulla collocazione della direttiva nel novero degli "atti giuridici precettivi"[11] e le restituisce un profilo contenutistico «identificabile in una linea guida consistente nell'indicazione di fini a perseguire e/o mezzi da impiegare per il loro conseguimento»[12].

La qualificazione della direttiva quale atto giuridico precettivo conduce a riconoscere alla stessa una generale efficacia vincolante capace di determinare «un qualche condizionamento, giuridicamente apprezzabile, nei confronti dei destinatari»[13]. Rispetto alla qualificazione dell'efficacia, l'indirizzo prevalente è, in ogni caso, nel senso dell'attribuzione di una efficacia "limitata"[14], ovvero di «un'efficacia vincolante in senso stretto, sia pure più ridotta rispetto all'ordine (in quanto non in grado di annullare la sfera di autodeterminazione dei destinatari)»[15]. L'adesione alla tesi dell'efficacia limitata, combinata alla considerazione del carattere variegato dei provvedimenti di direttiva (e contenenti linee guida) che la pratica amministrativa porta alla luce, lascia aperto uno spazio ampio per la individuazione della concreta efficacia vincolante che la singola direttiva possa comportare. In altre parole, se le direttive e le linee guida che l'ordinamento contempla sono diverse (perché diverse possono essere le declinazioni funzionali e diversi possono essere i rapporti giuridici che intercorrano tra autore del provvedimento e destinatario), diverso sarà il grado del vincolo che la singola fattispecie ingenera, con conseguenze in punto di ricostruzione del regime patologico dell'atto amministrativo adottato in termini non conformi alla direttiva[16].

---

[10] M. Clarich, *La nozione di direttiva; problemi ricostruttivi e tendenze recenti*, in *Il Foro amministrativo*, 1984, 3, 551. Differenze d'inquadramento tra le due tipologie sono evidenziate da S. D'Albergo, voce *Direttive*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964.

[11] G. Sciullo, voce *Direttiva (disciplina amministrativa)*, cit.

[12] Ibidem.

[13] Ibidem.

[14] Ibidem.

[15] Ibidem.

[16] Ibidem, l'A. sostiene che, nella prospettiva dell'efficacia limitata, «i fini e/o i mezzi stabiliti in modo vincolante possono, in rapporto alla formulazione della direttiva, lascia-

La soluzione non può allora che essere recuperata attraverso un'indagine sul campo, che guardi alla costruzione dei singoli provvedimenti in forma di linea guida, alla luce del contesto normativo che li origina. In questa prospettiva, l'attenzione va rivolta innanzitutto specificamente al contenuto dispositivo dei singoli provvedimenti in forma di linea guida: se le relative prescrizioni dovessero limitarsi a formule di suggerimento o invito, si rientrerà nello schema classico della superabilità delle disposizioni mediante adeguata motivazione; qualora invece dovessero avere un contenuto puntuale, fino a dettare "regole dell'arte" espunte dalle migliori pratiche che non lasciano «alcun margine valutativo, allora la piena osservanza si impone di per sé non tanto in virtù di forza normativa, ma per il principio di soggezione al regolatore, competente a indicare le regole tecniche. Esse, infatti, assumono comunque valenza di canoni oggettivi di comportamento per gli operatori del settore, la cui violazione integra quantomeno una ipotesi di negligenza»[17].

Transitando dal generale al particolare delle recenti linee guida sulla PMA, l'indagine, letterale e di contesto, intorno alle stesse consente di rinvenire un carattere vincolante solo rispetto ad alcune delle raccomandazioni ivi contenute.

Il discorso riguarda, in prima battuta, le raccomandazioni, di taglio più generale, in punto di individuazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (es: inseminazione intrauterina; fecondazione in vitro; etc.), ma anche quelle che definiscono i principi fondamentali di riferimento: il principio del consenso informato e il canone di gradualità dell'azione terapeutica[18].

---

re o meno un margine di apprezzamento circa la loro attuazione, cioè comporre un dato discrezionale o vincolato. La loro violazione pertanto ricadrebbe, a seconda dei casi, nell'eccesso di potere o nella violazione di legge».

[17] G. Morbidelli, *Linee guida ANAC*, cit.: «Se invece costituiscono solo esplicazioni interpretative della legge (o di linee guida vincolanti), o nella parte in cui hanno tale configurazione, hanno l'efficacia persuasiva delle circolari interpretative. Opera, cioè, il principio già messo in luce da tempo con riguardo alle circolari del CSM: quando non si limitino alla riproduzione di atti già dotati di una loro propria efficacia normativa e sia ad esse che deve aversi riguardo come fonte regolatrice di una fattispecie, esercitano l'efficacia normativa che è propria dei precedenti, cioè un'efficacia persuasiva che può essere sempre messa in discussione sulla base dei ragionamenti che l'hanno giustificata».

[18] Che sta a significare ricorso, in prima istanza, alle opzioni terapeutiche più semplici, meno invasive e meno onerose, tenendo in debito conto l'età e la riserva ovarica

Nondimeno, accenti vincolanti, nelle descritte linee guida, sono comunque rintracciabili in altre raccomandazioni, stavolta di taglio più specifico, che corrispondono a vere e proprie indicazioni terapeutiche, che arrivano a descrivere la sequenza degli interventi del professionista.

Ed è attorno a questo profilo distintivo che si muove il ragionamento del giudice amministrativo nella decisione in commento. Il TAR laziale, infatti, salva le prime raccomandazioni perché sono le uniche coperte dal mandato della l. n. 40/2004 (che espressamente fa riferimento alla necessaria adozione di linee guida contenenti indicazioni delle procedure e delle tecniche di PMA) ma cassa le seconde per due ordini di ragioni. La prima riguarda la considerazione delle stesse come frutto di un'opzione bioetica che non spetta al legislatore e che invero il legislatore non opera. La seconda discende, invece, dal contrasto con la regola di fondo, più volte ribadita dalla Corte costituzionale in materia di PMA, della autonomia e responsabilità del medico che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali.

Per questa via, il Collegio arriva a stabilire che, laddove nell'ambito del decreto ministeriale si rinvengono indicazioni di natura diagnostico – terapeutica e clinica, da ritenersi di natura vincolante, il decreto ministeriale recante le riferite linee guida è illegittimo per violazione dell'art. 7 della l. n. 40/2004, interpretato in senso costituzionalmente orientato, come avente a oggetto, con efficacia vincolante, esclusivamente linee guida contenenti l'indicazione delle singole tipologie di procedure e tecniche di PMA che le strutture sanitarie autorizzate possono offrire all'interno del nostro ordinamento.

Neppure, nel ragionamento del giudice di prime cure, c'è salvezza per quelle indicazioni, relative alla pratica medica, valevoli quali (mere) raccomandazioni non vincolanti per l'operatore sanitario, che pure sono presenti nelle recenti linee guida.

Sotto questo profilo, la riflessione ha a che fare con l'evoluzione normativa e, in particolare, con la già evidenziata introduzione del Sistema nazionale di linee guida SNLG ad opera della l. n. 24/2017 (c.d. Gelli – Bianco) destinate a incidere sulla responsabilità civile e penale degli operatori sanitari, sensibilmente successiva alle previsioni della l. n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita.

---

della donna, il tempo di ricerca della gravidanza e la causa, quando nota, dell'infertilità/sterilità di coppia.

Tra le due fattispecie di linee guida, la differenza che risalta riguarda soprattutto il procedimento di approvazione. Autoreferenziale, quello di definizione delle linee guida ai sensi dell'articolo 7 della l. n. 40/2004, affidata al Ministro della salute, che si avvale dell'Istituto superiore di sanità, previo parere del Consiglio superiore di sanità. Ampiamente partecipata, nella prospettiva di garantirne l'appropriatezza, quelle *ex lege* Gelli – Bianco, che matura sotto la regia dell'ISS e vede le stesse redatte da istituzioni private o pubbliche o dalle società scientifiche e associazioni tecnico-scientifiche iscritte in apposito elenco. Percorso partecipato che, evidentemente, rappresenta uno stato di avanzamento del legislatore nella declinazione delle tecniche giuridiche di tutela del diritto fondamentale alla salute e che conduce il giudice amministrativo, nel caso di specie, a ritenere che, al netto di ragioni di urgenza che comunque possono legittimare un intervento in materia da parte del Ministero della salute, eventuali indicazioni adottate da parte del Ministero della salute e aventi a oggetto raccomandazioni inerenti la pratica clinica debbano essere adottate soltanto nel quadro liturgico declinato nella l. n. 24/2017.

Per converso, ne viene fuori uno spazio stretto di legittimità delle indicazioni contenute nelle linee guida *ex lege* l. n. 40/2004 e corrispondente alla sola individuazione delle singole procedure e tecniche di PMA cui si possa fare ricorso nelle strutture sanitarie autorizzate.

Resta invece precluso l'ambito diagnostico-terapeutico e quello clinico, per il quale non sono possibili indicazioni dotate di efficacia vincolante ma neppure raccomandazioni non vincolanti, oggi evidentemente da intendersi riservate al Sistema nazionale delle linee guida per come disciplinato dalla l. n. 24/2017.

## 4. *Qualche piccola conclusione sulla crisi di un modello di produzione delle regole*

La circostanza che il modello delle linee guida, nel comparto sanitario, possa funzionare solo in una dimensione di procedimento ampiamente partecipato è un dato comunque connaturato al nostro sistema sanitario, che si è sviluppato secondo un preciso modello amministrativo: la *stewardship*[19].

[19] R.B. Saltman, O. Ferroussier-Davis, *The concept of stewardship in health policy*, in *WHO Bulletin*, 2000, 78 (6), 733. Sul tema, si veda anche C. Novinskey, A. Federici,

Quel modello, in sanità, non vuole un'azione amministrativa (in questo caso di definizione di regole) che si sviluppi per comandi verticali, ma un processo di progressiva emersione delle relative decisioni amministrative. Un modello che assegna ad una amministrazione un ruolo di *steward*, di guida del processo. Quel ruolo, nel caso della definizione delle linee guida del SNLG è evidentemente svolto dall'Istituto superiore di sanità, nel quadro di una procedura che abbiamo visto partire dal basso e procedere per step progressivi.

Eppure, la vicenda giudiziaria fin qui ricostruita evidenzia, ancora una volta, la crisi che attraversa il modello regolatorio delle linee guida. Ed è una crisi che riguarda tutti quei casi in cui il legislatore tenta di imporre linee guida con comandi verticistici.

Basti ricordare la complicata parabola delle linee guida ANAC per la regolazione delle procedure di affidamento dei contratti pubblici ai sensi del codice appalti del 2016. Una stagione naufragata sotto le onde dei principi del nuovo codice dei contratti pubblici 2023 e a seguito di una chiara crisi di rigetto del sistema, con forte impatto sul lavoro del giudice amministrativo.

Il contenzioso appena descritto sottende, in ogni caso, una preferenza di ordinamento per linee guida (come quelle afferenti al SNLG) che partono sovente dal basso e si costruiscono in una dimensione collaborativa tra amministrazioni e operatori del settore.

Ci sarebbe da indagare le ragioni, che ovviamente meriterebbero ben altri approfondimenti ma che forse hanno a che fare con l'evoluzione più recente del nostro ordinamento giuridico. Se partiamo dagli insegnamenti di Paolo Grossi sul diritto vivente e sull'ordinamento come prodotto di un'esperienza sociale e progressiva[20], dobbiamo constatare come, soprattutto in questo primo scorcio di millennio, l'ordinamento si sia parecchio nutrito con gli alimenti della sussidiarietà, della collaborazione e della partecipazione. Quegli alimenti sono probabilmente ormai quasi parte di un patrimonio genetico dell'ordinamento che, per questa via, reclama un modo di produzione delle regole giuridiche (fuori dalle fonti primarie) che non sia di monopolio pubblico esclusivo, fino al rigetto di tecniche di regolazione non partecipate.

---

*Stewardship: un uovo modello di governance*, in *Care*, 2008, 6, 31, in *www.dors.it*; A. Federici, G. Filippetti, F. Oleari, *National preventive plan: putting stewardship into practice*, in *Italian journal of public health*, 2012, 9, 2, 99.

[20] P. Grossi, *L'*Invenzione *del diritto*, Bari – Roma, 2023, *passim*.

**Abstract**

Il contributo esamina il carattere vincolante delle linee guida ministeriali in materia di procreazione medicalmente assistita, con specifico riferimento al decreto del Ministro della salute del 20 marzo 2024, oggetto di parziale annullamento da parte del TAR Lazio. Muovendo dall'inquadramento normativo dell'art. 7 della legge n. 40/2004, il lavoro ricostruisce il rapporto tra tale strumento regolatorio e il Sistema nazionale delle linee guida istituito dalla legge n. 24/2017 (Gelli-Bianco), evidenziando le significative differenze sul piano procedimentale e degli effetti giuridici. Attraverso la categoria dogmatica della direttiva amministrativa, si propone una verifica casistica dell'efficacia vincolante delle singole raccomandazioni, distinguendo tra indicazioni relative alle tipologie di procedure e tecniche di PMA – ritenute legittime nei limiti del mandato legislativo – e prescrizioni di natura diagnostico-terapeutica e clinica, censurate in quanto eccedenti il perimetro dell'autorizzazione normativa e lesive dell'autonomia professionale del medico. Le conclusioni individuano nella crisi del modello regolatorio verticistico un fenomeno sistemico, riconducibile alla progressiva affermazione, nell'ordinamento giuridico contemporaneo, di tecniche di produzione normativa a carattere partecipato e collaborativo.

This contribution examines the binding nature of ministerial guidelines regarding medically assisted procreation, with specific reference to the Ministry of Health decree of March 20, 2024, which was partially annulled by the Lazio Regional Administrative Court (TAR). Moving from the regulatory framework of Article 7 of Law No. 40/2004, the work reconstructs the relationship between this regulatory tool and the National System of Guidelines established by Law No. 24/2017 (Gelli-Bianco), highlighting significant differences in procedural aspects and legal effects. Utilizing the dogmatic category of the administrative directive, the study proposes a case-by-case verification of the binding effectiveness of individual recommendations, distinguishing between indications related to the types of MAP procedures and techniques–deemed legitimate within the limits of the legislative mandate–and prescriptions of a diagnostic-therapeutic and clinical nature, which were censured for exceeding the scope of regulatory authorization and infringing upon the professional

autonomy of the physician. The conclusions identify the crisis of the top-down regulatory model as a systemic phenomenon, attributable to the progressive rise of participatory and collaborative norm-production techniques within the contemporary legal system.

# Ripensare la procreazione medicalmente assistita (PMA): tra legislazione nazionale, finanziamenti e modelli regionali. L'esempio della Toscana

di Vanessa Manzetti

Sommario: 1. Cenni sulla normativa della Regione Toscana in materia di PMA prima dell'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004. – 2. Il tormentato *excursus* normativo della legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita (PMA). – 3. Storie "in bilico" tra il prima e il dopo l'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004. – 4. La legge n. 40 del 2004 al vaglio della giurisprudenza (non solo) costituzionale. – 5. Ulteriori passi in avanti nel percorso verso l'effettività del diritto alla salute: la PMA quale LEA. – 6. L'esperienza della Regione Toscana quale percorso di miglioramento della PMA. – 6.1. La necessaria attuazione di una lettura costituzionalmente orientata della Delibera della Regione Toscana n. 1197/2019 tra nuovi LEA e "condizionalità finanziarie". – 6.2. Il *Social Freezing*, un nuovo modo di concepire il tempo al crocevia tra autodeterminazione riproduttiva, disuguaglianze socioeconomiche e limiti dell'attuale assetto socio-normativo. – 7. Alcuni spunti di riflessione.

## 1. *Cenni sulla normativa della Regione Toscana in materia di PMA prima dell'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004*

Prima della promulgazione della legge 19 febbraio 2004, n. 40[1], la disciplina della procreazione medicalmente assistita (PMA) era in capo alle Regioni e alle province autonome che, organizzandosi autonomamente, avevano trattato la materia alimentando, tuttavia, un contesto normativo frammentario caratterizzato da forti differenze tra Nord e Sud e da un mosaico giurisprudenziale ed amministrativo durato per ben venti anni, se si considera che la prima bambina nata da PMA in Italia risale al 1983.

Certamente una tappa significativa in un contesto caratterizzato da queste differenze è segnata dalla sentenza della Corte costituzionale 26 settembre 1998, n. 347, in cui la Corte si esprime in occasione di un'azione di disconoscimento di paternità in caso di fecondazione eterologa consensuale.

La Corte, pur dichiarando inammissibile il quesito, ha il merito di aver

[1] Legge 19 febbraio 2004, n. 40, «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita».

denunciato una «situazione di carenza [legislativa…] dell'attuale ordinamento con implicazioni costituzionali»[2], ricordando che «l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore. Tuttavia, nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complesso sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali»[3].

L'esortazione della Corte costituzionale poneva, dunque, il legislatore di fronte all'ardua sfida di dettare un primo quadro normativo nazionale in un contesto segnato dal *millefeuille* delle diverse esperienze regionali, tra le quali merita ricordare quella della Regione Toscana che già a partire dagli anni Novanta aveva iniziato ad adottare una regolamentazione molto avanzata, presa come esempio da molte Regioni e, con ampliamenti e modifiche, anche dalla successiva l. n. 40/2004.

Attraverso una serie di delibere regionali, la Toscana aveva, infatti, costruito sin dalle origini un sistema organizzato di accesso alla PMA, fondato su criteri di qualità, trasparenza e controllo pubblico connessi in generale al processo di costruzione del sistema sanitario regionale.

La DGR 24 marzo 1997, n. 229[4], ad esempio, non disciplinava direttamente la procreazione medicalmente assistita, ma si inseriva nel più ampio processo di riorganizzazione del sistema sanitario regionale, introducendo criteri di accreditamento per le cliniche pubbliche, convenzionate e private, controllo e qualità delle prestazioni: rappresentando un presupposto organizzativo fondamentale per lo sviluppo successivo della rete PMA in Toscana. A questo è seguito poi il nomenclatore tariffario regionale del 1997, grazie al quale è stata istituita l'architettura amministrativa e contabile su cui si sono innestati tutti i successivi trattamenti di procreazione assistita, la DGR 15 novembre 2000, n. 242[5], con cui sono stati approvati

[2] Corte costituzionale 26 settembre 1998, n. 347, considerato in diritto punto n. 3.

[3] Corte cost. n. 347/1998, considerato in diritto punto n. 4.

[4] Regione Toscana, Deliberazione della Giunta Regionale 24 marzo 1997, n. 229, «Approvazione nomenclatore tariffario regionale delle prestazioni specialistiche ambulatoriali di diagnostica strumentale e di laboratorio».

[5] Regione Toscana, «Deliberazione della Giunta Regionale 15 novembre 2000, n. 242, requisiti organizzativi, strutturali e tecnologici delle strutture pubbliche e private per l'esercizio delle attività sanitarie di procreazione medicalmente assistita – integrazione alla deliberazione del consiglio regionale 26 luglio 1999, n. 221».

i requisiti organizzativi, strutturali e tecnologici delle strutture pubbliche e private per l'esercizio delle attività sanitarie di procreazione medicalmente assistita e la successiva DGR 4 dicembre 2000, n. 1285 con cui sono state ridefinite le prestazioni di PMA omologa erogabili dal servizio sanitario regionale, definendo le tariffe e i criteri di accesso (cicli ed età della *partner* femminile) entro specifici limiti: ossia l'età della partner femminile minore o uguale a 41 anni e le prestazioni ripetibili in caso di non successo fino a tre volte (per un totale di 4 cicli) per le prestazioni di primo livello, fino a due volte (totale di 3 cicli) per le prestazioni invece di secondo e terzo livello[6]. Limiti ispirati, secondo il parere del Consiglio sanitario regionale, ad un'ottica di appropriatezza e razionalizzazione delle risorse.

È in questo contesto che si colloca la legge n. 40/2004, prima e unica legge nazionale in materia di procreazione medicalmente assistita, nel cui quadro normativo, le Regioni si sono potute riorganizzare, ponendo fine a una fase di vuoto legislativo, segnato da una sostanziale "anarchia delle Regioni" che potevano scegliere costi, modalità e criteri di accesso, creando delle discriminazioni non indifferenti nelle Regioni in cui le strutture pubbliche non si facevano carico degli alti costi delle prestazioni[7].

## 2. *Il tormentato excursus normativo della legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita (PMA)*

L'impianto originario della legge si caratterizzava per un approccio fortemente restrittivo[8], costellato più da divieti che da tutele e in cui il

[6] Regione Toscana, «Deliberazione della Giunta Regionale 4 dicembre 2000, n. 1285, "modifica del nomenclatore regionale in materia di procreazione medico assistita"».

[7] In realtà per superare le discriminazioni economiche legate alla PMA si dovrà aspettare l'ingresso della PMA nei LEA; infatti, anche nel 2014 alcune testate giornaliste denunciavano questa situazione di estrema differenza tra le Regioni. «In questo campo il federalismo è estremo. Una coppia al Sud arriva a pagare anche più di 2 mila euro per una fecondazione in vitro in una struttura pubblica, in Toscana spende 500 euro, in Lombardia la fa a spese del servizio sanitario. Risultato: una famiglia su quattro si mette in viaggio per fare la fecondazione in una Regione diversa da quella di appartenenza», così M. Gerina, *Procreazione, dopo la legge 40 resta il caos. Una coppia su 4 va in un'altra Regione,* in *Il Fatto Quotidiano,* 19 giugno 2014.

[8] Tanto da essere definita «legge di lotta contro la PMA», epiteto che si deve a E. Dolcini, *La legge n. 40 del 2004: alla prova dei fatti, un efficace strumento di lotta contro la procreazione assistita*, in *Corr. merito*, 2007, 1425 ss.

*focus* era la salute dell'embrione piuttosto che la salute della donna, come sottolineato da successive sentenze della Corte costituzionale.

In generale l'articolo 1 della l. n. 40/2004 prevedeva la tutela dei diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito, mettendolo sullo stesso piano degli altri soggetti coinvolti nelle pratiche di PMA.

In ragione del forte statuto giuridico riconosciuto all'embrione, la legge vietava molte pratiche fino ad allora ordinariamente messe in atto, tant'è che ad appena un anno dalla promulgazione della legge, furono raccolte le firme e venne proposto un referendum abrogativo nel tentativo di modificare gli aspetti più limitanti della legge come il divieto di procreazione eterologa (ossia di utilizzare gameti esterni alla coppia richiedente), il divieto di sperimentazione sull'embrione, il divieto di diagnosi preimpianto, l'obbligo di un unico impianto e il divieto di creare più di tre embrioni per impianto.

Il referendum abrogativo, però, data la bassa affluenza nazionale (circa al 25,98%), non raggiunse il *quorum*, nonostante che in alcune Regioni come la Toscana e l'Emilia-Romagna si fosse registrata una affluenza tra il 40% e il 41%[9]. Due Regioni che anche prima della l. n. 40/2004, si erano contraddistinte per essere tra quelle maggiormente interessate a sostenere politiche pubbliche regionali per la PMA. L'Emilia-Romagna infatti, come la Toscana, aveva sviluppato, in assenza di una legge nazionale, un modello caratterizzato da una forte presenza di centri pubblici, in collaborazione con il sistema universitario, che riconosceva la PMA eterologa, così come anche le diagnosi genetiche preimpianto e la crioconservazione degli ovuli[10].

[9] I dati sull'affluenza sono stati trovati su Ministero dell'Interno, *Referendum 12-13 giugno 2005 – procreazione medicalmente assistita.*

[10] Dati che segnalano la maturità culturale e giuridica di tali esperienze regionali, comprovata anche dall'attuale situazione che vede tra le 5 Regioni maggiormente interessate dalla "migrazione" delle coppie interessate alle pratiche di PMA proprio la Lombardia 24,2%, il Lazio 14,3%, la Toscana 12,1%, la Campania 10,1% e l'Emilia-Romagna 8,3%, che nel totale registrano circa il 69% dell'attività nazionale in ambito PMA. Il riferimento alla questione del cosiddetto "turismo procreativo" interessa anche le importanti ripercussioni sociali delle esclusioni e dei divieti della "prima versione della" legge 40 che hanno portato al consolidarsi del fenomeno della c.d. migrazione procreativa all'estero di numerose coppie sterili soprattutto in Spagna, Svizzera Italiana, Belgio e Repubblica Ceca per potere usufruire della riproduzione assistita eterologa, quale pratica vietata in Italia dal 2004 al 2014. Secondo l'Osservatorio sul turismo procreativo, infatti, su un campione di 53 centri esteri, prima della legge 40 all'estero furono effettuate 1.318 procedure, aumentate a 3.610 nel 2005.

Il mancato raggiungimento del *quorum* però non fermò quella parte della società italiana che era rimasta profondamente delusa dalla l. n. 40/2004 e continuò così la strada giurisprudenziale: dopo il 2004 numerosissimi furono i ricorsi ai tribunali di merito per far dichiarare illegittimi i divieti, a cui sono seguiti i decisivi interventi della Corte costituzionale, che mettendo in luce la complessità costituzionale della l. n. 40/2004 nella sua versione originaria, ne ha ridisegnato i confini[11].

## 3. *Storie "in bilico" tra il prima e il dopo l'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004*

Al fine di comprendere meglio gli effetti costituzionalmente critici della l. n. 40/2004, merita ricordare la prima ordinanza in materia risalente al 3 maggio 2004 da parte del Tribunale di Catania. La vicenda decisa dal Tribunale di Catania nel 2004 riguardava una coppia sposata dal 1995 che, sin dalla fine degli anni '90, si era trovata ad affrontare una duplice condizione problematica: da un lato l'infertilità, dall'altro il rischio genetico legato al fatto che entrambi i coniugi erano portatori sani di Beta-talassemia. Questa malattia, pur non manifestandosi nei genitori, comporta un'elevata probabilità di generare figli affetti da una patologia grave e invalidante, caratterizzata da anemia cronica e necessità di trasfusioni continue.

A partire dal 1997 la coppia intraprendeva un lungo percorso medico, fatto di tentativi naturali, terapie ormonali e trattamenti per migliorare la fertilità (tra cui la stimolazione ovarica per la moglie e trattamenti per l'oligozoospermia del marito).

Dopo anni di insuccessi, la coppia si rivolgeva alla procreazione medicalmente assistita, effettuando, tra il 1999 e il 2001, più inseminazioni intrauterine, ottenendo gravidanze che però si interrompevano con aborti spontanei, inclusa una gravidanza extrauterina che richiese un intervento chirurgico, a cui fece seguito la diagnosi di una malformazione uterina

[11] Tra i tanti si ricordano: Tribunale Firenze, ordinanza 17 dicembre 2007; Tribunale Cagliari, sentenza 24 settembre 2007; TAR Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398; Tribunale Bologna, ordinanza 29 giugno 2009; Tribunale Salerno, ordinanza 9 gennaio 2010, n. 191; Tribunale Cagliari, ordinanza 9 novembre 2012 n. 5925.

(setto uterino), corretta chirurgicamente nel 2002 che tuttavia non aveva consentito una gravidanza stabile.

È in questo contesto che emerge per la coppia di coniugi, la svolta decisiva: la possibilità di accedere alla diagnosi genetica preimpianto, cioè una tecnica che consentiva, nell'ambito della fecondazione in vitro, di analizzare gli embrioni prima del trasferimento in utero e selezionare quelli non affetti dalla malattia genetica. La coppia si rivolgeva pertanto ad un centro specializzato a Catania e avviava nel 2003 un ciclo di fecondazione assistita. In questa fase la diagnosi genetica veniva effettivamente praticata: tra gli embrioni prodotti, uno su sei risultando sano veniva trasferito anche se senza successo. I coniugi intraprendevano, all'inizio del 2004 un nuovo tentativo. Tuttavia, durante la fase di preparazione del trattamento, entrava in vigore la l. n. 40/2004, che introduceva una disciplina radicalmente diversa, vietando la selezione degli embrioni, limitando la crioconservazione e imponendo il trasferimento contemporaneo di tutti gli embrioni prodotti.

Nonostante ciò, la coppia proseguiva il protocollo e il 23 marzo 2004 firmava il consenso informato previsto dalla nuova legge. Pochi giorni dopo, però, il 23 aprile 2004, la donna scriveva al medico una lettera in cui dichiarava la modifica del consenso prestato, non volendo accettare l'eventualità di mettere al mondo un figlio gravemente malato e chiedendo esplicitamente di poter effettuare la diagnosi genetica preimpianto e di non impiantare gli embrioni affetti da talassemia. Sottolineando inoltre che, qualora si fosse instaurata una gravidanza con un feto malato, la sua scelta sarebbe stata senza alcun dubbio («certa») quella di ricorrere all'interruzione volontaria di gravidanza. A fronte di questa posizione dei coniugi, il medico si rifiutava di accogliere tale richiesta ritenendola incompatibile con la nuova normativa, che imponeva l'impianto degli embrioni e vietava la selezione. Tale rifiuto portava i coniugi a ricorrere al Tribunale di Catania, ritenendosi lesi in un diritto fondamentale come il diritto alla salute, la capacità di autodeterminazione e di scelta riproduttiva consapevole.

Il giudice rigettava il ricorso affermando che la l. n. 40/2004 rappresentava una scelta consapevole del legislatore, che volutamente aveva escluso la possibilità di selezionare gli embrioni.

Questa vicenda mette in luce in modo emblematico la frattura prodotta dall'entrata in vigore della l. n. 40/2004: una pratica già avviata e

clinicamente possibile, come la selezione degli embrioni sani tramite diagnosi preimpianto che diventa improvvisamente vietata, trasformando un percorso terapeutico concreto in un conflitto giuridico tra autodeterminazione individuale e rigidità normativa[12]. In altre parole, la scelta del giudice di ritenere la questione manifestamente infondata, oltre a non permettere di proseguire l'*iter* di fronte alla Corte costituzionale e dunque di dichiarare l'illegittimità costituzionale del divieto di diagnosi preimpianto, lascia una situazione irrisolta.

## 4. *La legge n. 40 del 2004 al vaglio della giurisprudenza (non solo) costituzionale*

A cercare di mettere ordine nel *caos* legislativo è, dunque, intervenuta a più riprese la Corte costituzionale che ha cercato di porre in essere una riscrittura di gran parte dell'ossatura originaria della legge n. 40/2004. Ora, decretando l'incostituzionalità dell'obbligo legislativo che prevedeva ai fini della PMA la formazione di un numero limitato di embrioni da impiantare contestualmente, consentendo, solo per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna, la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile[13]. Ora, decretando l'incostituzionalità del divieto delle diagnosi preimpianto per le coppie fertili portatrici di malattie trasmissibili rispondenti a determinati criteri di gravità[14]. Ora, infine, dichiarando incostituzionale il ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo, qualora sia diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili[15].

Cercando di ricostruire il percorso[16] di "riscrittura" della l. n. 40/2004, a venire in rilievo per la prima volta è, come si è detto, la sentenza della Corte costituzionale 8 maggio 2009, n. 151[17]. Infatti, la Corte, muovendo

[12] Tribunale di Catania, 3 maggio 2004.

[13] Corte costituzionale 8 maggio 2009, n. 151.

[14] Corte costituzionale 14 maggio 2015, n. 96.

[15] Corte costituzionale 9 aprile 2014, n. 162.

[16] G. Ricci, P. Delbon, A. Conti, A. Sirignano, *Il difficile percorso normativo italiano sulla procreazione medicalmente assistita: revisione della letteratura e stato dell'art*e, in *Clinica Terapeutica*, 2015, 3, 234-241; F. Gallo, F. Re, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: dall'emanazione alla demolizione,* in *biochimica clinica*, 2017, 41, 4.

[17] La sentenza del 2009 infatti intervenne nei giudizi di legittimità costituzionale

dal presupposto che andava tutelata la salute della donna, riconosce la centralità delle sue esigenze di procreazione nell'ambito del ricorso alla PMA. Nella sentenza la Corte non solo dichiara incostituzionale l'obbligo di un impianto contemporaneo, ma stabilisce anche che il trasferimento di embrioni in utero deve essere fatto il più presto possibile senza mettere a rischio la salute della donna e dichiarando l'incostituzionalità delle norme sul divieto di crioconservazione in caso di pregiudizio alla salute della donna[18].

Si tratta di una sentenza che sicuramente nel dibattito sulla PMA rappresenta una pietra miliare in quanto non si limita a riconoscere il diritto alla salute della donna ma lo riconosce nelle pratiche di PMA affermando che «la lesione dell'art. 32, primo comma, cost. viene sospettata sotto il profilo del diritto della salute della donna, che dovrebbe, pur nel bilanciamento con quella dell'embrione richiesto dall'art. 1 della l. n. 40/2004, ritenersi prevalente sul diritto di chi ancora persona non è: la legge impone, in caso di insuccesso, la necessità di procedere a plurime stimolazioni ovariche, non consentendo la crioconservazione degli embrioni per successivi impianti e comportando seri problemi per la donna che si deve sottoporre a trattamenti ormonali plurimi, con conseguenze mediche accertate»[19]. Una affermazione importante che segna per la prima volta, in vigenza della l. n. 40/2004, il riconoscimento della crioconservazione degli embrioni eventualmente prodotti in soprannumero e il superamento del divieto riguardo all'obbligo di impianto, rimettendo alla valutazione del medico e dei pazienti la scelta sul numero degli ovociti prodotti da ogni ciclo di stimolazione ovarica da fecondare, quanti embrioni così prodotti impiantare e quanti crioconservare per altri eventuali futuri impianti.

L'assunto cui giunge la Corte costituzionale non è tuttavia risolutivo, dato che, per quanto meritoria, questa non affronta un altro aspetto delicatissimo della PMA, vale a dire quello relativo al divieto di diagnosi preimpianto[20], nonostante fosse stato il primo oggetto di tentato ricorso

dell'articolo 6, comma 3, e dell'articolo 14, commi 1, 2, 3 e 4, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, promossi dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio con sentenza del 21 gennaio 2008 e dal Tribunale ordinario di Firenze con ordinanze del 12 luglio e del 26 agosto 2008.

[18] E. Falletti, *La diagnosi genetica preimpianto: una ricostruzione di dottrina e di giurisprudenza nazionale ed europea*, in *Il Corriere giuridico*, 2013, 2, 234 ss.

[19] Corte cost. 8 maggio 2009, n. 151, considerato in diritto punto 5.2.

[20] Per quanto riguarda un'approfondita analisi dell'*iter* della l. n. 40, si veda F.

precluso dalla posizione assunta dal Tribunale di Catania che aveva ritenuto la questione manifestamente infondata su aspetti peraltro emersi anche in fase di *iter* legislativo, segnato da moltissimi emendamenti modificativi e sostitutivi dell'art. 14 tutti rigettati dal Parlamento[21]. Anzi tutti aspetti limitativi e restrittivi che trovano conferma nelle Linee guida adottate con decreto del Ministro della salute del 21 luglio 2004, emanate ai sensi dell'art. 7 della l. n. 40/2004, nelle quali nella sezione dedicata alle «Misure di tutela dell'embrione», si introduce il divieto di «ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica, (…) ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'articolo 14, comma 5, [della legge n. 40 del 2004] dovrà essere di tipo osservazionale».

Tuttavia, già nei primi anni di applicazione della legge, nonostante la posizione restrittiva avallata dalle Linee guida ministeriali, emergono dubbi sulla compatibilità di tale divieto con i principi costituzionali, in particolare con il diritto alla salute e all'autodeterminazione[22].

A ridimensionare la portata restrittiva della l. n. 40/2004 intervengono però numerose decisioni di vari tribunali italiani, tra cui si ricorda la posizione del Tribunale di Cagliari che, con sentenza del 24 settembre 2007, segna una svolta interpretativa. Il Tribunale, infatti, anziché sollevare la questione di fronte alla Corte costituzionale[23], ritiene ammissibile la diagnosi preimpianto attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa, disapplicando le Linee guida ministeriali del 2004. Decisione che apre la strada a un progressivo mutamento giuri-

---

Angelini, *L'errore legislativo come errore sul fatto scientifico. Riflessioni in dialogo con Maria Pia Iadicicco su diritto e scienza nel caso della PMA*, in F. Aperio Bella, N. Posteraro, M.A. Sandulli (a cura di), *Il Comitato di ricerca si confronta, atti del I ciclo di Seminari 2021*, Napoli, 2023. Si veda anche M.P. Iadicicco, *Scienza medica e legge nel caso della PMA. In dialogo con Francesca Angelini*, in F. Aperio Bella, N. Posteraro, M.A. Sandulli (a cura di), *Il Comitato di ricerca si confronta, atti del I ciclo di Seminari 2021*, cit.

[21] Soltanto al resoconto stenografico della seduta pubblica del Senato del 10 dicembre 2003 si rilevano ben 73 emendamenti presentati per il solo articolo 14, la maggior parte dei quali volti proprio a rimuovere il divieto di diagnosi preimpianto.

[22] M.P. Iadicicco, *Prospettive e problematiche della riconduzione della PMA al diritto costituzionale alla salute*, in *Corti supreme e salute*, 2021, 2.

[23] Un primo vero tentativo di rimettere la questione alla Corte costituzionale fu operato dal Tribunale di Cagliari, che sollevò dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 13 della l. n. 40/2004, nella parte in cui impediva alle coppie di conoscere lo stato di salute dell'embrione. Tuttavia, la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 369 del 2006, dichiarò la questione manifestamente inammissibile.

sprudenziale, tanto che negli anni successivi, diversi tribunali italiani consolidano questo orientamento, riconoscendo il diritto delle coppie ad accedere alla diagnosi preimpianto, anche al fine di evitare la trasmissione di gravi malattie genetiche.

Il processo evolutivo giurisprudenziale e soprattutto culturale viene confermato anche da una apertura a livello ministeriale che porta nel 2008 il Ministro della salute ad emanare nuove «Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita» con cui viene esteso l'accesso alla procreazione medicalmente assistita alle coppie in cui l'uomo è affetto da malattie virali sessualmente trasmissibili (quali il virus dell'HIV, l'epatite B e C) allo scopo di permettere loro di procreare senza il rischio di trasmettere la malattia virale alla donna e/o al feto, eventualità possibile in caso di procreazione naturale.

Ma se a livello interno il percorso verso la PMA per quanto lento, è comunque positivo, nei termini di riconoscimento della centralità della salute della donna quale diritto costituzionalmente protetto, ancor più significativa risulta la posizione assunta a livello sovranazionale dalla CEDU. Infatti, la Corte di Strasburgo, nella sentenza del 28 luglio 2012, caso *Costa e Pavan c. Italia*, riconosce che la normativa italiana violava l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in quanto l'assetto legislativo risultava "sproporzionato" impedendo alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche di accedere alla PMA con diagnosi preimpianto, pur consentendo loro di ricorrere all'interruzione volontaria della gravidanza in caso di diagnosi prenatale positiva. Non solo, la Corte si spinge a ritenere che la tutela dell'embrione, che sta alla base del divieto di diagnosi preimpianto, risulta «inconciliabile con la possibilità offerta ai ricorrenti di procedere ad un aborto terapeutico qualora il feto risulti malato, tenuto conto in particolare delle conseguenze che ciò comporta sia per il feto, il cui sviluppo è evidentemente assai più avanzato di quello di un embrione, sia per la coppia di genitori, soprattutto per la donna. … È giocoforza constatare che, in materia, il sistema legislativo italiano manca di coerenza. Da un lato, esso vieta l'impianto limitato ai soli embrioni non affetti dalla malattia di cui i ricorrenti sono portatori sani; dall'altro, autorizza i ricorrenti ad abortire un feto affetto da quella stessa patologia»[24]. Tale incoerenza normativa, conclude la

[24] Corte europea dei diritti dell'uomo, *Costa e Pavan c. Italia*, ric. n. 54270/10, sentenza 28 agosto 2012.

Corte, lede dunque in senso ampio il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

Di fronte ad una posizione del genere, era pertanto prevedibile che anche a livello nazionale la giurisprudenza ne dovesse tener conto. Ed infatti, sulla scia della decisione della Corte di Strasburgo, si registra un lento ma costante adeguamento della giurisprudenza italiana all'assunto della Corte di Strasburgo. Ne è una riprova il contenuto dell'ordinanza del Tribunale di Roma del 26 settembre 2013, nella quale si riconosce direttamente ai coniugi Costa-Pavan il diritto ad accedere alla PMA con diagnosi preimpianto e trasferimento dei soli embrioni sani.

Il definitivo superamento del divieto, tuttavia, si ha nel 2015, quando la Corte costituzionale con sentenza 5 giugno 2015, n. 96, pone un "punto fermo" sulla diagnosi preimpianto, sancendone la "costituzionalizzazione" e dichiarando l'illegittimità costituzionale degli artt. 1 e 4 della l. n. 40/2004 nella parte in cui non si consente alle coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili di accedere alla PMA con diagnosi preimpianto. In quella circostanza la Corte costituzionale motiva la sua posizione ricorrendo al principio di ragionevolezza, nel senso che ravvisa un'irragionevole disparità di trattamento: l'ordinamento permetteva infatti alle stesse coppie di evitare la nascita di un figlio affetto da gravi patologie tramite l'interruzione volontaria di gravidanza, ma impediva loro di prevenire tale esito attraverso una tecnica meno invasiva come la diagnosi preimpianto. Non solo. La Corte richiama anche la lesione del diritto alla salute della donna, costretta, in assenza di diagnosi precoce, a subire il trauma fisico e psicologico di eventuali aborti terapeutici[25].

[25]La Corte ricorda, infatti, anche che «sussiste, in primo luogo, un insuperabile aspetto di irragionevolezza dell'indiscriminato divieto, che le denunciate disposizioni oppongono, all'accesso alla PMA, con diagnosi preimpianto, da parte di coppie fertili affette (anche come portatrici sane) da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili (secondo le evidenze scientifiche) di trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni. E ciò in quanto, con palese antinomia normativa (sottolineata anche dalla Corte di Strasburgo nella richiamata sentenza *Costa e Pavan contro Italia*), il nostro ordinamento consente, comunque, a tali coppie di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici, attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali – quale consentita dall'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza) − quando, dalle ormai normali indagini prenatali, siano, appunto accertati processi patologici […] relativi a rilevanti anomalie o malformazioni

In sostanza, questi interventi mirano tutti ad evidenziare che il sistema normativo, cui danno luogo le disposizioni censurate, non consente (pur essendo scientificamente possibile) di far acquisire "prima" alla donna una informazione che le permetterebbe di evitare di assumere "dopo" una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute. Al riguardo non è possibile non richiamare le considerazioni di chi in dottrina ha cercato di portare la riflessione ancora più avanti, sottolineando come alla luce di tutto ciò dovrebbe «essere mutata anche la definizione giuridica di PMA: non più solo strumento per "favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana" (art. 1, comma 1, l. n. 40/2004), ma anche strumento per tutelare la salute della donna fertile che voglia intraprendere una gravidanza e che sia affetta o portatrice sana di malattia geneticamente trasmissibile, o il cui compagno sia affetto o portatore sano di malattia geneticamente trasmissibile o di malattia virale sessualmente trasmissibile»[26].

A completare il quadro degli interventi della Corte costituzionale sul tema della diagnosi preimpianto va ricordata altresì la sentenza 11 novembre 2015, n. 229, con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, commi 3, lettera b), e 4, della l. n. 40/2004, nella parte in cui contemplava come ipotesi di reato la condotta selettiva del sanitario diretta esclusivamente ad evitare il trasferimento nell'utero della donna di embrioni affetti da gravi patologie. La pronuncia, intervenuta a pochi mesi di distanza dalla sentenza n. 96/2015, ha così completato la rimozione dei profili di criminalizzazione delle pratiche selettive a finalità diagnostica, pur lasciando aperto il delicato tema del destino degli embrioni soprannumerari, sul quale la successiva sentenza 13 aprile 2016, n. 84 ha rimesso la decisione alla discrezionalità del legislatore, decisione tuttora non assunta.

L'ultimo tassello che, nella sostanza, demolisce l'impianto della l. n. 40/2004 è rappresentato dalla questione di legittimità costituzionale del divieto di procreazione medicalmente assistita (PMA) eterologa. La questione giunge alla Corte costituzionale già nel 2009, su iniziativa dei Tribunali di Milano, Firenze e Catania, che avevano sollevato dubbi di costituzionalità in riferimento a diversi parametri (artt. 2, 3, 29, 31, 32 e

del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna», in questi termini Corte costituzionale 5 giugno 2015, n. 96, considerato in diritto punto 9.

[26] C. Tripodina, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e corti*, in *Rivista di BioDiritto,* 2014, 2.

117 Cost.), richiamando anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare la decisione *S.H. and Others c. Austria* del 1° aprile 2010, che aveva inizialmente ritenuto incompatibili alcune restrizioni alla fecondazione eterologa.

Tuttavia, nel corso del giudizio costituzionale, interviene un *revirement* giurisprudenziale da parte della CEDU, che con sentenza del 3 novembre 2011, riconosce agli Stati un ampio margine di discrezionalità in materia, ritenendo legittime le limitazioni previste dalla normativa austriaca, soprattutto in assenza di un consenso europeo e in presenza di questioni eticamente sensibili[27]. Esito che induce la Corte costituzionale, con ordinanza 7 giugno 2012, n. 150, a restituire gli atti ai giudici rimettenti, evitando di decidere nel merito. A seguito del riesame, solo il Tribunale di Milano ripropone la questione. Il definitivo intervento arriva, dunque, con la sentenza 10 giugno 2014, n. 162, con cui la Corte costituzionale dichiara illegittimo il divieto di fecondazione eterologa.

La Corte, nella consapevolezza della complessità della materia, fonda la propria decisione non solo sul diritto alla salute ma estende la valutazione agli artt. 2, 3, 31 e 32 Cost., sottolineando come la scelta di avere figli rientri nella libertà fondamentale di autodeterminazione della coppia, anche quando questa sia affetta da sterilità o infertilità assoluta. In questa prospettiva, viene riconosciuto, in modo innovativo, un vero e proprio diritto a formare una famiglia con figli anche mediante tecniche di PMA eterologa. Accanto a ciò, la Corte valorizza il diritto alla salute, inteso anche nella sua dimensione psichica: l'impossibilità di avere figli può infatti incidere profondamente sull'equilibrio psicologico della coppia e la PMA può rappresentare una risposta a tale sofferenza, richiamando la definizione ampia di salute affermata dall'OMS, quale stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non esclusivamente assenza di malattia o infermità.

Verificata la lesione di questi diritti, la Corte esamina gli interessi contrapposti, individuati principalmente nella tutela del bambino nato da eterologa, in particolare rispetto al rischio psicologico e al diritto a conoscere le proprie origini genetiche. Tuttavia, tali esigenze non sono ritenute sufficienti a giustificare un divieto assoluto, anche alla luce di soluzioni

[27] Si rinvia alla sentenza della Grande Camera della Corte EDU del 3 novembre 2011 in causa *S.H. c. Austria* che aveva escluso la violazione degli artt. 8 e 14 della Convezione europea da parte della legislazione austriaca che vieta la fecondazione eterologa.

già presenti nell'ordinamento, come la disciplina dell'adozione. La Corte conclude quindi che il divieto previsto dalla l. n. 40/2004 è il risultato di un bilanciamento irragionevole degli interessi in gioco e individua ulteriori profili di irrazionalità come la contraddizione interna rispetto alla finalità della legge di favorire la procreazione; la disparità di trattamento tra coppie affette da diverse forme di sterilità e la discriminazione economica, poiché solo le coppie con maggiori risorse potevano aggirare il divieto ricorrendo alla PMA all'estero.

In definitiva, con la sentenza n. 162/2014, la Corte costituzionale elimina il divieto di fecondazione eterologa, segnando una svolta decisiva nel sistema della PMA in Italia.

## 5. *Ulteriori passi in avanti nel percorso verso l'effettività del diritto alla salute: la PMA quale LEA*

A segnare ulteriormente il lungo percorso avviato con la l. n. 40/2004 è stato il DPCM 2017 con cui la PMA è stata individuata quale LEA[28].

Ed infatti se nel 2004 si era avviato l'inquadramento legislativo a livello nazionale della PMA, negli anni successivi, in particolare a seguito degli interventi della Corte costituzionale, si amplia l'accesso alle tecniche, rendendo sempre più evidente la necessità di un loro inquadramento nel sistema sanitario pubblico. Tuttavia, solo con il DPCM del 2017 si interviene includendo nei LEA le tecniche di PMA omologa ed eterologa, con alcune condizioni e limiti. Ciò significa garantire a tutti i cittadini che quel trattamento risulta a carico del Servizio sanitario nazionale e garantito gratuitamente o con partecipazione alla spesa (*ticket*), su tutto il territorio nazionale[29]: l'inserimento della procreazione medicalmente assistita nei livelli essenziali di assistenza, formalizzato dal DPCM 12 gennaio 2017 e reso pienamente operativo a partire dal 2024-2025, rappresenta, dunque, un passaggio fondamentale nel processo di riconoscimento della PMA quale strumento per l'effettività del diritto

[28] M. Atripaldi, *Diritto alla salute e livelli essenziali di assistenza (LEA)*, in *federalismi.it*, *Osservatorio di diritto sanitario*, 15 novembre 2017.

[29] T. Aceti, P. Del Bufalo, S. Nardi, M.P. Ruggieri, *Procreazione medicalmente assistita e nuovi LEA. I rischi per l'equità*, in *Analisi Salutequità*, 2024.

alla salute *ex* art. 32 Cost., oltreché per l'effettività del principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 Cost.

L'inserimento nei LEA ha, infatti, un impatto molto concreto per le coppie, perché significa il riconoscimento della infertilità come condizione sanitaria[30] e il trattamento della PMA quale risposta a un problema di salute (infertilità, sterilità o rischio di trasmissione di patologie gravi), non più come prestazione "facoltativa" o privata, posto che le tecniche diventano accessibili tramite il servizio pubblico, con costi ridotti rispetto al settore privato. *Rectius* il riconoscere la PMA quale LEA dovrebbe contribuire a ridurre il rischio che il ricorso a tali pratiche sia condizionato dalle disuguaglianze economiche tra chi può permettersi cure costose e chi no, andando dunque ad intervenire sul noto problema del diritto quale diritto finanziariamente condizionato[31].

Il riconoscimento delle prestazioni di procreazione medicalmente assistita (omologa ed eterologa) quali LEA operato dal DPCM 12 gennaio 2017 segna infatti il superamento delle posizioni di chi contestava la riconduzione delle tecniche di PMA all'alveo di tutela dell'art. 32 Cost. «ciò in base al rilievo che anche le sempre più avanzate tecniche, in realtà, non "curino" la reale possibilità di procreazione. Al contrario l'introduzione nei LEA testimonia che, al di là delle dichiarazioni di principio, solo con l'assunzione dell'onere economico necessario per la sua prestazione, un diritto a prestazioni positive, quale è quello della salute, può considerarsi effettivamente assicurato e tutelato. Grazie a questa novità è stata definitivamente riconosciuta la natura patologica dell'infertilità e la conseguente necessità che questa possa (e debba) essere curata assicurando un accesso uniforme alle tecniche di PMA».[32]

Al riguardo preme infatti sottolineare che se prima dell'inserimento nei LEA (e prima delle modifiche giurisprudenziali), molte coppie erano costrette per accedere a determinate tecniche a muoversi, anche in cerca del trattamento più economico, da una Regione all'altra, o addirittura all'estero, con la determinazione dei LEA e delle conseguenti tariffe la situazione è cambiata, anche se, occorre ricordare i numerosi ritardi che hanno

[30] Per approfondire si consulti L. Violini, *Regioni ed eterologa: i livelli essenziali di assistenza, il coordinamento politico interregionale e le scelte regionali*, in *Istituzioni del federalismo*, 1, 2015.

[31] L'espressione si deve a F. Merusi, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990.

[32] L. Lamberti, *Livelli Essenziali di Assistenza e procreazione medicalmente assistita*, in *Nuove Autonomie*, 2025, 1.

segnato l'approvazione del c.d. Decreto Tariffe in ragione dei forti dubbi sul rapporto tra tariffe e sostenibilità economica a causa della difficoltà di molte Regioni di far fronte alle relative prestazioni. Solo con il decreto del Ministro della salute del 23 giugno 2023, recante la definizione delle tariffe massime delle prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale e protesica, l'impianto regolatorio dei nuovi LEA ha trovato un'effettiva base operativa, divenendo pienamente esigibile a partire dal 1° gennaio 2024 per la specialistica ambulatoriale e dal 1° aprile 2024 per la protesica. Si tratta di un passaggio decisivo, che ha consentito la concreta esigibilità delle prestazioni di PMA omologa ed eterologa quali livelli essenziali di assistenza, ponendo termine a una fase di sostanziale inattuazione che si era protratta per oltre sei anni dal DPCM del 12 gennaio 2017.

Più in generale i LEA rappresentano il nucleo minimo e indefettibile delle prestazioni che devono essere garantite su tutto il territorio nazionale, ed i nuovi LEA per la PMA hanno fissato uno *standard* uniforme, individuando nel limite dei 46 anni e in un massimo di sei cicli il livello essenziale garantito su tutto il territorio nazionale[33]. Anche se dal punto di vista della medicina di genere non si può tralasciare una riflessione sull'adozione di un limite anagrafico così rigido, in quanto questo privilegia una logica statistica, fondata sulla probabilità media di successo, non consentendo una valutazione personalizzata basata sulle condizioni cliniche della paziente, quali la riserva ovarica o lo stato di salute generale.

Meccanismo che sembra adottare una lettura del principio dell'appropriatezza che dà vita ad una forma di eterogenesi dei fini, in quanto il limite dell'età rischia di tradursi in una forma di standardizzazione che comprime la libertà di scelta terapeutica e di valutazione del caso concreto. Non solo. A ciò si aggiunge il rischio di nuove diseguaglianze di genere, in quanto il limite di età incide infatti esclusivamente sul corpo femminile, che è il principale oggetto dell'intervento medico nella PMA, mentre non esistono limiti equivalenti per l'uomo. Ne deriva una asimmetria normativa che, pur formalmente neutra, produce effetti differenziati e potenzialmente discriminatori, rafforzando una visione della responsabilità riproduttiva centrata prevalentemente sulla donna.

Va inoltre considerato che la prestazione legata al criterio anagrafico non è in assoluto preclusa, ma resta accessibile in regime privato, dando

[33] M. D'Andrea, *La PMA in Italia: tra evoluzione normativa, giurisprudenza e inclusione nei LEA*, in *Salvis Juribus*, 2025.

vita anche a nuovo spazio per il turismo procreativo, sia all'interno del territorio nazionale che *extra* nazionale, anche in questo fortemente condizionati dalle possibilità economiche quali modalità di selezione economica all'accesso, posto che solo chi dispone delle risorse necessarie può aggirare il limite anagrafico, con conseguente compromissione del principio di equità che dovrebbe caratterizzare il servizio sanitario pubblico.

La PMA quale LEA rappresenta, dunque, uno dei passaggi più significativi nel processo di "normalizzazione" di queste tecniche all'interno del sistema sanitario pubblico italiano, garantendo – almeno formalmente – un accesso uniforme sul territorio nazionale, pur lasciando ampi margini di attuazione alle Regioni.

Certo è che a livello generale l'inserimento della PMA nei LEA produce effetti rilevanti anche sul piano sistemico perché obbliga le Regioni ad erogare le prestazioni e a organizzare strutture e servizi per garantire l'accesso alla PMA, nel rispetto degli *standard* nazionali: ma se è vero che essendo nei LEA le prestazioni dovrebbero essere garantite su tutto il territorio nazionale, è pur vero che nella pratica persistono differenze tra Regioni in termini di tempi, accesso e organizzazione dei servizi.

Anche perché le risorse finanziarie destinate all'attuazione dei nuovi LEA sembrano ancora insufficienti, ed il rischio è quello di nuovi LEA solo sulla carta. Angolo di visuale che conduce nuovamente a porre l'attenzione sui livelli regionali.

I dati elaborati dall'Istituto Superiore di Sanità nelle Relazioni annuali al Parlamento sullo stato di attuazione della legge n. 40/2004 confermano in modo emblematico la persistenza di profonde asimmetrie territoriali. A fronte di un'offerta concentrata nelle Regioni del Centro-Nord – con Lombardia, Lazio, Toscana, Emilia-Romagna e Campania che rappresentano da sole oltre i due terzi dei cicli di PMA effettuati a livello nazionale – talune Regioni del Mezzogiorno e alcune realtà periferiche del Paese continuano a presentare un'offerta strutturalmente carente, in particolare per quanto concerne la PMA eterologa, il cui accesso effettivo risulta in molti casi subordinato all'onere della c.d. mobilità sanitaria interregionale. Tale assetto, lungi dall'essere un mero dato statistico, si traduce in una compressione concreta del principio di uguaglianza sostanziale *ex* art. 3 Cost. e dell'effettività del diritto alla salute *ex* art. 32 Cost., poiché finisce per far gravare sui cittadini resi-

denti nelle Regioni meno attrezzate un onere economico, organizzativo e personale del tutto sproporzionato rispetto a quanto richiesto ai residenti delle Regioni meglio dotate.

## 6. *L'esperienza della Regione Toscana quale percorso di miglioramento della PMA*

Passando ad analizzare l'esperienza della Toscana quello che emerge è l'attenzione da sempre riservata per le pratiche di PMA come dimostrano i numerosi interventi normativi regionali volti ad ampliare l'accesso e migliorare la qualità dei servizi[34].

A partire dalla DGR dell'11 gennaio 2010, n. 11 sono state date «Indicazioni per il miglioramento del percorso di procreazione medicalmente assistita» per evolvere il modello toscano di assistenza delle coppie infertili, ottimizzando il sistema a tutti i livelli, anche in riferimento agli aspetti che riguardano la prevenzione, valorizzando tutte le varie componenti del sistema anche sotto il profilo della formazione degli operatori, del ruolo dell'andrologo, dell'individuazione di esami diagnostici di massima per la coppia e dei test genetici, oltreché dell'informazione-educazione ai cittadini.

Al fine di garantire un maggiore coinvolgimento di tutte le componenti del sistema – medici di medicina generale, consultori, centri di procreazione medicalmente assistita (PMA) e Università – e in un'ottica di formazione continua e di ottimizzazione del percorso assistenziale delle coppie infertili, è stato attivato un tavolo di lavoro allargato, che ha elaborato un documento, approvato con DGR 16 gennaio 2012, n. 23, che rappresenta un ulteriore passo avanti nelle strategie di prevenzione e nella definizione dei percorsi assistenziali nell'ambito dell'infertilità, ed a cui è seguito anche il documento «Percorso diagnostico della coppia infertile», in cui oltre ad essere indicate una serie di informazioni di base per preservare una buona salute riproduttiva per gli uomini e le donne,

[34] Non è casuale quindi che a Cortona (AR) è stata eseguita per la prima volta in Italia in una struttura pubblica nella struttura di PMA dell'ospedale Santa Margherita di Cortona con il laboratorio di genetica medica delle Scotte di Siena la biopsia su tre embrioni di una coppia il cui partner maschile era affetto da «aniridia congenita». Redazione *Diagnosi genetica pre-impianto: a Cortona la prima volta in Italia in una struttura pubblic*a, in *Quotidiano Sanità*, 20 luglio 2016.

sono individuati anche gli esami diagnostici preliminari per intraprendere un percorso di fecondazione assistita.

La Regione Toscana è stata la prima, a livello nazionale, a intervenire in materia di procreazione medicalmente assistita eterologa, adottando le linee guida regionali con la DGR n. 650/2014. Tale intervento normativo è stato finalizzato a fornire un quadro regolatorio chiaro e uniforme per i centri pubblici, privati e privati accreditati operanti sul territorio regionale, nelle more delle determinazioni statali, al fine di evitare applicazioni disomogenee in un ambito di particolare delicatezza etico-giuridica.

Le disposizioni contenute nella deliberazione sono espressamente orientate a garantire che le donazioni di gameti avvengano nel rispetto di protocolli medico-sanitari rigorosi, assicurando la piena ed effettiva gratuità della donazione e prevenendo qualsiasi rischio di commercializzazione della stessa. Inoltre, le linee guida impongono l'adozione di tutte le misure necessarie a tutelare i principi di tracciabilità, anonimato e riservatezza dei dati personali, in conformità alla normativa vigente.

I centri sanitari che intendano erogare prestazioni di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo sono tenuti, nella fase iniziale di attuazione della disciplina regionale, a rendere apposita autocertificazione attestante il possesso e la conformità ai requisiti previsti dalla normativa regionale vigente e alle prescrizioni contenute nella deliberazione della Giunta regionale.

La Regione Toscana ha anche contribuito a orientare il coordinamento nazionale tra le Regioni. Proprio dalla Toscana, infatti, è partita l'iniziativa che ha portato all'apertura di un tavolo tecnico presso la Conferenza Stato-regioni, culminato, nel settembre del 2014, nell'adozione di un documento condiviso da tutte le Regioni italiane.

In tale sede è stato innanzitutto ribadito un principio fondamentale: la procreazione medicalmente assistita, sia omologa sia eterologa, deve essere considerata a tutti gli effetti un livello essenziale di assistenza (LEA).

In questa fase transitoria, le Regioni hanno quindi ritenuto necessario garantire comunque l'accesso alle prestazioni, individuando strumenti uniformi di regolazione.

In particolare, è stato raggiunto un accordo per definire una tariffa unica convenzionale per la PMA eterologa, per assicurare l'omogeneità nei costi e nell'accesso sul territorio nazionale e per disciplinare le compensazioni economiche legate alla mobilità sanitaria interregionale. Que-

sto punto era cruciale poiché, come anticipato, molte coppie si spostavano tra Regioni per accedere alle tecniche disponibili e si rendeva necessario evitare squilibri finanziari tra i diversi sistemi sanitari regionali.

Sul piano della compartecipazione alla spesa, è stato stabilito che i pazienti sarebbero stati tenuti a pagare i *ticket* relativi alle singole prestazioni sanitarie connesse alla tecnica, secondo la normativa vigente in materia di specialistica ambulatoriale. Tuttavia, non tutte le Regioni si sono allineate pienamente: la Regione Lombardia, ad esempio, ha dichiarato che, fino all'inserimento della PMA nei LEA, le prestazioni sarebbero rimaste interamente a carico dell'assistito, anche se erogate in altre Regioni.

Per quanto riguarda la mobilità interregionale, è stato concordato un meccanismo di compensazione per cui ogni Regione avrebbe ricevuto dalle altre la differenza tra la tariffa convenzionale stabilita e quanto già incassato tramite *ticket*, rafforzando così un sistema di cooperazione e solidarietà tra i servizi sanitari regionali. Nel complesso, questo passaggio segna un momento importante di *governance* condivisa: di fronte a un vuoto normativo nazionale ancora non colmato, le Regioni, con la Toscana in posizione trainante, hanno costruito una disciplina transitoria capace di garantire accesso, sostenibilità e uniformità, anticipando in parte l'evoluzione successiva del quadro normativo nazionale.

Un altro passo in avanti della Regione Toscana è rappresentato dalla DGR 10 luglio 2017, n. 777[35] con cui è stato adottato l'atto fondativo della «Rete regionale Toscana per la Prevenzione e Cura dell'Infertilità», segnando un passaggio decisivo da una regolazione frammentata, basata su singole deliberazioni relative a requisiti, accesso e tariffe, a un modello organizzativo sistemico e integrato[36]. La delibera in esame persegue, tra le proprie finalità qualificanti, l'obiettivo di assicurare la continuità del percorso assistenziale nell'ambito delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA), attraverso la previsione di una presa in carico integrata del paziente lungo l'intero iter clinico, dalla fase diagnostica all'esecuzione

[35] Regione Toscana, DGR 10 luglio 2017, n. 777, «Linee di indirizzo per l'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita e della diagnosi genetica preimpianto».

[36] Essa prevede, infatti, una struttura organizzativa radicata sul territorio, individuando nell'Azienda ospedaliero-universitaria Careggi il centro hub per l'Area Vasta Centro e assegnando agli altri centri regionali (in particolare le aziende ospedaliero-universitarie di Pisa e Siena e le strutture delle USL) il ruolo di nodi della rete, con funzioni differenziate tra attività di base e tecniche più complesse.

delle procedure di PMA, sino alle attività di controllo successivo e *follow-up*. Tale impostazione risponde all'esigenza, ampiamente avvertita in dottrina e nella prassi amministrativa, di superare la frammentazione organizzativa dei servizi sanitari, favorendo modelli assistenziali unitari idonei a garantire standard qualitativi omogenei sull'intero territorio regionale.

Sotto il profilo organizzativo, la delibera individua un assetto fondato sulla concentrazione delle competenze ad elevata specializzazione presso centri di riferimento regionali, cui si affianca una rete di accesso territoriale diffusa, funzionale a garantire l'effettiva fruibilità dei servizi da parte dell'utenza. In tal modo, viene perseguito un equilibrio tra esigenze di specializzazione, appropriatezza e sicurezza delle prestazioni, da un lato, e principi di prossimità, equità di accesso e uniformità dell'offerta sanitaria, dall'altro. Particolare rilevanza assume, inoltre, la previsione della istituzione di una Biobanca Unica Regionale dei gameti, quale infrastruttura organizzativa centralizzata deputata alle attività di gestione, conservazione e distribuzione delle cellule riproduttive.

La scelta di istituire una biobanca unica risponde a finalità di tracciabilità, sicurezza biologica e razionalizzazione delle risorse, configurandosi come strumento essenziale per il governo pubblico di un settore caratterizzato da elevata complessità tecnico-scientifica e da rilevanti implicazioni etiche e giuridiche. Tale assetto organizzativo assume un significato particolarmente incisivo alla luce dell'introduzione della fecondazione eterologa nell'ordinamento, che ha imposto alle Regioni la predisposizione di sistemi strutturati e controllati per l'approvvigionamento e la gestione dei gameti, in grado di assicurare il rispetto dei requisiti di qualità e sicurezza, nonché la conformità ai principi di trasparenza e controllo pubblico.

Il ruolo di Biobanca regionale è stato attribuito alla struttura organizzativa dipartimentale complessa di procreazione medicalmente assistita dell'azienda ospedaliero-universitaria Careggi di Firenze, individuata quale *hub* regionale per le funzioni di gestione, conservazione, distribuzione e acquisizione centralizzata dei gameti, nonché quale punto di riferimento per il coordinamento dell'intero sistema regionale della PMA.

Per effetto dei successivi interventi di aggiornamento adottati dalla Regione Toscana, ed in particolare mediante la deliberazione 27 luglio 2020, n. 1030 è stata disciplinata l'acquisizione centralizzata di gameti provenienti da biobanche estere, al fine di sopperire alla strutturale insufficienza delle donazioni interne. Tale assetto è stato ulteriormente

perfezionato con la deliberazione 20 febbraio 2023, n. 142 attraverso la quale la Regione ha affinato le procedure di approvvigionamento mediante l'introduzione di una gara regionale unica, consentendo ai centri pubblici appartenenti alla rete della procreazione medicalmente assistita di acquisire direttamente i servizi di ricerca, conservazione e deposito dei gameti, sotto il coordinamento funzionale della Biobanca Unica Regionale.

Se è vero che sul piano strettamente giuridico le suddette delibere non risultano introdurre nuovi diritti, né ampliare il perimetro delle tecniche di PMA ammesse dall'ordinamento, è pur vero che queste assolvono tuttavia a una funzione di primaria rilevanza nell'ambito dell'attuazione concreta del diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., andando a rafforzare quel percorso verso un effettivo accesso alle prestazioni sanitarie attraverso una più efficiente organizzazione del sistema e una distribuzione territorialmente equilibrata dei servizi. In questa prospettiva, tali atti rafforzano altresì il principio di uguaglianza sostanziale nell'accesso alle cure, riducendo le disomogeneità esistenti e contenendo le disparità derivanti da fattori territoriali o organizzativi.

In questo senso, le delibere richiamate avviano un passaggio significativo dalla mera regolazione amministrativa del settore a un modello più strutturato di *governance* regionale della medicina della riproduzione, fondato su strumenti di programmazione, coordinamento e controllo unitari, in grado di integrare esigenze cliniche, organizzative e di sostenibilità del sistema sanitario.

Il costante lavoro di aggiornamento delle tecniche, degli assetti organizzativi e degli atti amministrativi di supporto alla PMA, avviato e perseguito nel contesto regionale toscano, ha contribuito, sul piano empirico, a determinare un incremento progressivo e costante del ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita nel territorio regionale, evidenziando una correlazione positiva tra qualità della *governance* pubblica del settore ed effettività dell'accesso alle prestazioni, ovvero una crescita costante del ricorso alla PMA in Toscana[37].

[37] Stando all'ultima Relazione del Ministro della salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita (l. n. 40/2004, art. 15) – Attività dei centri procreazione medicalmente assistita, dell'anno 2023 e pubblicata nel 2025, in Toscana sono stati eseguiti 11.985 cicli di II e III livello, circa 3.177 fecondazioni omologhe, 573 fecondazioni eterologhe e 243 inseminazioni intrauterine. Stando invece ai dati dell'Agenzia regionale di sanità della

Permangono, tuttavia, alcune criticità: il modello a rete, pur migliorando il coordinamento interno, non elimina completamente le disuguaglianze, in particolare in relazione ai tempi di attesa, alla mobilità interregionale e alla persistente carenza di gameti, soprattutto per la fecondazione eterologa.

Tali elementi evidenziano come, anche a fronte di un impianto organizzativo avanzato, l'effettività dei diritti continui a dipendere da fattori strutturali e risorse disponibili. Questa criticità si inserisce in una fase di transizione particolarmente delicata, segnata dall'ingresso della PMA nei LEA, che ha ampliato la platea dei beneficiari ma, al contempo, ha ridotto le tariffe riconosciute agli erogatori privati, rendendo meno sostenibile economicamente il sistema convenzionato.

Infatti, a fronte di un impianto organizzativo formalmente avanzato, emergono rilevanti criticità applicative, particolarmente evidenti nell'area vasta centro (Firenze, Prato, Pistoia), storicamente trainante per la PMA in Toscana[38].

Il sistema regionale, infatti, si regge in larga misura sul contributo dei privati accreditati, i quali realizzano un volume di cicli significativamente superiore rispetto alle strutture pubbliche.

Tale assetto determina una dipendenza strutturale dal privato convenzionato, che risulta oggi in crisi, come dimostrano la saturazione delle agende e la difficoltà (anche attuale) di prenotare nuovi cicli attraverso il CUP.

Ulteriori elementi di disfunzione derivano dalle modalità organizzative adottate a livello locale, in particolare dalla gestione centralizzata delle prenotazioni tramite CUP, che tendono ad appesantire i percorsi e ad allungare i tempi, incidendo negativamente sull'effettività del diritto alla prestazione.

In tal senso, le criticità organizzative e finanziarie del sistema finiscono per tradursi in una compressione concreta del diritto alla salute e dell'autodeterminazione procreativa, evidenziando come l'effettività dei LEA dipenda non solo dalla loro previsione normativa, ma anche dalla sostenibilità e coerenza dei modelli organizzativi regionali.

---

Toscana (ARS Toscana), 2025, l'andamento della Toscana sembra essere ancora positivo, registrando la nascita di 1.197 bambini tramite PMA.

[38] M. Bocci, *Pma toscane in crisi: nel 2026 posti esauriti per la procreazione assistita*, in *La Repubblica Firenze*, 26 marzo 2026.

### 6.1. *La necessaria attuazione di una lettura costituzionalmente orientata della Delibera della Regione Toscana n. 1197/2019 tra nuovi LEA e "condizionalità finanziarie"*

A evidenziare il margine di manovra regionale è anche la Delibera n. 1197/2019 della Regione Toscana con cui sono stati modificati i requisiti di accesso alla procreazione medicalmente assistita (PMA), abbassando da 46 a 43 anni il limite di età per l'accesso alla fecondazione assistita omologa e all'eterologa con fattore maschile, mantenendo invece il limite di 46 anni per la fecondazione eterologa femminile e ha inoltre aumentato i cicli di fecondazione assistita da 3 a 4, sia per l'omologa che per l'eterologa. Tale scelta, si fondava, sulle evidenze scientifiche evidenziate dal Comitato strategico regionale per l'infertilità, secondo cui dopo i 43 anni le probabilità di successo della PMA con ovociti propri diventano estremamente basse. In tali casi, i trattamenti comportano un carico significativo per la donna, sia sul piano fisico, a causa delle stimolazioni ormonali e delle procedure mediche invasive, sia sul piano psicologico, per il rischio elevato di insuccesso e la conseguente frustrazione.

Diverso è invece il caso della fecondazione eterologa femminile, nella quale gli ovociti provengono da una donatrice: qui la probabilità di successo non dipende dall'età della donna ricevente, ma dalla qualità dei gameti donati. Distinzioni che stanno alla base del diverso limite di età, quale motivazione per ritenere ragionevole mantenere il limite più elevato di 46 anni per la PMA eterologa, considerato ancora compatibile con un esito favorevole della procedura.

Accanto a questa revisione dei requisiti di accesso, la Toscana ha inoltre introdotto un importante intervento organizzativo: è stato fissato un tempo massimo di 90 giorni per la prima visita di PMA per i residenti. Qualora le strutture non riescano a rispettare questo termine, le aziende sanitarie sono tenute ad attivare percorsi alternativi, anche presso strutture convenzionate, o attraverso strumenti regionali dedicati alla gestione delle liste di attesa.

Nel complesso, la riforma non si limita a restringere l'accesso, ma mira a rendere il sistema più coerente ed efficiente: da un lato seleziona le prestazioni sulla base della loro reale efficacia, dall'altro rafforza le garanzie di accesso tempestivo, cercando di bilanciare sostenibilità, tutela della salute e qualità dell'offerta sanitaria.

Il limite regionale più restrittivo, pur giustificato dal Comitato strategico sulla base di criteri di appropriatezza clinica e di probabilità di successo, non può non evidenziare il rischio di una compressione del diritto alla salute e una disparità di trattamento territoriale, in contrasto con gli artt. 3 e 32 della Costituzione, segnando un disallineamento tra livello statale e livello regionale[39].

Disallineamento tra livello regionale e statale che però sembra ormai superato dall'entrata in vigore dei nuovi LEA dal primo gennaio 2025, a cui si deve tra le novità più eclatanti quella di aver stabilizzato a livello nazionale l'età delle donne che accedono alla PMA e anche il numero di cicli. Cosa significa tutto ciò? Che se in Toscana potevano fare il trattamento coloro che hanno fino a 43 anni di età per un massimo di 4 cicli, i LEA alzano l'età fino a 46 anni e i cicli a 6. Teoricamente, quindi, più coppie potrebbero presentarsi ai centri pubblici e convenzionati e chiedere la prestazione. E pure per più volte, se non riescono ad ottenere la gravidanza. La conseguenza di tali modifiche è dunque anche quella di una difficile previsione delle risorse pubbliche regionali necessarie per dare effettività ai nuovi LEA.

In questo quadro si collocano proprio le politiche più recenti che mostrano una chiara volontà politica regionale: la Toscana con DGR 24 aprile 2026, n. 404 ha approvato lo stanziamento di 350 mila euro per la PMA eterologa già a partire dal biennio 2026-2027.

Nello specifico, l'innovativa delibera regionale permette alle coppie residenti in Toscana di reperire gameti gratuitamente, un costo che rientrerà totalmente a carico del Sistema sanitario regionale, con apposito codice di esenzione, mentre per ogni singolo ciclo di fecondazione eterologa, essendo entrato nei LEA, si applica la sola quota di compartecipazione al costo tramite *ticket* come previsto dalla normativa regionale. Non è previsto alcun rimborso per le coppie toscane che effettuano trattamenti fuori Regione o all'estero.

L'importo dei 350.000 euro sarà diviso tra le tre macroaree: prevedendo lo stanziamento di euro 200.000 per l'Azienda Usl Toscana Centro, euro 130.000 per l'Azienda Usl Toscana Sud Est e euro 20.000 per l'Azienda Usl Toscana Nord Ovest.

[39] Gli aggiornamenti più significativi a livello nazionale in materia di PMA sono esposti in Ministero della salute, *Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di PMA*, 2024.

Lo stanziamento di 350.000 euro per reperire i gameti, spesa che ad oggi rappresenta una delle parti più onerose del servizio di PMA, rappresenta come, tramite le politiche di bilancio regionali, sia possibile proseguire nel percorso verso l'effettività del diritto alla genitorialità, rafforzando il principio di equità nell'accesso alle cure, anche come strumento contro la denatalità, visto che in Toscana, come si evince dall'ultima relazione al Parlamento sulla PMA realizzata dall'Istituto superiore di sanità (ISS) riguardante l'anno 2022, i bambini nati vivi da PMA sono 16.718.

In un quadro quindi in cui molte coppie non riescono a permettersi la PMA, la Toscana è andata loro incontro, con questo contributo economico che, unito all'introduzione della PMA nei LEA, cerca per quanto possibile di mantenere la PMA come un diritto fondamentale e accessibile a tutte quelle coppie che ne hanno diritto.

Ne emerge, complessivamente, un quadro in cui la Regione Toscana ha tentato e riesce a bilanciare esigenze di appropriatezza clinica, sostenibilità economica e ampliamento dell'accesso, nel quale sicuramente permangono criticità strutturali che accomunano tuttavia l'intero paese, come il reperimento dei gameti, le liste di attesa e tutti i problemi legati alla sanità pubblica.

### 6.2. *Il* Social Freezing *un nuovo modo di concepire il tempo al crocevia tra autodeterminazione riproduttiva, disuguaglianze socioeconomiche e limiti dell'attuale assetto socio-normativo*

A dipingere la Toscana quale Regione anticipatrice nel panorama nazionale è anche l'attenzione riservata per le tecniche di crioconservazione dei gameti e in particolare le novità adottate dalla Regione qualora questa pratica venga richiesta per scopi sociali non medici, il c.d. *social freezing*.

Pratica, quella della crioconservazione dei gameti a scopo precauzionale, che occorre precisare non rientra nelle tecniche di Procreazione medicalmente assistita come normate dalla l. n. 40/2004 e dunque non è riconosciuta come LEA nazionale.

La crioconservazione dei gameti quale metodo di preservazione della fertilità si inserisce nel dibattito contemporaneo quale pratica complessa, collocandosi al crocevia tra autodeterminazione riproduttiva, disuguaglianze socioeconomiche e limiti dell'attuale assetto normativo, in un contesto sociale segnato da molteplici fattori quali la denatalità,

il progressivo posticipo della maternità, la precarietà lavorativa e una crescente distanza tra il tempo biologico della fertilità e il tempo sociale in cui le donne e gli uomini riescono effettivamente a progettare una famiglia.

In questo contesto, i dati emersi dal questionario condotto su circa 1000 donne promosso dal collettivo *Stiamo Fresche* offrono uno spaccato particolarmente significativo. A fronte di un orientamento generalmente favorevole, con circa tre quarti delle rispondenti che si dichiarano propense alla crioconservazione e una quota rilevante che ha preso in considerazione tale opzione, il numero effettivo di donne che vi accede resta estremamente limitato[40].

Tale scarto evidenzia la distanza tra domanda potenziale e accesso reale, riconducibile principalmente ai costi elevati della procedura, che possono raggiungere i 5.000 –7.000 euro per ciclo, oltre alle spese farmacologiche e di mantenimento annuale del materiale conservato[41].

La configurazione attuale del sistema italiano, che garantisce la copertura pubblica quasi esclusivamente nei percorsi oncologici[42], esclude di fatto un'ampia platea di donne affette da patologie che incidono sulla fertilità, quali endometriosi, insufficienza ovarica precoce o disturbi

[40] La situazione che emerge dal questionario è altamente disomogenea: su un campione di 1000 persone, 1 su 3 ha pensato seriamente alla crioconservazione, circa la metà ha fatto un consulto, ma solo 1/10 delle rispondenti ha completato la procedura. La petizione «Congeliamo gli ovuli, non i diritti», lanciata dal collettivo *Stiamo Fresche*, chiede al Servizio sanitario nazionale (SSN) di coprire i costi della crioconservazione preventiva degli ovuli, il c.d. *social freezing* per tutte le donne e persone con utero fino ai 40 anni.

[41] In Italia il *social freezing* si configura come una prestazione a carico della paziente, non inclusa nei LEA, se non per indicazioni mediche. Di conseguenza, non esiste un tariffario regionale uniforme e i costi sono determinati autonomamente dalle singole strutture sanitarie, con una prevalenza del settore privato. Il costo medio per ciclo varia indicativamente tra i 3.000 e i 6.000 euro, cui si aggiungono le spese per la terapia ormonale (circa 800–2.000 euro) e per la conservazione annuale degli ovociti (150–300 euro). Il costo complessivo può aumentare significativamente qualora siano necessari più cicli.

[42] In Italia, la preservazione della fertilità nei pazienti oncologici è riconosciuta nell'ambito delle tecniche di procreazione medicalmente assistita disciplinate dalla l. n. 40/2004 e dalle successive linee guida ministeriali (da ultimo aggiornate nel 2024), che ne prevedono l'applicazione per motivi medici, tra cui le patologie oncologiche. Tale inquadramento è rafforzato dall'Accordo Stato-Regioni del 21 febbraio 2019 sulla tutela della fertilità nei pazienti oncologici, che integra tali prestazioni nei percorsi assistenziali del Servizio sanitario nazionale.

endocrini, nonché coloro che intenderebbero ricorrere alla crioconservazione per ragioni sociali.

Le istanze avanzate dal collettivo-osservatorio indipendente *Stiamo Fresche* si inseriscono precisamente in questa prospettiva, proponendo una riconfigurazione della preservazione della fertilità, tramite *social freezing*, come componente del diritto alla salute e all'autodeterminazione. In particolare, la richiesta di includere tali prestazioni nei LEA, di riformare la l. n. 40/2004 e di costruire una rete pubblica strutturata evidenzia la necessità, sentita da una parte sempre maggiore della popolazione, di superare un approccio frammentario e di riconoscere la dimensione preventiva e sociale della fertilità, iniziando così, tramite politiche pubbliche strutturate, ad anticipare il problema della fertilità.

Il quadro che emerge è dunque (di nuovo) quello di una gestione a macchia di leopardo[43], in cui alcune Regioni hanno avviato sperimentazioni o introdotto misure di sostegno, mentre altre restano prive di interventi specifici, accentuando le disparità territoriali.

In questo scenario, la crioconservazione degli ovociti sembra assumere una valenza che va oltre la dimensione strettamente sanitaria, configurandosi come questione di giustizia sociale e di equità nell'accesso ai diritti, seppur in un alveo in larga parte influenzato da motivazioni etiche e sociali.

È in questo quadro che ancora una volta si muove la normativa toscana che ha portato avanti politiche di apertura e supporto non indifferenti a sostegno delle persone che scelgono di ricorrere alla crioconservazione dei gameti. Normativa che in un primo momento si è mossa entro il quadro più consolidato del riconoscimento per motivi medici, per poi ampliare il perimetro quale risposta alle nuove esigenze mediche e sociali.

Ed infatti di recente la Regione è intervenuta con una nuova disciplina regionale della preservazione della fertilità, come delineata dalla DGR 11 agosto 2020, n. 1250 che aggiorna e sostituisce le precedenti delibere a partire dalla DGR 11 agosto 2020, n. 1250, segnando un'evoluzione signi-

[43] Si noti che in Puglia, per prima, è stato introdotto un contributo economico fino a 3.000 euro per il *social freezing*, destinato a donne tra i 27 e i 37 anni con ISEE fino a 30.000 euro, per sostenere parzialmente i costi della crioconservazione degli ovociti. Si tratta di una misura selettiva e *una tantum*, che non rende la prestazione gratuita ma ne riduce l'impatto economico, ampliandone l'accesso. (Regione Puglia, Azienda Sanitaria Locale Bari, *Avviso pubblico anno 2025 per il contributo "Social Freezing", preservazione della fertilità per fini sociali*, in *Bollettino Ufficiale della Regione Puglia*, 3 giugno 2025, n. 44).

ficativa nel modo in cui il sistema sanitario toscano interpreta il rapporto tra salute riproduttiva e autodeterminazione[44].

La Delibera della Regione Toscana n. 1250/2025 si inserisce nel solco di un approccio tradizionale alla preservazione della fertilità, fondato sulla riconduzione della stessa all'ambito della tutela del diritto alla salute, andando però ad ampliare in modo significativo il riconoscimento di quelle malattie che limitano la capacità riproduttiva.

In tale prospettiva, l'intervento regionale si configura come misura di protezione sanitaria rivolta a soggetti esposti a un rischio concreto e attuale di perdita della capacità riproduttiva, in conseguenza non solo di patologie oncologiche o di trattamenti terapeutici altamente invasivi, ma anche in presenza di condizioni cliniche quali la riduzione significativa della riserva ovarica o l'endometriosi severa, malattia a lungo dimenticata dal nostro SSN[45].

In questo modo con la DGR n. 1250/2025 la Toscana è intervenuta in modo concreto per colmare alcune lacune presenti a livello nazionale, garantendo che la preservazione della fertilità sia assicurata in regime di esenzione totale dalla compartecipazione alla spesa per specifiche categorie di pazienti, visto che tali prestazioni non sono state riconosciute nei livelli essenziali di assistenza (LEA), con la conseguenza che l'accesso a queste tecniche risulta spesso disomogeneo e non sempre garantito su tutto il territorio, ampliando dunque il perimetro della tutela pubblica e garantendo l'accesso gratuito alla crioconservazione dei gameti, compren-

[44] Regione Toscana, Delibera di Giunta regionale 19 giugno 2015, n. 809, con cui è stato avviato un primo programma regionale di preservazione della fertilità, introducendo, in particolare, percorsi di crioconservazione dei gameti e del tessuto ovarico per pazienti sottoposti a terapie potenzialmente lesive della funzione riproduttiva.

[45] L'endometriosi è stata a lungo qualificata come una patologia "invisibile", non solo per la difficoltà diagnostica legata alla variabilità dei sintomi, ma anche per una storica sottovalutazione clinica e culturale del dolore femminile, spesso normalizzato o medicalmente trascurato. In questa prospettiva, si inserisce il contributo di A. Martorana, M. Maranto, *Malattie femminili 'invisibili': endometriosi e protocolli clinici e assistenziali specifici di genere*, in *GenIUS*, 2025, 1, 66–69, che evidenzia la necessità di sviluppare protocolli clinico-assistenziali specifici e un approccio maggiormente attento alle differenze di genere, al fine di superare le lacune strutturali nella presa in carico di tali patologie, come il riconoscimento della Toscana delle donne affette da endometriosi come soggetti interessati alla crioconservazione degli ovociti per motivi medici.

siva dei farmaci e delle procedure connesse, con oneri a carico del Servizio sanitario regionale.

In altre parole, l'ampliamento delle indicazioni, che includono non solo le pazienti oncologiche o sottoposte a terapie a rischio di compromissione della fertilità, ma anche soggetti con riduzione della riserva gametica e, in modo particolarmente rilevante, le donne affette da endometriosi severa, evidenzia il passaggio a una visione leggermente più ampia e preventiva della fertilità.

La delibera introduce inoltre elementi di riorganizzazione amministrativa, quali la presa in carico entro tempi rapidi e l'attivazione di percorsi di tutela, configurando la preservazione della fertilità come parte integrante di un percorso terapeutico e assistenziale.

Tale impianto seppur attento a una dimensione ampia di malattie riproduttive restava sino al 2025 ancorato ad una concezione strettamente clinica della fertilità, giustificandone la tutela solo in presenza di una patologia o di un rischio medico.

Ad innovare profondamente tale sistema è intervenuta la DGR n. 288/2026 con cui è stato fatto un significativo passo in avanti laddove la delibera ha stabilito i criteri e le modalità di crioconservazione dei gameti a scopo precauzionale, il c.d. *social freezing*, quale strumento di autodeterminazione, che consente di preservare la possibilità di avere figli in futuro senza essere vincolati rigidamente al declino fisiologico della fertilità.

E in particolare nell'allegato A sono richiamati alcuni dei motivi sociali ed economici che in qualche modo influenzano il cosiddetto inverno demografico in cui versa il paese, come la bassa fecondità italiana, l'invecchiamento della popolazione, la disoccupazione giovanile e i problemi di conciliazione vita-lavoro.

La Regione, infatti, prende atto dell'emersione di una domanda sociale crescente legata alla possibilità di differire la genitorialità e, pur ribadendo che tale pratica non rientra tra le tecniche di procreazione medicalmente assistita disciplinate dalla l. n. 40/2004 né nei LEA nazionali, ne disciplina l'accesso, definendone costi, modalità e condizioni.

Questa segna dunque un avanzamento significativo sul piano regolatorio, in quanto riconosce esplicitamente la legittimità del *social freezing* e ne disciplina l'accesso all'interno del sistema sanitario regionale, sottraendolo a una dimensione puramente privatistica e non regolata.

In questo senso, essa può essere letta come un primo passo verso una possibile evoluzione del quadro normativo, capace di integrare progressivamente la dimensione dell'autodeterminazione riproduttiva all'interno delle politiche pubbliche.

In definitiva, l'*excursus* (e il confronto) delle delibere adottate dalla Regione Toscana mette in luce una tensione strutturale del diritto contemporaneo: quella tra una concezione della salute ancorata alla malattia e una visione più ampia, che include la capacità di pianificare il proprio percorso di vita e di genitorialità.

La Regione Toscana, pur non superando pienamente tale dicotomia, si pone come laboratorio avanzato di sperimentazione normativa, evidenziando tanto le potenzialità quanto i limiti dell'intervento regionale in un ambito ancora privo di una disciplina organica a livello nazionale.

Quale dunque la novità? Con questa delibera la Regione Toscana avvia un percorso verso una regolazione/standardizzazione delle tariffe regionali per il *social freezing* al fine di uniformare il comportamento delle aziende sanitarie toscane evitando ambiguità operative tra ASL e centri PMA. Vero è che la DGR 288/2026 rappresenta un atto di regolamentazione non invece di finanziamento, confermando l'attenzione per la crioconservazione per motivi non medici in Toscana, ma lasciandola ancora fuori dai livelli di assistenza coperti da SSR.

Quest'ultima delibera infatti ha come oggetto non più la crioconservazione a soli scopi medici, bensì tratta anche la crioconservazione a scopo precauzionale, sia maschile che femminile, quantificando in euro 200,00 l'importo della tariffa annuale relativa al servizio di mantenimento dei gameti e quantificando in euro 1.500,00 il costo, a carico della donna, e in euro 500,00 il costo, a carico dell'uomo, per la prestazione di crioconservazione dei gameti a scopo precauzionale, tenuto conto delle tariffe presenti nel Nomenclatore regionale, nonché dei costi medi aggiuntivi connessi alle attività di supporto e delle altre spese accessorie correlate all'esecuzione della procedura.

Si tratta dunque di una delibera volta a chiarire il quadro operativo e a preparare a successive scelte legislative rivolte anche ad una tutela economica.

È in questo quadro, infatti, che si colloca la proposta di legge del 3 aprile 2026, n. 18 recante «Disposizioni in materia di preservazione della fertilità per fini sociali», una proposta che prevederebbe, qualora approva-

ta, un sostegno economico strutturale per le donne che scelgono di ricorrere alla crioconservazione degli ovuli per preservare la propria fertilità.

Questa proposta segna un passaggio importante, perché sposta la questione dal piano della libertà individuale a quello delle politiche pubbliche: il congelamento degli ovociti non viene più visto solo come scelta privata, ma come possibile strumento di *welfare* riproduttivo, connesso sia alla crisi demografica sia alla promozione dell'autonomia femminile e alla conciliazione dei tempi vita-lavoro.

In linea con lo stanziamento della Regione Toscana per sostenere la PMA eterologa, la proposta mira a rafforzare l'impegno regionale per la genitorialità, contribuendo con uno stanziamento economico modulato in base all'ISEE nel tentativo di ridurre le disuguaglianze di accesso, in questo modo la preservazione della fertilità non è più concepita esclusivamente come risposta a una patologia imminente, ma come strumento di tutela della capacità riproduttiva nel tempo[46].

Secondo la proposta legislativa il contributo potrà essere richiesto una sola volta nella vita e avrà un importo massimo di 3.000 euro per ciascuna beneficiaria, potranno accedervi le donne di età compresa tra i 25 e i 39 anni, residenti in Toscana da almeno un anno, con un valore ISEE del nucleo familiare non superiore a 30.000 euro.

La proposta autorizza una spesa fino a un massimo di 300.000 euro per ciascuno degli anni 2026, 2027 e 2028 da ripartire tra le aziende sanitarie in proporzione al numero di donne nella fascia di età interessata residenti nei territori di riferimento.

Lo stanziamento delle risorse si basa sui dati dell'Istituto Superiore di Sanità: nel 2023 in Italia sono stati registrati 802 cicli di *social freezing*, applicando un criterio proporzionale alla popolazione femminile toscana tra i 25 e i 39 anni, i proponenti hanno stimato circa 47 richieste annue, con una crescita progressiva prudenzialmente considerata fino a circa 80 richieste nel 2026.

La proposta di legge prevede una copertura fino a circa 100 procedure annue, tenendo conto anche dell'emersione di nuova domanda legata al sostegno economico introdotto.

Ne consegue, dunque, che la proposta regionale per garantire gratuitamente il *social freezing* si colloca nel più dibattito sulle politiche di

[46] C. Fazion, *Crioconservando gli ovociti mi sono regalata un po' di libertà*, Fondazione Umberto Veronesi, 2023.

sostegno alla fertilità e all'autodeterminazione riproduttiva, individuando, sulla base di solide evidenze cliniche relative al declino della qualità degli ovociti con l'avanzare dell'età, nella fascia di età compresa tra i 25 e i 40 anni l'intervallo ottimale per l'accesso alla crioconservazione degli ovociti.

Tuttavia, anche tale intervento, pur significativo, non esaurisce le questioni sottese alla diffusione del *social freezing*, che devono essere lette in una prospettiva più ampia, attenta ai profili di genere e di autodeterminazione. Non pochi sono infatti i dubbi e le criticità. Il requisito anagrafico del limite dei 40 anni per l'accesso alla crioconservazione degli ovuli, pur fondato su evidenze cliniche relative al declino della qualità ovocitaria, contribuisce a rafforzare una regolazione fortemente centrata sul corpo della donna, sul quale si concentra l'intervento medico, il rischio clinico[47] e il carico decisionale. Anche in questo caso il tempo riproduttivo viene normativamente costruito come una questione prevalentemente femminile, senza un corrispettivo intervento sulle condizioni sociali che determinano il ritardo nella maternità[48]. Quest'ultimo rappresenta un profilo dalla duplice lettura. Se da un lato questo è presentato come strumento di emancipazione e libertà riproduttiva, consentendo alle donne di posticipare la maternità, svincolandole almeno in parte dai limiti biologici, dall'altro lato, una lettura più attenta evidenzia come tale pratica, se non affiancata da politiche strutturali, rischi di configurarsi anche come una forma di medicalizzazione di un problema sociale: anziché intervenire sulle cause strutturali che ritardano la genitorialità, quali la precarietà lavorativa, l'instabilità economica, la carenza di politiche di conciliazione dei tempi, si trasferisce sulla donna la responsabilità di "gestire" il proprio tempo biologico attraverso un intervento medico invasivo.

In definitiva, la disciplina del *social freezing* in Toscana evidenzia come le politiche sanitarie in materia di fertilità non possano essere valutate esclusivamente alla luce dell'innovazione tecnologica né di quella sociale, ma debbano essere integrate con interventi di natura sociale e lavorativa, al fine di evitare che l'ampliamento delle possibilità biomediche si traduca in nuove forme di disuguaglianza e in un ulteriore carico, fisico e simboli-

[47] Z. Serebrovska, M.L. Di Pietro, *La sindrome da iperstimolazione ovarica: tra clinica ed etica*, in *Med. Mor.*, 2006, 2, 327-47.

[48] L. Passeri, *Congelamento ovuli gratuito: in Toscana una proposta per il social freezing*, L'Espresso, 2026.

co, sul corpo femminile e come sia necessaria quanto prima possibile una risposta strutturale e nazionale.

## 7. *Alcuni spunti di riflessione*

Volendo provare a tracciare qualche riflessione conclusiva, alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale, sembra possibile affermare che la PMA in Italia si configura ancora come un ambito segnato da una forte complessità, in cui si intrecciano dimensioni etiche, scientifiche, giuridiche e politiche.

Dal 2004 ad oggi, la l. n. 40/2004, originariamente caratterizzata da un impianto particolarmente restrittivo, è stata progressivamente riscritta non solo dagli interventi della Corte costituzionale, ma anche dalla giurisprudenza ordinaria e grazie alle tante persone che nel corso degli anni hanno fatto ricorso, mettendone in discussione i presupposti originari in ragione delle trasformazioni sociali e dei conseguenti sviluppi che hanno interessato il diritto alla salute, all'autodeterminazione e all'uguaglianza.

Certo è che molto più del legislatore è stata la magistratura ad ampliare i limiti della legge, pur tenendosi distante, tuttavia, dalla possibilità di modificare i limiti su "chi" abbia diritto ad accedere[49]: ne emerge dunque un sistema profondamente trasformato rispetto al 2004, sul quale il legislatore non si è mai riespresso, a differenza della giurisprudenza.

Uno degli aspetti più critici che rimane immutato ma di grande interesse per la comunità giuridica e sociale riguarda i soggetti che possono accedere alla PMA, che sono ancora, come stabilito dall'art. 5 della l. n 40/2004, coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi e le coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili. L'impianto restrittivo e incentrato su una concezione eteronormativa tradizionale e di fatto limitante di fami-

[49] Su questo puto è importante ricordare anche la petizione dell'Associazione Luca Coscioni che ha raccolto oltre 45 mila firme avente come oggetto «Iniziative per l'accesso di donne singole alle tecniche di procreazione medicalmente assistita | PMA PER TUTTE» in cui viene chiesto di modificare l'articolo 5 della l. n. 40/2004 per eliminare le attuali discriminazioni nell'accesso alla procreazione medicalmente assistita, estendendolo anche a persone singole e a diverse formazioni sociali, in coerenza con gli articoli 2, 29 e 32 della Costituzione e con i principi di uguaglianza, salute e autodeterminazione.

glia, resta, quindi, il medesimo della legge originale per quanto riguardano i soggetti che possono fare ricorso alla PMA.

Su questo tema, la Corte costituzionale ha pronunciato una prima sentenza nel 2019 (Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221), con la quale ha risposto negativamente alla questione di illegittimità costituzionale del divieto di ricorso a tecniche di PMA da parte di coppie omosessuali femminili.

La decisione si fonda su un'impostazione già radicata nella l. n. 40/2004, che concepisce la PMA come strumento di natura terapeutica[50], destinato a porre rimedio a situazioni di infertilità patologica o di elevato rischio di trasmissione di patologie gravi e non come mezzo generale di realizzazione del desiderio di genitorialità. Ne deriva che l'infertilità fisiologica della coppia omosessuale non è, agli occhi del sistema italiano, equiparabile a quella patologica della coppia eterosessuale affetta da infertilità, sterilità o fertile ma portatrice di gravi patologie trasmissibili e che, pertanto, non sussiste una discriminazione costituzionalmente rilevante.

Al riguardo vi è chi in dottrina ha commentato la sentenza sottolineando come «l'anima conservatrice della sentenza sembra possa essere riferita al fatto che, come già accennato, la Corte vuole scoraggiare la rimessione di nuove questioni, a maggior ragione se rivolte alla rimozione della pratica della surrogazione di maternità: non vuole creare brecce che possano condurre all'introduzione di questa diversa tecnica procreativa, il cui divieto è garantito, al momento, da sanzioni penali. In questa prospettiva, ma non solo, il continuo richiamo alla discrezionalità del legislatore e al fatto che a quest'ultimo spetta il compito di contestualizzare il bilanciamento degli interessi in gioco alla luce dell'evoluzione socioculturale sembra voler avvertire che, per mezzo della Corte, non sarà possibile scalfire, ulteriormente, l'impianto della l. n. 40/2004»[51].

---

[50] L'art. 1 della legge n. 40/2004 infatti prevede come finalità che «1. Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito. 2. Il ricorso alla procreazione medicalmente assistitaè consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità».

[51] M. Picchi, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza (riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)*, in *Quaderni Costituzionali,* 2020, 2.

Questione non semplice in quanto strettamente connessa anche alla possibilità di riconoscere figli concepiti con tecniche di PMA all'estero.

Su tale terreno, prima dell'intervento risolutivo della Corte costituzionale del 2025, si era progressivamente consolidato un percorso giurisprudenziale che, anche sulla scia delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo nei casi *Mennesson c. Francia* (sent. 26 giugno 2014, ric. n.65192/11) e *Paradiso e Campanelli c. Italia* (sent. 27 gennaio 2015, ric. n. 25358/12), aveva tentato di garantire una qualche tutela ai minori nati all'estero attraverso tecniche non ammesse dall'ordinamento italiano. In particolare, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza 30 dicembre 2022, n. 38162, avevano individuato nell'adozione in casi particolari *ex* art. 44, lett. d), della legge 4 maggio 1983, n. 184, lo strumento idoneo a garantire la tutela del minore nato da gestazione per altri all'estero, escludendo invece la trascrivibilità dei provvedimenti stranieri di accertamento del rapporto di filiazione con il genitore d'intenzione. Si trattava, tuttavia, di una soluzione di compromesso, criticata da una parte della dottrina per il suo carattere "successivo" ed eventuale, in quanto subordinato a un autonomo procedimento di adozione, e per la conseguente fragilità dello *status filiationis* nelle more del relativo *iter*. È proprio a fronte di tale assetto che si è inserita la decisione della Corte costituzionale 22 maggio 2025, n. 68, che ha riconosciuto al minore nato da PMA effettuata all'estero da una coppia di donne il diritto a vedersi riconoscere, fin dalla nascita, lo *status* di figlio anche della madre intenzionale che abbia preventivamente espresso il consenso al ricorso alla tecnica.

Al riguardo non è infatti possibile trascurare l'*excursus* giurisprudenziale che ha trovato un fondamentale punto di arrivo nella sentenza n. 68/2025[52], nella quale la Corte costituzionale giunge a dichiarare che i bambini e le bambine nati in Italia da coppie di donne a seguito del ricorso

[52] Si noti a questo proposito la sentenza della Corte di Cassazione, sez. I civ., del 5 giugno 2025 n. 15075, che ha rigettato il ricorso del Ministero dell'Interno e confermato il riconoscimento della madre intenzionale in un caso di PMA eterologa effettuata all'estero da una coppia di donne. La decisione si fonda sulla sopravvenuta sentenza della Corte costituzionale n. 68/2025, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 8 della l. n. 40/2004 nella parte in cui non consente il riconoscimento, fin dalla nascita, anche del genitore non biologico consenziente, in quanto lesiva del diritto all'identità personale del minore e del suo interesse a uno *status filiationis* pieno e stabile. Si veda anche la sentenza della Corte di Cassazione del 5 marzo 2026, n. 4977, che ha confermato la legittimità del riconoscimento della madre intenzionale consenziente.

– all'estero – a procreazione medicalmente assistita, potranno essere riconosciuti da entrambe le madri sin dalla nascita[53]. Sentenza che ha trovato subito attuazione nel recente riconoscimento a Genova degli atti di nascita di figli concepiti con tecniche di PMA eterologa all'estero da coppie di donne[54]. Un aspetto, questo, che apre ad una ulteriore considerazione circa il riconoscimento da un lato di un diritto *ex post* del minore ad essere tutelato[55], e dall'altro il diritto *ex ante*, ad oggi non riconosciuto in Italia[56] dell'adulto a ricorrere alla PMA.

Ed infatti, nella successiva sentenza, dell'11 marzo 2025, n. 68, la Corte costituzionale dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 5 della l. n. 40/2004, confermando il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita (PMA) per la donna singola.

A motivare la non apertura nella sentenza in questione la Corte interviene – oltre che con un ennesimo *memorandum* sulla discrezionalità del

[53] Con la sentenza n. 68/2025, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 8 della l. n. 40/2004, nella parte in cui non prevede che pure il nato in Italia da donna che ha fatto ricorso all'estero, in osservanza delle norme ivi vigenti, a tecniche di procreazione medicalmente assistita ha lo stato di figlio riconosciuto anche della donna che, del pari, ha espresso il preventivo consenso al ricorso alle tecniche medesime e alla correlata assunzione di responsabilità genitoriale» sancendo il diritto al riconoscimento della doppia maternità per le coppie di donne che ricorrono alla PMA all'estero.

[54] In concreto, con il riconoscimento ufficiale le "madri intenzionali" non dovranno più affrontare lunghi *iter* di adozione per ottenere il riconoscimento legale dei propri figli e i bambini nati grazie alla PMA realizzata all'estero avranno due madri e potranno essere iscritti all'anagrafe come figli di entrambe.

[55] Il faro che ha condotto ad assumere tale storica decisione è l'interesse del minore, sembra quindi doveroso riportare la parte considerato in diritto punto 9.1 in cui la corte ribadisce che «L'interesse del minore consiste nel vedersi riconoscere lo stato di figlio di entrambe le figure – la madre biologica e la madre intenzionale – che abbiano assunto e condiviso l'impegno genitoriale attraverso il ricorso a tecniche di procreazione assistita. Il riconoscimento, per sua natura, opera da subito e indipendentemente dalle vicende della coppia e da eventuali mutamenti, al momento della nascita, della stessa volontà delle due donne che hanno fatto ricorso alla PMA e in particolare della madre intenzionale.

[56] Si ricordi la sentenza della Corte costituzionale n. 32/2021, considerato in diritto punto 2.4.1.4. «Il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, dovrà al più presto colmare il denunciato vuoto di tutela, a fronte di incomprimibili diritti dei minori. Si auspica una disciplina della materia che, in maniera organica, individui le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore, nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, nei confronti anche della madre intenzionale».

legislatore in materia di accesso alla PMA[57], quale espressione di una precisa scelta del legislatore nazionale di non ampliare il perimetro a donne *single* o a coppie omosessuali che rientra a sua volta nel più ampio margine di apprezzamento lasciato dalla Corte di Strasburgo agli Stati Membri[58] – evidenziando la riconducibilità «al principio di precauzione nell'interesse dei futuri nati. Pertanto, rispetto all'esigenza di tutelare questi ultimi, la conseguente compressione dell'autodeterminazione procreativa della donna singola[59], non può, nell'attuale complessivo quadro normativo, ritenersi manifestamente irragionevole e sproporzionata».[60] In altre parole, riconoscendo e sottolineando quale legittima la scelta del legislatore di non avallare un progetto genitoriale che conduce al concepimento di un figlio in un contesto che implica l'esclusione della figura del padre.

Una scelta, quella italiana, che si pone in evidente controtendenza rispetto agli orientamenti maturati in altri ordinamenti europei. La Spagna, già con la *Ley* 26 maggio 2006, n. 14 sulle tecniche di riproduzione umana assistita, garantisce l'accesso alla PMA alle donne *single* e alle coppie omosessuali femminili, configurando la procreazione assistita non solo quale risposta a una condizione di infertilità patologica ma quale strumento

[57] Corte costituzionale 11 marzo 2025, n. 69, considerato in diritto punto 6.2.3, «A fronte di un intervento che avrebbe significativamente mutato la stessa ratio di una disciplina coinvolgente «temi eticamente sensibili (sent. 10 giugno 2014, n 162)», questa Corte ha ritenuto di competenza «primaria […] del legislatore (sent. 26 settembre 1998, n. 347)» individuare «un ragionevole punto di equilibrio fra le contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana (sent sent. 23 ottobre 2019, n. 221)».

[58] Corte EDU, sentenze 8 dicembre 2022, P*ejřilová contro Repubblica Ceca*, paragrafo 43; 5 maggio 2022, *Lia contro Malta*, paragrafo 60; 3 novembre 2011, S.H. e *altri contro Austria*, paragrafo 97; 10 aprile 2007, *Evans contro Regno Unito*, paragrafi 81 e 82.

[59] Secondo la sentenza della Corte cost. n. 69/2025 che fa riferimento alle donne *single*, «In conclusione, nell'attuale complessivo contesto normativo, non sono fondate, in riferimento agli artt. 2, 3, 32 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 5 della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui non consente alla donna singola l'accesso alla procreazione medicalmente assistita.». Anche se, a riguardo, è interessante notare come non risultino ancora ricorsi per estendere la PMA agli uomini *single* a conferma di come la genitorialità sia culturalmente e socialmente vista come un onere prevalentemente femminile. È in realtà abbastanza ovvio che nessun uomo *single* abbia mai fatto ricorso per poter usufruire delle tecniche di PMA, perché un uomo solo per poter avere un figlio tramite PMA avrebbe bisogno comunque di un utero, andando in contro alla gestazione per altri, pratica oggi vietata dalla l. n. 40/2004, art. 12, comma 6.

[60] Corte cost. n. 69/2025, considerato in diritto punto 10.2.

di realizzazione di un progetto di genitorialità. La Francia, con la *Loi de bioéthique* del 2 agosto 2021, ha recentemente esteso l'accesso alla PMA alle donne *single* e alle coppie di donne, prevedendone altresì la copertura da parte dell'assicurazione malattia. Il Regno Unito, attraverso lo *Human Fertilisation and Embryology Act* e il sistema di autorizzazione e controllo presieduto dalla HFEA, ammette da tempo l'accesso alla PMA da parte di donne singole e di coppie dello stesso sesso. Tale panorama comparato evidenzia come la posizione italiana – fondata su una concezione della PMA quale strumento di natura strettamente terapeutica e su un perimetro soggettivo di accesso ancorato a un modello familiare eteronormativo – costituisca, nel contesto europeo, una soluzione minoritaria e particolarmente restrittiva, in cui il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati dalla Corte di Strasburgo viene esercitato nel senso della massima compressione dell'autodeterminazione procreativa.

Ne consegue da una lettura in combinato disposto di queste due sentenze (la n. 68/2025 e la n. 69/2025), la discrasia, ma allo stesso tempo coerenza, posto che da un lato la Corte ha deciso di tutelare gli interessi dei minori ad essere tutelati, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 8 della l. n. 40/2004, ove non prevede il riconoscimento da parte di due madri che abbiano fatto ricorso all'estero a tecniche di procreazione medicalmente assistita, dall'altro tuttavia né con la sentenza n. 68 né con la sentenza n. 69 si è vista un'apertura da parte della giurisprudenza in termini di accesso alla PMA, né per le coppie di donne, in quanto la Corte ha chiaramente specificato che la predetta pronuncia (sent. n. 68/2025) si applica al solo riconoscimento delle coppie di madri che abbiano fatto ricorso all'estero alla PMA, nel rispetto della *lex loci*, e ove vi sia il consenso preventivo della madre intenzionale al progetto genitoriale, né per le donne *single*, poiché secondo la Corte quest'ultima esclusione non viola la Costituzione e si tratta di una scelta legislativa, non "manifestamente irragionevole e sproporzionata", ma ricorda anche che allo stesso tempo non sussistono ostacoli costituzionali[61] a una eventuale estensione dell'accesso alla procreazione medicalmente assistita anche a nuclei familiari diversi

[61] Ivi, considerato in diritto punto 10 «Ferma restando, dunque, l'assenza di impedimenti costituzionali acché il legislatore estenda l'accesso alla procreazione medicalmente assistita anche a nuclei familiari diversi da quelli indicati nell'art. 5 della legge n. 40 del 2004».

da quelli attualmente indicati e che tuttavia spetta al legislatore, e non alla giurisprudenza, estendere l'accesso delle donne *single* alla PMA.

In questo quadro si colloca anche la discussa questione che interessa la cosiddetta gestazione per altri (GPA): mentre la PMA, con ancora molti limiti, è stata lentamente ma progressivamente ampliata, la GPA resta ancora un tabù per il legislatore, che con la legge 4 novembre 2024, n. 169, ha dichiarato la perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano[62].

Questa situazione, tuttavia, crea dei problemi giuridici non indifferenti: oggi, nel 2026, molte famiglie omosessuali si sono spostate all'estero[63] per poter usufruire della GPA (come anche della PMA) e sono tornate in Italia con gli atti di nascita rilasciati dall'autorità estera che indica, quali genitori, i due cittadini italiani richiedendone la trascrizione. Cosicché negli scorsi anni, anche nel caso della GPA per non discriminare i bambini e per tutelarli dal punto di vista burocratico e sanitario, molti sindaci hanno trascritto gli atti di nascita, tra i tanti, i sindaci di Milano, Roma, Bologna, Firenze, Padova[64].

Un'ulteriore questione, ad oggi rimasta nelle pieghe della disciplina e meritevole di un più organico ripensamento, è quella relativa al diritto del nato da PMA eterologa di conoscere le proprie origini genetiche. L'art. 9, comma 3, della l. n. 40/2004, nel disciplinare le conseguenze della procreazione eterologa, sancisce in via generale il principio dell'anonimato del donatore, che non assume alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può fare valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi. Tale impostazione, mutuata dalla disciplina dell'adozione anteriormente alla legge 28 marzo 2001, n. 149, appare oggi in tensione con l'evoluzione che ha interessato lo stesso istituto dell'adozione in materia di accesso alle informazioni sulle origini, sia per via legislativa sia per via giurisprudenziale (si vedano, in particolare, Corte costituzionale, 22 novembre 2013, n. 278, e Corte EDU, *Godelli c. Italia*, 25 settembre 2012, ricorso n.33783/09). L'esigenza di garantire al nato da PMA un'adeguata

[62] Avente ad oggetto «modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano».

[63] S. Medetti, *Genitori con la valigia: il turismo procreativo continua a crescere. I dati, le mete, chi parte e perché*, *la Repubblica*, 11 luglio 2023.

[64] Redazione Sky TG24, *Figli di coppie gay, i sindaci pronti a continuare i riconoscimenti*, 20 marzo 2023.

conoscenza delle proprie origini biologiche, nei limiti compatibili con la tutela del donatore, costituisce uno dei nodi tutt'ora aperti su cui un futuro intervento del legislatore non potrà non confrontarsi, anche alla luce del diritto all'identità personale e alla tutela della salute, intesa nella sua dimensione fisica e psichica.

In definitiva, lasciando sullo sfondo la GPA in Italia considerata reato, quello che resta del sistema legislativo e amministrativo espressione della PMA in Italia è un sistema evoluto nel tempo ma non profondamente riformato, in cui le trasformazioni giuridiche non sono state accompagnate da un ripensamento complessivo dei modelli familiari, delle politiche sociali e delle condizioni materiali che incidono sulle scelte riproduttive. Il che rende sempre più evidente la necessità di un intervento legislativo organico, capace di superare le attuali contraddizioni e di costruire un equilibrio più coerente tra innovazione scientifica, giustizia sociale e pluralismo delle forme di famiglia, mentre il sistema in essere sembra rappresentare ancora un modello ibrido e fortemente diseguale, nel quale l'evoluzione dei diritti avviene in modo frammentario e disomogeneo, spesso demandato alla discrezionalità giudiziaria e alla capacità delle singole Regioni di tradurre i principi giuridici in servizi concreti. In questo contesto, il ruolo della Regione Toscana emerge quale modello innovativo, che attraverso un sistema articolato di delibere, interventi organizzativi e investimenti nel servizio sanitario, ha mosso importanti passi in avanti per rendere effettivamente accessibili le tecniche di PMA, spesso anticipando o accompagnando gli sviluppi giurisprudenziali, contribuendo a tradurre i principi giuridici in pratiche sanitarie concrete e riducendo le disuguaglianze e promuovendo una maggiore equità nell'accesso ai trattamenti.

In questo quadro si collocano le recenti aperture della Regione Toscana in materia di *social freezing*, quale ulteriore passo in avanti verso una diversa organizzazione dei tempi di vita-lavoro, nonché una ridefinizione dei ruoli di cura e del concetto stesso di famiglia, anche se tali tecniche dovrebbero essere accompagnate da politiche sociali e lavorative capaci di incidere sulle condizioni strutturali che rendono necessario il ricorso alla preservazione della fertilità.

La crioconservazione degli ovociti, da sola, non è, sufficiente a invertire il *trend* demografico. I dati disponibili confermano, infatti, la necessità di una riflessione più ampia. Secondo Eurostat, in Italia il tasso di occupazione femminile tra i 25 e i 49 anni si attesta al 64,9%, ma varia significati-

vamente in relazione alla presenza di figli: è pari al 68,5% tra le donne senza figli, scende al 64,8% con un figlio, al 62% con due figli e crolla al 42,3% con tre figli. Si tratta di un dato che contribuisce a spiegare, almeno in parte, il cosiddetto "inverno demografico": nel nostro Paese si fanno sempre meno figli e le famiglie tendono ad averne in numero inferiore rispetto al passato. A questi elementi si affiancano fattori culturali ed economici di rilievo. Se in passato la prole rappresentava anche una risorsa produttiva, oggi i figli costituiscono prevalentemente un costo, in termini di istruzione, cura e sostegno economico, in un contesto segnato da una distribuzione della ricchezza sempre più diseguale e da prospettive di mobilità sociale ridotte. Questa situazione impone una riflessione più profonda sul concetto di famiglia, sulla divisione dei ruoli di cura e sulla stessa idea di genitorialità. In un contesto in cui, per molte donne, la maternità implica una sospensione o una rinuncia alla carriera, diventa imprescindibile ripensare i modelli sociali esistenti.

In questa direzione si colloca anche un'altra significativa iniziativa della Regione Toscana, rappresentata dal modello dei «nidi gratis»[65].

Si tratta di una misura che non si limita a fornire un sostegno economico alle famiglie, ma interviene su uno dei nodi strutturali del sistema italiano: la conciliazione tra lavoro e vita familiare. Riducendo o eliminando il costo dell'asilo nido, la politica regionale alleggerisce un ostacolo rilevante alla scelta di avere figli e consente ai genitori di pianificare con maggiore serenità il proprio futuro. Il valore di tale intervento è particolarmente evidente sul piano dell'occupazione femminile. In un contesto in cui sono ancora prevalentemente le donne a farsi carico della cura dei figli, spesso a costo di rinunce professionali, il nido gratuito rappresenta uno strumento concreto di emancipazione, permettendo di conciliare maternità e carriera e di preservare l'indipendenza economica.

Nel tentativo di rafforzare ulteriormente la misura «nidi gratis», si

[65] Il progetto «Nidi Gratis», iniziato nel 2023, grazie alla Delibera n. 157 del 20 febbraio 2023 "*PR FSE+ 2021 2027 Approvazione degli elementi essenziali dell'avviso regionale finalizzato al sostegno della frequenza dei bambini nei servizi per la prima infanzia (3-36 mesi) – NIDI GRATIS – per l'anno educativo 2023/2024*" è stato da subito inserito dalla Commissione europea tra le "buone pratiche" ed è stato approvato ogni anno dalla sua promulgazione fino ad arrivare oggi alla sua quarta edizione con la Delibera 13 aprile 2026, n. 461.

collocano anche le due recenti proposte di intervento normativo volte a implementare modelli di *welfare* territoriale e aziendale a sostegno delle famiglie e dell'equità nell'accesso ai servizi.

Il riferimento è *in primis* alla proposta di introduzione di misure strutturali volte a garantire l'accesso ai centri estivi e alle attività educative non formali nel periodo estivo. In particolare, la risoluzione impegna la Giunta regionale ad adottare strumenti di sostegno economico fondati su criteri oggettivi, connessi all'indicatore ISEE, al fine di prevedere forme di gratuità o di agevolazione economica differenziate in relazione alle condizioni socioeconomiche dei nuclei familiari, garantendo così condizioni di accesso omogenee sull'intero territorio regionale, anche attraverso il coinvolgimento coordinato degli enti locali, delle istituzioni scolastiche e dei soggetti del Terzo settore.

In secondo luogo, alla proposta che concerne l'introduzione di un "congedo paritario regionale", configurato quale strumento sperimentale volto a incentivare modelli organizzativi aziendali orientati alla condivisione delle responsabilità genitoriali. In tale prospettiva, si prevede l'attivazione di misure di sostegno alle imprese che favoriscano una più ampia fruizione dei congedi anche da parte dei padri, nonché l'avvio di uno studio, con il coinvolgimento di IRPET e in raccordo con la competente commissione consiliare, finalizzato ad analizzare gli effetti economici, sociali e occupazionali derivanti dall'introduzione di forme di congedo di paternità paritario nel contesto produttivo regionale quale modello di welfare aziendale.

Iniziative, entrambe, che si caratterizzano per una proiezione multilivello, in quanto prevedono un espresso impegno della Regione ad attivarsi nei confronti del legislatore nazionale. Con riferimento ai centri estivi, si sollecita il completamento dell'*iter* della proposta di legge già approvata in prima lettura dalla Camera dei Deputati il 22 gennaio 2026 e attualmente all'esame del Senato della Repubblica, la quale prevede l'istituzione di un fondo nazionale pari a 200 milioni di euro annui destinato agli enti locali per il finanziamento di attività educative e ricreative non formali rivolte ai minori. Analogamente, in materia di congedo paritario, la mozione impegna la Giunta a promuovere, presso il Governo e il Parlamento, l'adozione di una disciplina organica finalizzata a garantire una più equilibrata ripartizione delle responsabilità di cura tra i genitori e a rafforzare le politiche di conciliazione.

Appare pertanto fondamentale intervenire anche sul piano culturale, a partire dall'educazione sesso-affettiva nelle scuole, che dovrebbe favorire una maggiore consapevolezza delle relazioni, dei ruoli all'interno della coppia e delle responsabilità genitoriali. Superare modelli tradizionali rigidi, che vedono ancora la donna come principale responsabile della sfera domestica e l'uomo come unico sostegno economico, è essenziale per promuovere una reale parità e, al contempo, incidere positivamente sulla natalità.

Se da un lato queste tecniche ampliano le possibilità di autodeterminazione, dall'altro rischiano di rafforzare una logica di individualizzazione e medicalizzazione della riproduzione, in cui la gestione della fertilità viene progressivamente trasferita sulle donne, senza un corrispondente intervento sulle condizioni strutturali che ne limitano le scelte. Il rischio è che la scienza medica si sostituisca alla politica, andando a rispondere a quei nuovi bisogni frutto delle trasformazioni sociali, economiche, prima del legislatore.

Una considerazione finale merita, in tale prospettiva, la simmetria tra il "diritto a procreare" e il "diritto a non procreare", quali due facce dell'autodeterminazione riproduttiva costituzionalmente protetta. Se la riscrittura giurisprudenziale della l. n. 40/2004 ha valorizzato la dimensione attiva di tale autodeterminazione, in stretta connessione con la tutela della salute della donna, l'ordinamento conosce, parallelamente, una tutela della scelta di non procreare che trova il proprio fondamento nella legge 22 maggio 1978, n. 194. La coerenza interna del sistema, ripetutamente richiamata dalla giurisprudenza costituzionale ed europea (in particolare nella richiamata sentenza *Costa e Pavan*), impone di leggere le due dimensioni in modo unitario, evitando che il riconoscimento dell'una sia accompagnato da una compressione irragionevole dell'altra. In tale prospettiva, la futura riforma della l. n. 40/2004 dovrà necessariamente porsi anche il problema dell'effettiva esigibilità del diritto all'interruzione volontaria di gravidanza, oggi ostacolata in molte aree del Paese dall'elevatissimo tasso di obiezione di coscienza, quale precondizione di un sistema di tutela dell'autodeterminazione riproduttiva realmente coerente.

**Abstract**

Il contributo analizza l'impatto dell'entrata in vigore della legge 19 febbraio 2004, n. 40 sulla procreazione medicalmente assistita in Italia, evidenziando il passaggio tra il vuoto normativo precedente e il nuovo regime giuridico restrittivo. Prima dell'approvazione della l. n. 40/2004, l'assenza di una disciplina organica lasciava, infatti, spazio a prassi eterogenee, a decisioni affidate ai singoli centri e a un'ampia discrezionalità medica, in un quadro normativo frammentario che, tuttavia, garantiva una maggiore flessibilità. Con il 2004, il nuovo impianto legislativo introduce limiti stringenti, divieti e criteri uniformi, incidendo direttamente sulle scelte riproduttive e sulle traiettorie di vita di molte persone. Il "prima" e il "dopo" della l. n. 40/2004 non segnano, quindi, solo una cesura temporale, ma riflettono due diverse visioni della procreazione, del corpo e dell'autodeterminazione individuale. Le successive pronunce della Corte costituzionale e degli organi giurisdizionali europei hanno progressivamente attenuato alcune delle rigidità più evidenti del testo normativo, senza tuttavia eliminare del tutto quella sensazione di precarietà che ha caratterizzato – e in parte continua a caratterizzare – l'esperienza di chi vive la genitorialità come un diritto fragile, costantemente esposto al mutare delle interpretazioni giuridiche, e – non da ultimo – alle sensibilità regionali, come dimostrano i recenti interventi normativi adottati dalla Regione Toscana.

This essay analyses the impact of the entry into force of Law No. 40 of 2004 on medically assisted reproduction in Italy, highlighting the transition from the previous regulatory vacuum to the new restrictive legal framework.

Prior to the adoption of Law 40, the absence of comprehensive regulatory framework made way for varied practices, decisions entrusted to individual and for broad medical discretion, in a fragmented regulatory framework which, however, guaranteed greater flexibility. The new 2004 legislative framework introduced stricter limits, prohibitions and criteria, directly affecting the reproductive choices and life trajectories of many people.

The 'before' and 'after' of Law No. 40 do not, therefore, merely mark a temporal break, but reflect two different visions of procreation,

the body and individual self-determination. The subsequent rulings of the Constitutional Court and the European Court of Human Rights have gradually softened some of the most obvious rigidities of the legislation, without, however, entirely eliminating the sense of precariousness which has characterized – and in part continues to characterize – the experience of those who view parenthood as a fragile right, constantly exposed to the shifting of legal interpretations, and – not least – to regional sensibilities, as demonstrated by the recent legislative measures adopted by the Region of Tuscany.

# Nuovi eventi di danno nella procreazione medicalmente assistita e responsabilità medica

di Valeria De Oto

Sommario: 1. Le nuove responsabilità emergenti dall'evoluzione delle pratiche di procreazione medicalmente assistita. Il danno alla salute procreativa. – 2. L'errore o l'omessa diagnosi preimpianto. La "nascita indesiderata" nella giurisprudenza di legittimità. – 2.1. *Segue*. Il danno ai congiunti. – 2.2. *Segue*. La mancata o erronea diagnosi preimpianto nella PMA. – 2.3. *Segue*. La questione della legittimazione attiva del nato. La c.d. *wrongful life*. – 3. La dispersione o il danneggiamento di gameti ed embrioni crioconservati. – 4. L'erroneo impianto di embrioni creati *in vitro* in utero di donna diversa dalla madre genetica. Qualificazione del danno e soggetti legittimati. – 5. Considerazioni conclusive.

## 1. *Le nuove responsabilità emergenti dall'evoluzione delle pratiche di procreazione medicalmente assistita. Il danno alla salute procreativa*

Pochi settori della medicina hanno conosciuto, negli ultimi anni, interventi legislativi e giurisprudenziali tanto intensi quanto quelli riguardanti la procreazione medicalmente assistita, con i quali, a più riprese, è stato ridefinito il contesto entro il quale istituzioni sanitarie, professionisti e pazienti e si trovano ad interagire. La rilevanza del tema è ulteriormente accentuata dall'elevata incidenza di eventi avversi connessi ai protocolli clinico-operativi adottati nella pratica, con conseguente emersione di nuove fattispecie di responsabilità per danni alla persona. Nell'attuale contesto culturale e normativo, la tutela della persona assume una posizione centrale, determinando la valorizzazione di profili dell'individualità umana che fino a tempi relativamente recenti non avevano ricevuto piena considerazione[1]. Tale evoluzione trova un'espressione paradigmatica nell'attenzione crescente rivolta alla sfera di autodeterminazione dell'individuo nell'àmbito dell'attività sanitaria, laddove il riconoscimento di ulteriori situazioni giuridiche soggettive

[1] Rileva come «la procreazione e la nascita introduc[a]no responsabilità un tempo neppure immaginabili», M. Gorgoni, *La responsabilità sanitaria per nascita indesiderata: in attesa delle Sezioni Unite*, in *Resp. civ. prev*., 2015, 3, 698; G. Baldini, *Il danno da procreazione: evoluzione dei profili di responsabilità alla luce delle nuove tecniche di riproduzione artificiale*, in *Riv. dir. civ*., 1995, 490 ss.

a favore del paziente, unitamente a una rinnovata interpretazione delle tutele già consolidate, ha progressivamente ampliato l'area dei pregiudizi risarcibili derivanti da condotte lesive del professionista sanitario. L'àmbito della procreazione presenta, invero, particolare delicatezza e complessità, involgendo questioni etiche e attenendo ad estrinsecazioni della personalità umana, sì che è tuttora caratterizzato da significative incertezze interpretative e da un dibattito giurisprudenziale e dottrinale ancora lontano da approdi univoci. Le soluzioni prospettate in dottrina e negli arresti della giurisprudenza riflettono la difficoltà di bilanciare, da un lato, la tutela dell'autodeterminazione procreativa e, dall'altro, l'esigenza di evitare un ampliamento incontrollato dell'area del danno risarcibile[2].

[2] Il problema della responsabilità professionale dei sanitari costituisce, del resto, una delle questioni più complesse e controverse in tema di colpa punibile: dottrina e giurisprudenza, da tempo e con esiti non sempre univoci, hanno costantemente ricercato un limite alla colpa del sanitario che, senza tradursi in un vuoto di responsabilità, fosse al contempo conciliabile con l'esigenza di garantire un'effettiva tutela della salute del paziente e, in epoca più recente, con le istanze di razionalizzazione e contenimento della spesa pubblica sanitaria. Il dibattito in materia di responsabilità civile medica si è progressivamente sovrapposto alle nuove problematiche emerse in àmbito medico quali la diffusione della medicina difensiva, la gestione del rischio clinico, nonché la definizione e l'applicazione di linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali. La dottrina italiana, da oltre trent'anni, si interroga a più riprese sul ruolo rivestito dalle linee guida nei procedimenti per colpa medica e, in particolare, sul collegamento – spesso riscontrabile tanto in ambito civile quanto in àmbito penale – tra la nozione di colpa, la responsabilità professionale *ex* art. 2236 c.c. e il mancato rispetto, ovvero il rispetto, da parte del sanitario, delle linee guida. Il decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito dalla legge 8 novembre 2012, n. 189 (c.d. decreto Balduzzi) prima e, successivamente, la legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco) hanno provveduto a disciplinare in modo organico il Sistema nazionale delle linee guida (SNLG). Questo è oggi strutturato in un registro e in un portale di pubblica consultazione, gestiti dall'Istituto superiore di sanità e periodicamente aggiornati con le elaborazioni delle società scientifiche e delle istituzioni di ricerca accreditate, all'interno dei quali sono raccolte le linee guida valide sul piano nazionale. In termini generali, le linee guida consistono in raccomandazioni di comportamento clinico elaborate attraverso un processo metodologicamente rigoroso dalla comunità scientifica, con l'obiettivo di assistere i professionisti sanitari nell'individuare, nelle specifiche circostanze cliniche, le modalità di intervento ritenute più appropriate. Esse contengono prescrizioni, direttive e indicazioni rivolte ai sanitari e si inseriscono nel più ampio fenomeno della standardizzazione dell'attività clinica. La produzione delle linee guida è affidata a organismi dotati di riconosciuta autorevolezza nel settore medico-scientifico (società scientifiche, enti di ricerca), i quali analizzano criticamente l'evidenza scientifica

disponibile, la interpretano alla luce dei princìpi condivisi dalla comunità professionale e ne ricavano indicazioni operative utili a orientare la pratica clinica, contribuendo a modellare conoscenze, comportamenti e livello di consapevolezza dei medici. Sebbene le linee guida siano funzionalmente preordinate a costituire un criterio di orientamento comune, tanto *ex ante* per il professionista sanitario quanto per l'autorità giudiziaria nella verifica *ex post* della condotta, esse non possono assurgere al rango di prescrizioni cautelari dotate di vincolatività rigida. Tale conclusione si impone, da un lato, in ragione della dinamicità del sapere medico-scientifico, incompatibile con una predeterminazione delle condotte cliniche, e, dall'altro, per la necessità di calibrare l'atto terapeutico sulle specificità del singolo caso, in considerazione della pluralità di opzioni terapeutiche astrattamente appropriate. La dottrina ha inoltre evidenziato la necessità di distinguere le linee guida dai protocolli e dagli standard terapeutici. Il *protocollo* individua uno schema predefinito e rigoroso di comportamenti diagnostico-terapeutici, composto da una sequenza di procedure puntualmente determinate, tipica – ad esempio – dei programmi di ricerca clinica. In tale àmbito trovano collocazione le *buone pratiche terapeutiche*, che non costituiscono semplici raccomandazioni, ma protocolli operativi cui il professionista deve attenersi nella specifica situazione clinica. Nel concetto di buone pratiche rientrano tanto l'applicazione concreta delle linee guida quanto le procedure non contemplate da queste ultime ma comunque adottate nella prassi e la cui efficacia terapeutica risulti comprovata da fonti scientifiche autorevoli e non contestate. Le due normative richiamate si sono orientate, pur con differenti inclinazioni, nel senso di escludere la punibilità dell'esercente la professione sanitaria che si sia attenuto alle linee guida e alle buone pratiche clinico-assistenziali (art. 3, comma 1, l. n. 189/2012 e art. 6, comma 1, l. n. 24/2017). Nonostante la legge Gelli-Bianco abbia positivizzato il Sistema nazionale linee guida (SNLG), nel dichiarato intento di superare le criticità della precedente disciplina, la qualificazione giuridica delle raccomandazioni clinico-terapeutiche elaborate dalla comunità scientifica continua a presentare profili di opacità per l'interprete. Sul punto è intervenuta la Corte di Cassazione, sez. un., 22 febbraio 2018, n. 870, la quale, nel delineare la natura delle linee guida introdotte dalla legge Gelli-Bianco, ha osservato che esse costituiscono «un condensato delle acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche concernenti i singoli ambiti operativi, reputate tali dopo un'accurata selezione e distillazione dei diversi contributi, senza alcuna pretesa di immobilismo e senza idoneità ad assurgere al livello di regole vincolanti». Con riferimento al loro concreto utilizzo, la giurisprudenza ha confermato, dunque, l'indirizzo secondo cui il medico è tenuto non solo a conoscere le linee guida e le buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, ma anche a valutarle criticamente al momento della scelta diagnostica o terapeutica, tanto nel caso in cui vi si uniformi, quanto nel caso in cui se ne discosti, avendole ritenute inadeguate alle specificità del caso concreto. Le linee guida assolvono, dunque, alla funzione di rendere maggiormente trasparente il contegno tenuto dal medico, costituendo un parametro di riferimento per la valutazione della perizia impiegata nella fase di esecuzione della prestazione sanitaria. Sul versante civilistico, la legge Gelli-Bianco ha confermato l'impianto normativo volto

L'ampliamento della tutela e della promozione della salute ha condotto all'emersione di termini e concetti inediti, tra cui quello di salute riproduttiva[3].

Le lesioni alla c.d. salute procreativa possono manifestarsi in una pluralità di forme; tale nozione, infatti, attiene a diverse dimensioni della persona, non identificandosi unicamente con l'assenza di patologie incidenti sulla capacità riproduttiva, ma comprendendo, altresì, il complessivo benessere psicologico ed esistenziale necessario alla piena e serena attuazione del progetto genitoriale. Ne consegue che la tutela della salute procreativa è idonea a fondare pretese risarcitorie non solo in presenza di pregiudizi fisici, ma anche qualora si verifichino compromissioni del generale equilibrio psichico ed esistenziale causalmente riconducibili a condotte negligenti dell'esercente la professione sanitaria. La salute procreativa si configura, pertanto, come un diritto autonomo e composito, che comprende interessi esistenziali inerenti all'identità e alla dignità della persona[4]. In tale àmbito della medicina contemporanea si impone, dunque, un attento e ponderato bilanciamento tra l'esercizio dell'autodeterminazione procreativa e la tutela dell'integrità psico-fisica dell'individuo. La violazione del diritto all'autodeterminazione del paziente, quale diritto di rango costituzionale, integra un danno risarcibile a prescindere dagli esiti favorevoli dell'intervento sanitario eseguito e si configura come pregiudizio autonomo rispetto alla lesione della salute[5].

---

a valorizzare l'osservanza delle linee guida e delle buone pratiche clinico-assistenziali, prevedendo che il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tenga conto della condotta complessivamente tenuta dall'esercente la professione sanitaria.

[3] D. Marcello, *La salute procreativa*, in *Riv. it. di medicina legale*, 2019, 913; P. Zatti, *Il diritto a scegliere la propria salute, (in margine al caso San Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 896; M.P. Iadicicco, *Prospettive e problematiche della riconduzione della PMA al diritto costituzionale alla salute*, in *Corti supreme e salute*, 2021, 419 ss.

[4] Sul tema, D. Marcello, *Rapporto medico-paziente e "integrità" della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 406 ss. Sul rapporto tra procreazione medicalmente assistita e diritto alla salute, M.P. Iadicicco, *Prospettive e problematiche della riconduzione della PMA al diritto costituzionale alla salute*, cit., 419 ss.; P. Perlingieri, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 1020 ss.

[5] Così Corte costituzionale 23 dicembre 2008, n. 438, in *www.cortecostituzionale.it*. Il consenso informato si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 Cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 Cost. La Corte pone in risalto un aspetto, che sarà di lì in poi fondamentale nella disciplina del consenso informato e della conseguente

Il principio di autodeterminazione in àmbito sanitario è inscindibilmente connesso al diritto del paziente a ricevere un'informazione completa, chiara e trasparente circa i trattamenti proposti. Nel settore della procreazione medicalmente assistita, il consenso informato assume una valenza ancor più pregnante, in quanto attiene non soltanto all'accettazione di specifiche procedure mediche, ma anche alla libera e consapevole espressione di scelte intimamente connesse alla sfera più profonda e personale della persona[6]. In caso di trattamenti negligenti che comportino sterilità o infertilità, il paziente ha diritto al risarcimento anche qualora l'intervento fosse tecnicamente corretto, ma non vi sia stata adeguata informazione[7].

La compromissione della capacità procreativa del soggetto leso può trarre origine tanto da una attività medica quanto da una diversa condotta illecita. Con riferimento alla prima ipotesi, l'atto medico risulta giuridicamente rilevante sia allorché una condotta colposa, commissiva od omissiva, determini una lesione degli apparati riproduttivi, con conseguente riduzione o perdita della funzione procreativa, sia quando il sanitario abbia omesso di fornire un'informazione completa, adeguata e comprensibile, precludendo al paziente la possibilità di esprimere un consenso realmente libero e consapevole in ordine al trattamento sanitario

responsabilità per mancata informazione al paziente, e cioè il fatto che, trovando il consenso informato il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione, esso ha la funzione «di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione. In proposito, la giurisprudenza ha da tempo riconosciuto il rilevante danno esistenziale che deriva dalla perdita della possibilità di procreare, risarcibile quale lesione del diritto alla salute complessiva e all'autodeterminazione. Sul punto, D. Marcello, *La salute procreativa*, cit., 896 ss. e ivi ampi riferimenti giurisprudenziali.

[6] S. Rodotà, *La vita e le regole*, Milano, 2009, 271 ss.; G. Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, 24; G. Baldini, *Riflessioni di biodiritto*, Padova, 2012, 32 s.; D Marcello, *La salute procreativa*, cit., 908; L. D'Avack, *Sul consenso informato all'atto medico*, in *Dir. fam.*, 2008, 760 ss.

[7] G. Monateri, *Il nuovo quadro della responsabilità medica e del danno alla persona secondo la Corte di Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2020, 153.

da intraprendere e ai potenziali esiti pregiudizievoli dello stesso[8]. La tutela dell'autodeterminazione sanitaria assume, dunque, particolare rilievo, specie in relazione al riconoscimento dei danni derivanti da lesioni che incidono negativamente sulla capacità riproduttiva dell'individuo, determinando l'irrimediabile modificazione del percorso esistenziale della persona. Secondo l'orientamento ormai consolidato della giurisprudenza, la compromissione della capacità riproduttiva costituisce una lesione di diritti fondamentali della persona[9]: gli interventi o le terapie che compromettano la fertilità o la funzione procreativa costituiscono un danno valutato sia dal punto di vista biologico che esistenziale. In questo senso, la Corte di Cassazione, con sentenza del 17 gennaio 2018, n. 901[10], nel ribadire la natura unitaria ed onnicomprensiva del danno non patrimoniale, inteso quale lesione di un interesse o valore costituzionalmente protetto non suscettibile di valutazione economica, afferma l'obbligo, per il giudice di merito, di tener conto, a fini risarcitori, di tutte le conseguenze derivanti dall'evento di danno, consistente nella «definitiva perdita della capacità procreativa» conseguente ad un intervento chirurgico, sulla base della quale considerare, e liquidare, autonomamente, il danno morale. Le argomentazioni della sentenza si sono incentrate, in modo particolarmente significativo, sull'importanza del consenso informato, qualificato come diritto fondamentale e autonomo del paziente, non suscettibile di compressione né di deroghe, neppure in presenza della corretta esecuzione dell'intervento sanitario. La Corte ha, infatti, ribadito che la violazione del dovere informativo integra di

[8] Sulla violazione del consenso informato e del diritto all'autodeterminazione terapeutica, C. M. Bianca, *Trattamenti sanitari tra principio di autodeterminazione e dovere di solidarietà (a ciascuno il suo)*, in *Le decisioni di fine vita*, a cura di M. Bianca, Milano, 2011, 233; G. U. Rescigno, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 85; D Marcello, *La salute procreativa*, cit., 898; G. Monateri, *Il nuovo quadro della responsabilità medica e del danno alla persona secondo la Corte di Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2020, 153.

[9] Sulla rilevanza costituzionale del diritto del paziente di decidere liberamente in ordine alla propria salute e, in particolare, del diritto alla procreazione cosciente e responsabile, R. Trezza, *Responsabilità medica e autodeterminazione della persona. Gli orientamenti di legittimità dalla Legge Gelli-Bianco ad oggi*, in *www.giustiziainsieme.it*.

[10] Corte di Cassazione 17 gennaio 2018, n. 901 in *Foro it.*, 2018, 911. La questione riguardava gravi complicazioni post-operatorie non adeguatamente monitorate dal medico, nonché l'assenza di consenso informato per un intervento di laparotomia.

per sé una lesione giuridicamente rilevante, suscettibile di dar luogo a un autonomo pregiudizio risarcibile, distinto dal danno alla salute. In tale prospettiva, la sentenza ha evidenziato come l'omessa o inadeguata informazione incida sulla libertà di autodeterminazione del paziente, rafforzando, così, il profilo del danno da lesione del consenso informato, il quale deve essere oggetto di una specifica e autonoma valutazione risarcitoria. La Corte ha, inoltre, censurato l'erronea quantificazione del danno biologico e morale operata nei precedenti gradi di giudizio, richiamando la necessità di una valutazione complessiva e coerente dei diversi profili di danno emergenti dalla condotta sanitaria.

Particolare rilievo assume, inoltre, l'orientamento della giurisprudenza di legittimità[11] che ha riconosciuto come la perdita della capacità procreativa della madre possa cagionare, in capo al figlio del danneggiato – anche se in età neonatale –, la lesione dell'interesse, costituzionalmente protetto dall'art. 29 Cost., a instaurare un legame affettivo con uno o più fratelli. Tale lesione integra un danno non patrimoniale risarcibile, purché sussistano elementi, anche presuntivi, idonei a dimostrare che il rapporto fraterno si sarebbe verosimilmente instaurato e che la sua mancata realizzazione abbia determinato un pregiudizio concreto e attuale.

Le argomentazioni della sentenza si concentrano, in primo luogo e anche in questo caso, sulla rilevanza del consenso informato, qualificato come diritto fondamentale e personalissimo del paziente, costituzionalmente tutelato e non suscettibile di compressione neppure a fronte della corretta esecuzione dell'atto medico. La Corte ribadisce come la lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica integri un autonomo titolo di danno risarcibile, distinto dal danno alla salute, ogniqualvolta il paziente sia stato privato della possibilità di compiere una scelta consapevole in ordine al trattamento sanitario. In questo solco si colloca la censura mossa dalla Suprema Corte alla sentenza della Corte d'Appello, nella parte in cui aveva escluso la risarcibilità, in favore della figlia minore, del danno derivante dalla perdita della capacità di procreare della madre. Secondo i giudici di merito, infatti, non sarebbe stato configurabile un danno per la minore, trattandosi della perdita di una possibilità meramente eventuale. Capovolgendo tale impostazione, la Corte ha invece osservato che, accertato il comune

[11] Corte di Cassazione, ord. 29 gennaio 2020, n. 17554, in *Foro it.*, 2021, c. 1335.

progetto di vita dei genitori, volto alla creazione di una famiglia più numerosa, definitivamente inficiato dalla condotta illecita dei sanitari, anche la figlia minore ha perduto la possibilità di avere uno o più fratelli e di instaurare con essi il legame affettivo che normalmente si sviluppa tra consanguinei. Secondo i giudici di legittimità, dunque, il legame tra fratelli costituisce un valore autonomamente tutelato dall'ordinamento e, pertanto, la sua perdita è risarcibile non solo nell'ipotesi di morte di un fratello già nato, ma anche quando si tratti di un legame potenziale, purché fondato su un progetto genitoriale concreto. Ne consegue che anche la preclusione della possibilità di acquisire tale legame, se accertata in modo ragionevole e supportata da elementi presuntivi idonei, può integrare un danno non patrimoniale, seppur con un'incidenza necessariamente graduata in relazione alle circostanze del caso concreto.

## 2. *L'errore o l'omessa diagnosi preimpianto. La "nascita indesiderata" nella giurisprudenza di legittimità*

Il tema del danno da errore o omessa diagnosi preimpianto assume particolare rilevanza nel contesto delle pratiche procreative medicalmente assistite. Esso involge la questione della responsabilità sanitaria per nascita indesiderata[12] che rappresenta uno dei nodi più complessi e dibattuti sia in àmbito giuridico che etico[13]. In Italia, il quadro normativo si presenta particolarmente articolato, per la peculiare intersezione tra il diritto all'autodeterminazione riproduttiva, la tutela della salute del nascituro e della gestante, e i princìpi costituzionali fondanti la materia. La questione emerge nelle ipotesi nelle quali, a séguito di errori o omissioni, la donna non sia stata posta nella condizione di esercitare il proprio diritto all'interruzione di gravidanza ai sensi della legge 22 maggio 1978, n. 194 o di assumere decisioni diverse (sterilizzazione fallita, errore nella pratica abortiva). Anche in tali situazioni, la responsabilità del medico si radica, come

[12] M. Gorgoni, *La responsabilità sanitaria per nascita indesiderata*, cit., 696 ss. Sul tema, V. Zeno Zencovich, *La responsabilità per procreazione*, in *Giur. it.*, 1986, 113 s.; R. Cippitani, *Limitazioni alla responsabilità medica nella diagnosi prenatale tra norme costituzionali e norme sovranazionali*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, 1327 ss.

[13] La questione è posta, originariamente, all'attenzione della dottrina italiana da P. Rescigno, *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 626 ss.

più sopra osservato, prima ancora che nella violazione delle regole tecniche della prestazione sanitaria, nella lesione del diritto al consenso informato, quale espressione del più ampio diritto fondamentale all'autodeterminazione.

La nozione di "nascita indesiderata" (c.d. *wrongful birth*), nella accezione accolta nelle pronunce di legittimità, consiste in una situazione in cui la nascita di un figlio si verifica in contrasto con la volontà della gestante (o della coppia) per erronea, tardiva o omessa diagnosi medica di gravi patologie fetali, per mancato rispetto delle procedure legali relative all'interruzione di gravidanza, o, infine, per fallimenti di pratiche sterilizzative o contraccettive definitive. La lesione che ne deriva attiene al diritto all'autodeterminazione riproduttiva nonché alla sfera personale, familiare ed esistenziale dei genitori. Nel caso particolare dell'omessa o inadeguata informazione del medico nell'esecuzione o nell'interpretazione degli esami prenatali, l'inadempimento dell'obbligo informativo lede il diritto della donna a una procreazione cosciente e responsabile, impedendole di acquisire consapevolezza circa il decorso della gravidanza e di prepararsi psicologicamente alla nascita di un figlio affetto da malformazioni. Ne deriva una violazione del diritto all'autodeterminazione, inteso quale libertà di compiere scelte informate e consapevoli in relazione a aspetti essenziali della vita[14]. Ne consegue un danno alla vita di relazione, connesso alla radicale modificazione delle prospettive di vita dei genitori e al turbamento dell'equilibrio familiare. A séguito della nascita indesiderata, infatti, lo stile e le abitudini di vita dei genitori risultano profondamente modificati dall'impegno costante e gravoso richiesto dalle cure del minore. Accanto a tale profilo, può configurarsi un danno psichico, consistente nei disagi e nelle sofferenze psicologiche derivanti dalla difficoltà di elaborare e superare i problemi connessi alla nascita indesiderata, nonché nella sofferenza che si rinnova quotidianamente nel confronto continuo con le esigenze assistenziali del figlio[15].

[14] Il diritto alla procreazione cosciente e responsabile costituisce un diritto di natura non patrimoniale, espressione dell'autodeterminazione dell'individuo in relazione a scelte fondamentali quali la genitorialità. Esso trova fondamento negli artt. 2 e 13 cost., che garantiscono i diritti inviolabili della persona e la libertà di autodeterminarsi, anche in ordine alla propria salute. Sul tema, L. Cannata e E. Serani, R*esponsabilità sanitaria nell'ambito materno infantile: quali danni non patrimoniali?*, in *Riv. it. di medicina legale*, 2022, 127.

[15] Corte di Cassazione, 4 gennaio 2010, n. 13, in *Diritto & Giustizia*, 2010, nella quale si riconosce la risarcibilità del pregiudizio da forzato rovesciamento dell'agenda di

Connessa, seppure distinta, è la questione – oggetto di acceso dibattito, specie riguardo alle voci di danno risarcibili e ai soggetti legittimati – del riconoscimento del danno da vita indesiderata (c.d. *wrongful life*), subìto dal concepito a causa della mancata interruzione della gravidanza.

L'evoluzione della giurisprudenza italiana in materia di nascita indesiderata ha conosciuto momenti di intenso confronto, connotati dall'alternarsi di orientamenti divergenti, in particolare, quanto al riparto dell'onere della prova, all'individuazione dei presupposti della responsabilità sanitaria e alla legittimazione all'azione risarcitoria, specie rispetto alla posizione giuridica del nato. La complessità del dibattito sul tema – fortemente divisivo[16] – riflette la difficoltà di bilanciare il diritto all'autodeterminazione procreativa con i limiti posti dall'ordinamento alla configurabilità di un diritto a un figlio sano o di un diritto a non nascere, nonché le implicazioni etiche sottese alla materia.

Con la sentenza della Corte di Cassazione, sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767[17], i contrastanti orientamenti sono ricondotti a sintesi; in particolare, si affronta e dirime il contrasto emerso nella giurisprudenza su due distinti profili: l'uno relativo all'onere probatorio[18], l'altro, sul quale si tornerà in séguito, relativo alla configurabilità del danno in capo al nato nei casi di c.d. *wrongful life*.

Quanto all'onere della prova e all'individuazione del soggetto su

---

vita del genitore, inteso come peggioramento delle condizioni di vita rispetto a quelle altrimenti prevedibili.

[16] Il tema della responsabilità sanitaria per nascita indesiderata presenta profonde implicazioni etiche e bioetiche. La questione si interseca con il dibattito sui limiti dell'autodeterminazione, la dignità della persona, il rispetto per la vita, la solidarietà sociale e il rischio di derive eugenetiche. In tema, A. Diurni, *La nascita indesiderata*, in *Trattato breve dei Nuovi Danni*, a cura di Cendon, Padova, 2011, 261 ss.; A. D'Angelo, *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Milano, 1999; F. Patti, *Danno da nascita e danno da morte, due sentenze a confronto*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 764 ss.; G. Giaimo, *Le correzioni genetiche alla linea germinale umana. Questioni aperte e prospettive di disciplina*, in *Dir. fam. pers.*, 2024, 1207 ss.

[17] Corte di Cassazione, sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 152 con nota di M. Gorgoni, *Una sobria decisione di «sistema» sul danno da nascita indesiderata*. In tema, P. Frati, E. Turillazzi, M. Gulino, R. La Russa, M. Di Sanzo e V. Fineschi, *Colpa medica, la Cassazione a sezioni unite fa il punto sul diritto del neonato malformato al risarcimento del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 633 ss.

[18] Secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità in materia, incombe sulla parte attrice l'onere di allegare e dimostrare, con riferimento alla situazione concreta, la sussistenza delle condizioni che avrebbero legittimato l'interruzione della gravidanza, ovvero che la conoscenza, da parte della gestante, dell'esistenza di rilevanti anomalie o malformazioni del feto avrebbe determinato l'insorgenza di uno stato

cui esso grava, secondo la Suprema Corte, ai fini del riconoscimento

patologico tale da porre in pericolo la sua salute fisica o psichica. Così Corte di Cassazione, 6 luglio 2020, n. 13881, in *Giust. civ. Mass.*, 2020, nella quale si distingue il diritto al risarcimento del danno quale conseguenza della perdita della possibilità per la madre di optare per l'aborto terapeutico in presenza di malformazioni fetali – qualora, ad esempio, la gestante non sia stata informata dell'esistenza di tali anomalie – dal distinto "danno da nascita indesiderata". La rilevanza di tale distinzione risiede nel fatto che essa consente di tenere adeguatamente conto della sofferenza connessa alla lesione del diritto di autodeterminazione, ossia della possibilità di scegliere consapevolmente se proseguire la gravidanza, accettando la nascita di un bambino affetto da menomazioni, oppure interromperla, a prescindere dalle ulteriori vicende successive alla nascita. Quanto alla valutazione del danno da nascita indesiderata, la Cassazione afferma che, qualora – a causa dell'omesso rilievo da parte del sanitario di malformazioni congenite del feto – la gestante perda la possibilità di interrompere la gravidanza, grava sulla parte attrice l'onere di allegare e dimostrare, con riguardo alla propria concreta situazione, la sussistenza delle condizioni legittimanti l'interruzione della gravidanza ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. b), della l. n.194/1978. In particolare, deve essere provato che la conoscenza dell'esistenza di rilevanti anomalie o malformazioni del feto avrebbe determinato l'insorgenza di uno stato patologico tale da porre in pericolo la salute fisica o psichica della donna. In termini, Corte di Cassazione, 10 luglio 2018, n. 19151, in *Guida dir.*, 2018, 98 ss.; Corte di Cassazione, sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Giur. cost.*, 2016, 1568, nella quale si ribadisce che costituisce onere per la madre di provare che, ricorrendone le condizioni di legge, avrebbe esercitato la facoltà d'interrompere la gravidanza, se fosse stata tempestivamente informata dell'anomalia fetale; l'onere può essere assolto con presunzioni, *ex* art. 2729 c.c., mentre grava sul medico l'onere di fornire la prova contraria; Corte di Cassazione, 30 maggio 2014, n. 12264, in *Danno e resp.*, 2014, 1143, con nota di C. Treccani, *Omessa diagnosi di malformazioni fetali e ripartizione degli oneri probatori*; in *Riv. it. di medicina legale*, 2014, 1345, con nota di A. Garibotti, *Dal paternalismo medico al paternalismo giudiziale*; Corte di Cassazione, 10 dicembre 2013, n. 27528, in *Giur. it.*, 2014, 1585, con nota di L. Coppo, *La prova del nesso nei giudizi di responsabilità prenatale*; Corte di Cassazione, 22 marzo 2013, n. 7269, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 1082, con nota di R. Pucella, *Legittimazione all'interruzione di gravidanza, nascita "indesiderata" e prova del danno*; in *Fam. dir.*, 2013, 1095, con nota di C. Amato, *Omessa diagnosi prenatale: regime dell'onere probatorio e rilevanza dell'obbligo informativo*; Corte di Cassazione, 4 gennaio 2010, n. 13, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1027, con nota di M. Fortino, *La prevedibile resurrezione del danno esistenziale*; Corte di Cassazione, 14 luglio 2006, n. 16123, in *Resp. civ. prev.*, 2007, con nota di M. Gorgoni, *Responsabilità per omessa informazione delle malformazioni fetali*; in *Giur. it.*, 2007, 1921, con nota di V. Lubelli, *Brevi note sul diritto di non nascere*; Corte di Cassazione, 24 marzo 1999, n. 2793, in *Danno e resp.*, 1999, 766 ss., con nota di M. Gorgoni, *Interruzione volontaria della gravidanza tra omessa informazione e pericolo per la salute (psichica) della partoriente*. Diversamente, la giurisprudenza maggioritaria ha ribadito, specie nell'ipotesi di cui all'art. 6 della legge, che grava sulla donna l'onere di provare che, se tempestivamente informata, avrebbe «effettivamente»

della responsabilità del medico per errata o omessa diagnosi e

esercitato il diritto all'interruzione volontaria di gravidanza, così Corte di Cassazione, 1 dicembre 1998, n. 12195, in *Giur. it.*, 1999, 238 la quale ha osservato preliminarmente che, mentre nell'ipotesi disciplinata dall'art. 4, l. n. 194/1978 il concetto di salute della gestante è inteso in senso ampio, come benessere psichico, senza necessità di specifici accertamenti *ex ante*, l'art. 6 fa invece riferimento a un concetto di salute più ristretto, inteso come assenza di malattia. L'interruzione della gravidanza è, pertanto, consentita solo in presenza di un processo patologico della gestante, fisico o psichico, che la prosecuzione della gravidanza o la nascita renderebbe gravemente pericoloso per la sua salute. Di conseguenza, l'azione risarcitoria per danno da nascita indesiderata è esperibile esclusivamente ove risultino provati tutti i presupposti di legge, e in particolare: la sussistenza di rilevanti anomalie fetali, il pericolo per la salute della donna, l'omissione dell'informazione dovuta e l'impossibilità di esercitare la scelta abortiva per colpa del sanitario. La responsabilità non può, dunque, ritenersi sussistente in *re ipsa*, essendo, invece, necessario dimostrare l'esistenza di un danno effettivo e concreto, causalmente riconducibile alla condotta omissiva del sanitario. Secondo l'orientamento giurisprudenziale più risalente, invece, poteva ritenersi conforme a regolarità causale che la gestante, se adeguatamente informata della presenza di gravi malformazioni del feto, avrebbe interrotto la gravidanza; in tale ottica, si, ravvisava, pertanto, una violazione del diritto all'informazione sulla salute del nascituro anche in assenza della prova della volontà di interrompere la gravidanza, ritenendo «ragionevole» presumere tale volontà della gestante in presenza di gravi anomalie fetali. Così, Tribunale di Bergamo, 2 novembre 1995, in *Danno e Resp.*, 1996, 249 nella quale si afferma l'irrilevanza dell'accertamento *ex post* della sussistenza del grave pericolo per la salute psico-fisica della gestante, poiché il danno si verifica già nel momento in cui la donna non viene posta nelle condizioni di esercitare consapevolmente un diritto. La violazione dell'obbligo informativo impedisce di effettuare ulteriori accertamenti e di valutare responsabilmente la scelta abortiva. In questo senso, Corte di Cassazione, 28 febbraio 2017, n. 5004, in *Guida dir.*, 2017, 104, in cui si afferma che la violazione del diritto al consenso informato può essere apprezzata sotto il profilo del risarcimento per equivalente non soltanto nei casi in cui sia provato che, se adeguatamente informata, la madre avrebbe scelto di interrompere la gravidanza, ma anche quando tale prova manchi. In questa seconda ipotesi, infatti, la lesione risarcibile deriva dal fatto che la madre è stata privata della possibilità di prepararsi consapevolmente ad accogliere un figlio affetto da problemi di salute. Ciò in quanto la violazione del diritto al consenso informato in capo alla donna in gravidanza non incide esclusivamente sull'autodeterminazione in ordine alle scelte abortive, ma può produrre ulteriori conseguenze giuridicamente rilevanti. La madre, se correttamente informata, avrebbe potuto ugualmente decidere di non interrompere la gravidanza, ma avrebbe avuto la possibilità di prepararsi, sia sotto il profilo psicologico sia materiale, alla nascita di un bambino affetto da problemi di salute. Nello stesso senso, nella giurisprudenza di merito, Tribunale di Benevento, 5 febbraio 2021, n. 243, in *Osservatorio Danno alla persona*, che, nel caso di mancata o non corretta visualizzazione, in sede di esame ecografico, delle anomalie del nascituro affetto da malformazioni, pur in

mancata informazione idonea a incidere causalmente sul diritto all'autodeterminazione della donna, è necessario che quest'ultima fornisca la prova di un fatto complesso. In particolare, devono essere dimostrati: la sussistenza di una rilevante anomalia del nascituro; il grave pericolo per la salute psicofisica della donna; la mancata scelta abortiva quale conseguenza dell'omessa informazione da parte del sanitario. Con riferimento a tale ultimo requisito, la Suprema Corte osserva che la prova verte su un «fatto psichico», ossia su uno stato psicologico, un'intenzione o un atteggiamento volitivo, non suscettibile di rappresentazione immediata e diretta. Ne consegue che l'esistenza di tale fatto può essere accertata solo per via induttiva, attraverso un ragionamento presuntivo. In tale prospettiva, le Sezioni Unite precisano che se, da un lato, la madre non è esonerata in alcun modo dall'onere di provare l'esistenza di una malattia grave, fisica o psichica, idonea a giustificare il ricorso all'interruzione della gravidanza – prova che può essere fornita, ai sensi dell'art. 2729 c.c., anche mediante l'inferenza del fatto ignoto da fatti noti, sulla base di correlazioni statisticamente ricorrenti e di circostanze contingenti del caso concreto – dall'altro lato sul professionista sanitario grava l'onere della prova contraria, ossia di dimostrare che la donna non si sarebbe comunque determinata all'interruzione della gravidanza. Infine, l'accertamento dell'effettivo evento di danno conseguente al mancato esercizio del diritto di scelta, quale effetto della negligenza del medico curante, deve essere oggetto di specifica prova, essendo necessario dimostrare che la situazione di grave pericolo per la salute fisica o psichica si sia concretamente tradotta in un danno effettivo, suscettibile di verifica anche mediante consulenza tecnica d'ufficio[19].

---

assenza della prova circa l'eventuale volontà abortiva della madre, accoglie la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale proposta dai genitori. Tale risarcimento è riconosciuto in ragione della lesione del diritto all'autodeterminazione, concretizzatasi nella sofferenza derivante dall'aver appreso soltanto al momento della nascita della grave patologia di cui il figlio era affetto.

[19] Il danno non può ritenersi in *re ipsa*, ma deve essere allegato e provato dalla parte che chiede il risarcimento. In particolare, la Corte di Cassazione, sez. un., 11 novembre 2008, n. 26973 (in *Riv. it. di diritto del lavoro*, 2009, 510, con nota di R. Del Punta, *Il nuovo regime del danno non patrimoniale: indicazioni di sistema e riflessi lavoristici*), ha chiarito che, nell'àmbito del danno non patrimoniale, non è risarcibile il mero danno-evento, poiché l'oggetto del risarcimento è costituito esclusivamente dal danno-conseguenza, che deve essere provato secondo i criteri di cui all'art. 1223 c.c. In termini, nella giurisprudenza di legittimità più recente, Corte di Cassazione, 23 marzo 2021, n. 8163, in *Guida dir.*,

### 2.1. *Segue. Il danno ai congiunti*

Costituisce un dato acquisito che la legittimazione attiva all'azione risarcitoria spetti sia alla madre che al padre[20], e, in alcuni casi, anche ad altri membri del nucleo familiare[21].

La giurisprudenza di legittimità riconduce il pregiudizio subìto dai congiunti del macro-leso nell'alveo del danno da lesione del rapporto parentale (tutelato dagli artt. 2, 29 e 30 Cost.), precisando che tale fattispecie ricorre ogniqualvolta la vittima abbia riportato lesioni gravemente invalidanti e si sia determinato uno sconvolgimento delle ordinarie abitudini di vita dei familiari, tale da imporre scelte di vita totalmente diverse[22].

---

2021, 14; Corte di Cassazione 11, novembre 2019, n. 28985, ivi, 2019, 49 ss.; Corte di Cassazione, 21 giugno 2018, n. 16336, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 1872; Corte di Cassazione, sez. III, 31 gennaio 2018, n. 2369, in *Mass. Giust. civ.*, 2018; Corte di Cassazione, 22 agosto 2018, n. 20885, ivi.

[20] La giurisprudenza riconosce il diritto al risarcimento del danno anche al padre: così Corte di Cassazione, 10 maggio 2002, n. 6735, in *Foro it.*, 2002, 3115; Corte di Cassazione, 29 luglio 2004, n. 14488, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 1348, con nota di M. Gorgoni, *La nascita va accettata senza «beneficio di inventario»*, in *Giust. civ.*, 2005, 121, con nota di E. Giacobbe, Wrongful life *e problematiche connesse.*

[21] L'orientamento precedente della giurisprudenza di legittimità non riconosceva il danno non patrimoniale ai familiari del soggetto macro leso, ritenendo che la macrolesione determinasse la sofferenza immediata e diretta della sola vittima primaria, mentre i suoi congiunti avrebbero sofferto solo in via «mediata ed indiretta» (così Corte di Cassazione, 11 febbraio 1998, n. 1421 in *Resp. civ. prev.*, 1988, 1008 con nota di P. Ziviz, *I congiunti come "vittime secondarie" dell'illecito.* In senso conforme, anche Corte di Cassazione, 17 novembre 1997, n. 11396 in *Mass. Ced.* e Corte di Cassazione, 17 ottobre 1992, n. 11414, ivi. Il *revirement* rispetto al precedente orientamento consolidato della Suprema Corte si è registrato con la Corte di Cassazione, 23 aprile 1998, n. 4168 (in *Danno e resp.*, 1998, 686, con nota di G. De Marzo), con la quale la Suprema Corte ha per la prima volta riconosciuto ai prossimi congiunti il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale. In tale pronuncia si è affermato che, ai fini del sorgere dell'obbligazione risarcitoria, il nesso di causalità tra fatto illecito ed evento può essere anche indiretto e mediato, purché il danno si configuri come effetto normale dell'illecito, secondo il principio della regolarità causale. Sul tema, L. Cannata, E. Serani, *Responsabilità sanitaria nell'ambito materno infantile: quali danni non patrimoniali?*, in *Riv. it. di medicina legale*, 2022, 121 ss.

[22] Corte di Cassazione, 31 maggio 2003, n. 8827, in *Foro it.* 2003, 2272, con nota di E. Navarretta, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente.* Il danno consiste nei disagi psicologici derivanti dalle difficoltà di superare problemi derivanti dalla nascita indesiderata e nella sofferenza che si rinnova ogni giorno; in tal senso,

La grave lesione a carico di un congiunto incide, infatti, profondamente sull'equilibrio di vita dell'intero nucleo familiare. Quello subìto dai congiunti è un danno di natura non patrimoniale, il cui risarcimento è volto a reintegrare la sofferenza e l'angoscia dei genitori, che si concretizzano, ad esempio, nella frustrazione per l'impossibilità di guarigione del figlio e nell'incertezza sul suo futuro. I soggetti legittimati a chiedere il risarcimento sono, dunque, primariamente i componenti del nucleo familiare del macro-leso, in particolare genitori e fratelli. Si ritiene, inoltre, che il danno subìto dai genitori sia maggiore rispetto a quello dei fratelli, in ragione

---

Corte di Cassazione, 4 gennaio 2010, n. 13, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 19, con la quale si riconosce la risarcibilità del pregiudizio da «rovesciamento forzato d'agenda» della vita del genitore e che consiste nel vivere una vita diversa e peggiore di quella che avrebbe altrimenti condotto. In dottrina, A. Ferrero, *Nascita sana ma non voluta: i danni risarcibili in caso di omesso intervento di sterilizzazione*, in *Giur. it.*, 2016, 1601. Il danno da perdita della possibilità di interrompere la gravidanza legalmente è, negli arresti più recenti, qualificato in termini di perdita di *chance*, ossia «perdita della possibilità di scegliere con consapevolezza»; tale voce è risarcibile anche qualora sia stato negato ai genitori il tempo di accettare, elaborare o prepararsi ad una nascita difficile. Così, Corte di Cassazione, 31 gennaio 2023, n. 2798, in *Giust. civ. Mass.*, 2023, secondo la quale, in tema di responsabilità del medico per omessa diagnosi di malformazioni fetali, i danni risarcibili derivanti dalla lesione del diritto all'autodeterminazione della gestante non si esauriscono nel danno da nascita indesiderata, ma comprendono anche il pregiudizio connesso alla perdita della possibilità di prepararsi consapevolmente alla nascita, sotto il profilo psicologico e organizzativo, in funzione delle future esigenze di cura del figlio; Corte di Cassazione, ord. 22 novembre 2024, n. 30218, ivi, 2024, che, in caso di responsabilità del medico per l'omessa diagnosi di una malformazione del feto che ne abbia determinato la morte, afferma la risarcibilità del danno da lesione del diritto all'autodeterminazione costituito dalla perdita della possibilità di accettare l'evento con minore intensità emotiva e psicologica. Resta escluso, invece, il danno *in re ipsa*, ovvero la possibilità di considerare automaticamente risarcibile ogni nascita indesiderata senza una rigorosa dimostrazione di conseguenze dannose concrete. Dibattuto in dottrina, il tema è affrontato da S. Cherti, *Responsabilità contrattuale del sanitario e danno da perdita di "*chance*"*, in *Giur. it.*, 2014, 1574 ss.; R. Pardolesi, *Perdita di "*chance*": quando il dottore gioca con la vita del paziente*, in *Foro it.*, 2014, 2152 ss.; M. Bona, *Causalità da perdita di "*chance*" e "*lostyears*": nessuna soglia minima per la tutela risarcitoria delle possibilità di sopravvivenza*, nota a Cass., 27 marzo 2014, n.7195, in *Corr. giur.*, 2014, 1080 ss.; A. Palmieri, *Perdita di "*chance*": una "*chance*" perduta?*, in *Foro it.*, 2014, 2149 ss.; G. Cricenti, *La perdita di* chance *come diminutivo astratto. Il caso della responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 2073; S. Landini, *Responsabilità del medico per perdita di* chances *di sopravvivenza*, nota a Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 461.

del più gravoso impegno cui sono chiamati, sia in termini emotivi che di accudimento[23].

Quanto alla prova, la giurisprudenza di merito ammette l'ampio ricorso alle presunzioni: il pregiudizio – desumibile dalla gravità e dall'irreversibilità delle lesioni riportate dal figlio – può essere presunto in ragione dell'intensità del rapporto genitore-figlio e delle verosimili ripercussioni sulla vita quotidiana dei genitori e degli altri membri del nucleo familiare, costretti a convivere con la drammatica condizione di invalidità del bambino[24].

### 2.2. *Segue. La mancata o erronea diagnosi preimpianto nella PMA*

Nel caso di coppie portatrici di patologie genetiche trasmissibili, ammesse alle tecniche di procreazione medicalmente assistita[25], la questione assume profili peculiari. In tali ipotesi, infatti, la diagnosi genetica preimpianto costituisce il presupposto stesso dell'avvio della procedura di PMA. La diagnosi genetica preimpianto consiste in un'analisi genetica finalizzata a individuare embrioni affetti da anomalie genetiche, consentendo il trasferimento nell'utero materno esclusivamente di embrioni geneticamente sani[26]. La procedura prevede necessariamente la creazione di embrioni nell'àmbito di un ciclo di procreazione medicalmente

[23] Tale differenza si riflette anche sull'entità del risarcimento. Su questo aspetto, L. Cannata, E. Serani, *Responsabilità sanitaria nell'ambito materno infantile*, cit., 132 ss. e ivi ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

[24] L. Cannata, E. Serani, *Responsabilità sanitaria nell'ambito materno infantile*, cit., 133.

[25] Corte costituzionale, 5 giugno 2015, n. 96, in *Foro it.*, 2015, 2250, e in *Fam. dir.*, 2017, 535 con nota di A. Carrato *Diagnosi preimpianto: l'applicazione giurisprudenziale della sentenza n. 96/2015 della Consulta*.

[26] In base al tipo di anomalia da individuare, si distinguono diversi test: PGT-M (*Preimplantation Genetic Testing for Monogenic diseases*): indicata quando nella coppia esiste un rischio aumentato di trasmissione di una specifica malattia genetica monogenica (ad esempio fibrosi cistica, beta-talassemia). In questo caso, la diagnosi è mirata a identificare embrioni affetti da una patologia che altera la funzione di geni specifici; PGT-A (*Preimplantation Genetic Testing for Aneuploidies*): utilizzata per identificare le aneuploidie, ovvero anomalie numeriche dei cromosomi; PGT-SR (*Preimplantation Genetic Testing for Structural Rearrangements*): indicata per pazienti portatori di anomalie cromosomiche strutturali nel cariotipo materno o paterno, come inversioni o traslocazioni. (M. Antinori, *La Diagnosi Preimpianto USI*, in *Il Caduceo. Rivista periodica di aggiornamento scientifico e cultura medica*, 2020).

assistita, seguita da una biopsia embrionale e dal successivo test genetico sul materiale prelevato. Il fine della diagnosi genetica preimpianto è quello di ottenere una gravidanza con un feto non affetto dalla patologia in esame e, di conseguenza, ridurre il rischio di mancato impianto, aborto spontaneo o, in ultima analisi, di ricorso all'aborto terapeutico.

Nonostante l'impiego di strumentazione altamente sofisticata, le tecniche di diagnosi genetica preimpianto sono efficaci in circa il 95% delle cellule analizzate; una percentuale di embrioni potrebbe, dunque, restare senza diagnosi conclusiva[27].

Non può ritenersi irrilevante il fatto che, in questo contesto, la sequenza tra la diagnosi e il momento della scelta in ordine alla gravidanza sia invertito: in tali casi l'inizio della gravidanza e, dunque, della vita è subordinato all'esito positivo della diagnosi, ossia all'accertamento che l'embrione sia geneticamente sano. L'ammissione, nel nostro sistema ordinamentale, della diagnosi preimpianto[28] volta ad evitare la

[27] Tra i fattori che possono inficiare o limitare l'efficacia della procedura, rientra il rischio di contaminazione con materiale cellulare esterno, che può determinare il fallimento dell'analisi o un errore diagnostico qualora la contaminazione non sia evidenziata. Un'ulteriore possibile fonte di errore è rappresentata dal fenomeno noto come Allele *Drop-Out* (ADO), ovvero la mancata amplificazione di uno dei due alleli durante l'analisi genetica. In presenza di ADO, una mutazione genetica oggetto di indagine potrebbe non essere rilevata. Di conseguenza, un embrione geneticamente sano potrebbe essere erroneamente diagnosticato come affetto da patologia genetica o da alterazione cromosomica e quindi non utile per il successivo *transfer*, oppure un embrione potrebbe essere erroneamente diagnosticato come sano ed essere trasferito in utero. Un ulteriore fattore che può interferire con l'accuratezza diagnostica è il mosaicismo embrionale, definito come la presenza, all'interno dello stesso embrione, di due o più popolazioni cellulari con differenti assetti cromosomici, euploidi e aneuploidi. A causa di questo fenomeno, il materiale genetico prelevato durante la biopsia embrionale potrebbe non essere rappresentativo del reale assetto cromosomico dell'intero embrione, determinando possibili errori diagnostici, quali falsi negativi o falsi positivi. È inoltre documentato che gli embrioni mosaico possono impiantare e, attraverso un meccanismo di c.d. *self-correction*, dare origine alla nascita di bambini sani, sebbene con percentuali di successo inferiori rispetto agli embrioni euploidi. Sul punto, M. Antinori, *La Diagnosi Preimpianto*, cit.

[28] In proposito, nella giurisprudenza di merito, il Tribunale di Milano, ord. 18 aprile 2017 (in *Foro it.*, 2018, 1779, con nota di G. Casaburi), ha affermato che, in forza della sentenza della Corte costituzionale n. 96 del 2015, le coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lett. b), l. n. 194/1978 e accertate da strutture pubbliche, possono accedere alle tecniche di

trasmissione di patologie genetiche, non può, dunque, non comportare un ripensamento dell'orientamento giurisprudenziale in materia di prova, con un auspicabile alleggerimento in favore della madre, ferma restando la necessità di verificare, nel caso concreto, se l'errore sia effettivamente imputabile alla struttura sanitaria o al medico, nonché la sussistenza del nesso di causalità e degli ulteriori presupposti della responsabilità.

In tali fattispecie, la prova del danno dovrebbe, invero, ritenersi *in re ipsa*, in quanto immediatamente desumibile dalla violazione degli obblighi informativi ovvero dall'inesatto adempimento della prestazione sanitaria; ne consegue una attenuazione dell'onere probatorio in capo al danneggiato, giustificata dalla funzione selettiva e preventiva propria della diagnosi genetica preimpianto. L'orientamento consolidato in tema di prova più sopra esaminato deve essere, pertanto, rimeditato: una riflessione ulteriore si impone, invero, laddove il processo di formazione della vita non avvenga in modo naturale, ma sia il risultato di un intervento umano consapevole e tecnicamente mediato.

Considerata la percentuale di errore diagnostico intrinseca alle procedure, sarà, inoltre, necessario valutare se sia stata fornita alla coppia una corretta e completa informazione circa l'incidenza di tale rischio e se l'errore occorso debba ritenersi ricompreso nel margine di rischio tecnicamente consentito[29].

### 2.3. *Segue. La questione della legittimazione attiva del nato. La c.d. wrongful life*

procreazione medicalmente assistita. Poiché non sono necessari interventi legislativi di attuazione, il giudice può adottare provvedimenti d'urgenza imponendo alla struttura ospedaliera pubblica prescelta di effettuare, nell'àmbito del procedimento di PMA la diagnosi genetica preimpianto sugli embrioni prodotti e di procedere, su richiesta della donna, al trasferimento in utero soltanto degli «embrioni sani o portatori sani delle patologie accertate».

[29] Considerati i limiti intrinseci delle metodiche applicate, la Diagnosi genetica preimpianto non può essere considerata un sostituto dei tradizionali test di diagnosi prenatale, quali villocentesi e amniocentesi. Si sottolinea, inoltre, (M. Antinori, *La Diagnosi Preimpianto*, cit.) che ogni coppia, indipendentemente dal *background* etnico e dalla storia familiare, presenta un rischio di base del 3–5% di anomalie congenite alla nascita per ogni gravidanza. Pertanto, anche in presenza di un percorso di PGT, la prole potrebbe comunque presentare uno o più difetti non rilevabili mediante diagnosi preimpianto, analogamente a quanto avviene nella diagnosi prenatale.

Tema centrale, oggetto di acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale e carico di rilevanti implicazioni etiche, è quello relativo alla possibilità che il nato, affetto da patologia o disabilità a séguito di omessa o errata diagnosi prenatale, possa agire direttamente nei confronti del medico o della struttura sanitaria al fine di ottenere il risarcimento del danno. La questione attiene, in particolare, alla condizione del concepito e alla possibilità di riconoscerlo come soggetto di diritto, (o altrimenti oggetto di tutela da parte dell'ordinamento). Tanto il riconoscimento della responsabilità del sanitario per omessa informazione, quanto l'emersione stessa del concetto di danno da nascita indesiderata sono il risultato di una progressiva elaborazione giurisprudenziale, che ha conosciuto una fase iniziale di radicale negazione della risarcibilità, seguìta da un periodo di ammissione condizionata e restrittiva[30], per giungere

[30] Un orientamento minoritario (Corte di Cassazione, 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Corr. giur.*, 2013, 59, con nota di P.G. Monateri, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*; in *Resp. civ. prev.*, 2013, 335, con nota di P. Frati, M. Gulino, S. Zaami e E. Turillazzi, *Quanta informazione a fine diagnostico prenatale? La Suprema Corte statuisce che sia completa, determinante e funzionale alle richieste ed alle scelte materne*; in *Dir. giust.*, 2012, 845, con nota di E. Buscaglia, *Il minore nato con una malformazione congenita è legittimato ad agire* iure proprio *per il risarcimento del danno*; in *Giust. civ.*, 2013, 711, con nota di R. F. Iannone, *Responsabilità medica per omessa o tardiva diagnosi di malformazioni fetali*.) aveva ammesso il risarcimento il danno da *wrongful life*: la Corte di Cassazione ha affermato, per la prima volta, che, qualora il medico ometta di informare la gestante dell'esistenza di test diagnostici prenatali più efficaci rispetto a quello concretamente prescelto, impedendole in tal modo di accertare l'eventuale presenza di una malformazione congenita del concepito, quest'ultimo, pur privo di soggettività giuridica fino al momento della nascita, una volta venuto ad esistenza, ha diritto al risarcimento del danno da parte del sanitario. Il pregiudizio risarcibile è individuato non già nella lesione di un diritto a nascere sano, bensì nel danno consistente nell'essere nato non sano, inteso quale interesse ad alleviare una condizione di vita idonea a impedire la libera estrinsecazione della personalità. A tal fine, la Corte ha ritenuto irrilevante sia la natura congenita della patologia, sia la circostanza che la madre, ove correttamente informata, avrebbe verosimilmente scelto di interrompere la gravidanza. Nella giurisprudenza precedente il danno da c.d. *wrongful life* è, invece, costantemente negato: Corte di Cassazione, 11 maggio 2009, n. 10741 (in *Resp. civ. prev.*, 2009, 2063, con nota di M. Gorgoni, *Nascituro e responsabilità sanitaria*; in *Danno resp.*, 2009, 1167, con nota di S. Cacace, *Figli indesiderati nascono. Il medico in tribunale*; ivi, 2010, 65, con nota di F. Di Ciommo, *Giurisprudenza normativa e "diritto a non nascere se non sano". La Corte di Cassazione in vena di* revirement*?*; in *Resp. civ.*, 2009, 714, con nota di L. Viola, *Il nascituro ha il diritto di nascere sano, ma non quello di non nascere*; ivi, 2009, 814, con nota di C. Siano, Medical malpractice *e tutela del nascituro*; in *Corr. giur.*, 2010, 365, con nota

infine al riconoscimento del danno in capo ai genitori, pur escludendo in modo costante[31] la configurabilità di un diritto del nato malformato a non nascere se non sano.

La questione se sussista o meno il diritto del nascituro a non nascere se

di A. Liserre, *In tema di responsabilità del medico per il danno al nascituro*; in *Contr. impr.*, 2009, 537, con nota di F. Galgano, *Danno da procreazione e danno al feto, ovvero quando la montagna partorisce un topolino*). Da un lato, la pronuncia escludeva espressamente – seppur in forma di mero *obiter dictum* – la configurabilità del danno da *wrongful life*; dall'altro, riconosceva al nascituro una forma di soggettività giuridica qualificata, definita come «specifica, speciale, attenuata, provvisoria o parziale», funzionale alla tutela del pregiudizio arrecato al feto in conseguenza della colposa prescrizione di un farmaco teratogeno nel corso della gravidanza. Tale forma di soggettività non si traduceva nel riconoscimento di una piena titolarità di diritti soggettivi in capo al concepito, ma si sostanziava nella titolarità di interessi giuridicamente protetti – tra i quali, nel caso di specie, rientra certamente il diritto alla salute – mentre il diritto patrimoniale al risarcimento del danno restava, ancora una volta, subordinato all'evento della nascita, quale condizione necessaria tanto per la sua attribuzione quanto per la concreta azionabilità in giudizio.

[31] La Corte di Cassazione, sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, (in *Resp. civ. prev.*, 2016, 152, con nota di M. Gorgoni, *Una sobria decisione di «sistema» sul danno da nascita indesiderata*; ivi, 366, con nota P. Frati, E. Turillazzi, M. Gulino, R. La Russa, M. Di Sanzo e V. Fineschi, *Colpa medica, la Cassazione a Sezioni Unite fa il punto di diritto del neonato malformato al risarcimento del danno*) ha affermato che, con riferimento ai soggetti legittimati, pur sussistendo in astratto la titolarità attiva in capo all'individuo anche quando l'illecito sia stato commesso prima della sua nascita, non è configurabile, nel nostro ordinamento, il diritto del nato a chiedere al sanitario il risarcimento del danno da vita "ingiusta". L'ordinamento giuridico italiano, infatti, non conosce un diritto a non nascere se non sano; inoltre, non è ravvisabile un nesso eziologico tra la condotta omissiva del sanitario e le sofferenze psicofisiche cui il figlio sarà esposto nel corso della propria vita. Ciò anche in considerazione del fatto che la "non vita" non costituisce un bene giuridico tutelabile. Neppure nel caso del bambino nato affetto da una grave patologia può sostenersi la tesi di un diritto a non nascere, inteso come diritto a rifiutare una vita segnata da malformazioni o malattie e, per questo solo motivo, ritenuta indegna di essere vissuta. Le Sezioni Unite affrontano, quindi, il delicato tema del danno-conseguenza, inteso come perdita o diminuzione di un bene giuridico in conseguenza dell'illecito. È proprio su questo versante che viene esclusa l'ammissibilità della ricostruzione del danno da nascita indesiderata in capo al nascituro quale oggetto di tutela risarcitoria. Come osserva la Corte, infatti, nel raffronto tra la situazione antecedente e quella successiva all'illecito, il secondo termine di paragone sarebbe la "non vita", quale esito dell'interruzione della gravidanza: un parametro che non può essere assunto come bene giuridico. Secondo il giudicante, la non vita non può costituire un bene della vita e, tanto meno, può esserlo retrospettivamente per il nato, poiché ciò equivarrebbe a considerare l'omessa soppressione della propria esistenza – bene per eccellenza e posto al vertice

non sano è stata affrontata, da ultimo, dalla Suprema Corte con l'ordinanza del 12 febbraio 2025, n. 3502[32].

della scala assiologica dell'ordinamento – come fonte di danno. Il preteso interesse a non nascere finirebbe, così, per minare alla radice il concetto stesso di danno risarcibile. In tale prospettiva, sarebbero i genitori a farsi interpreti unilaterali di una supposta volontà del nascituro, attribuendogli il rifiuto di una vita segnata dalla malattia e giudicata, per ciò solo, indegna di essere vissuta.

[32] Corte di Cassazione, ord. 12 febbraio 2025, n. 3502, in *www.biodiritto.org*. In primo grado, i genitori del minore, in qualità di esercenti la responsabilità genitoriale, agivano in giudizio nei confronti dell'azienda sanitaria locale e degli eredi del medico curante, chiedendo il risarcimento dei danni asseritamente subìti dal nascituro in conseguenza di una negligente prestazione professionale resa dal sanitario nel corso della gravidanza. Gli attori deducevano che il medico, non avvedendosi delle gravi malformazioni congenite da cui il feto era affetto, aveva omesso di informare adeguatamente la gestante, impedendole, così, di esercitare in modo consapevole la scelta se procedere o meno con l'interruzione volontaria della gravidanza. Tale omissione avrebbe, secondo la prospettazione attorea, cagionato al nascituro un danno da nascita indesiderata, configurabile quale lesione del preteso diritto a non nascere se non sano. Il Tribunale, pur riconoscendo la censurabilità della condotta del sanitario e la sua responsabilità nei confronti dei genitori del nato – già accertata con separata pronuncia resa in un precedente giudizio – rigettava le domande risarcitorie proposte in nome e per conto del figlio minore, ritenendo insussistente, in capo a quest'ultimo, un danno giuridicamente risarcibile derivante dalla nascita. Avverso tale decisione veniva proposto appello, che veniva tuttavia rigettato, con integrale conferma della sentenza di primo grado. La controversia giungeva quindi all'esame della Corte di Cassazione, dinanzi alla quale il ricorrente sosteneva che il nato non potesse ritenersi estraneo al contatto sociale qualificato intercorrente tra la gestante e la struttura sanitaria e che la violazione del consenso informato, derivante dall'omessa comunicazione delle condizioni patologiche del feto, si fosse riverberata anche sullo stesso nascituro. Da ciò, secondo il ricorrente, sarebbe derivata la violazione della l. n. 194/1978, nonché degli artt. 2043 e 1223 c.c., con conseguente diritto del nato al risarcimento dei danni subìti in ragione delle proprie condizioni di vita. Veniva, inoltre, invocata la tutela costituzionale di cui agli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 cost., ritenendo che da tali disposizioni potesse desumersi, in capo al nascituro, sia un diritto a non nascere se non sano, sia il diritto a godere della propria vita senza pregiudizievoli limitazioni. La Suprema Corte ha dichiarato i motivi di ricorso infondati e inammissibili, escludendo la sussistenza delle denunciate violazioni di norme costituzionali e sostanziali. Quanto alla questione generale, la Corte ha ribadito che la nascita di un bambino non desiderato può, in astratto, integrare un danno risarcibile, ma esclusivamente qualora venga in rilievo la lesione di una situazione giuridica soggettiva attiva giuridicamente riconosciuta e tutelata dall'ordinamento. In tale prospettiva, è risarcibile il danno che si concreti nella lesione di un diritto soggettivo, di un interesse legittimo o di altra posizione giuridica protetta, purché dalla violazione derivi, per consequenzialità diretta, un pregiudizio all'interesse al bene della vita cui la situazione

Nel caso in esame, la Suprema Corte, in linea di continuità con il proprio orientamento ormai consolidato[33], ha ribadito che deve ritenersi «esclusa in via generale la possibilità di riconoscere un pregiudizio biologico e relazionale in capo al figlio, essendo per lui l'alternativa quella di non nascere», inconfigurabile quale diritto tutelabile dall'ordinamento[34], neppure sotto il profilo dell'interesse ad essere accolto in un ambiente familiare adeguatamente preparato.

A séguito di tale pronuncia, l'espressione "danno da nascita indesiderata" deve intendersi riferita esclusivamente al pregiudizio patito dai genitori, in conseguenza della lesione del loro diritto all'autodeterminazione procreativa, ossia del diritto di scegliere se e quando avere figli, nonché, in via mediata, al danno riflesso eventualmente subìto dai fratelli del nato affetto da malformazioni. Sul piano della condotta illecita, il danno da nascita indesiderata si correla all'operato del medico che, sia mediante una condotta tecnicamente imperita, sia attraverso l'omessa o inadeguata informazione della gestante circa le condizioni del feto, vìola il diritto di

giuridica si correla e che risulti meritevole di tutela secondo l'ordinamento. Tuttavia, tale schema non può essere esteso sino a ricomprendere un preteso diritto del nato a non venire al mondo se non sano, trattandosi di una posizione giuridica non riconosciuta né configurabile nel sistema normativo vigente.

[33] Come chiarito dalla richiamata pronuncia delle Sezioni Unite del 2015, muovendo dal concetto di danno-conseguenza di cui all'art. 1223 c.c., il pregiudizio lamentato dal nascituro, in fattispecie quali quella in esame, verrebbe a coincidere con il fatto stesso della nascita; specularmente, l'assenza di danno sarebbe rappresentata dalla "non vita". Tale impostazione conduce, tuttavia, a una contraddizione giuridicamente insuperabile, in quanto la non vita non può essere qualificata come un bene della vita suscettibile di tutela risarcitoria, essendo la vita il bene supremo protetto dall'ordinamento, e non già la sua negazione. Sulla base di tali premesse, la Corte conclude che «il nato disabile non può agire per il risarcimento del danno consistente nella sua stessa condizione, giacché l'ordinamento non conosce il diritto a non nascere se non sano, né la vita del nato può integrare un danno-conseguenza dell'illecito del medico». In termini, Corte di Cassazione, 29 luglio 2004, n.1448, cit., Corte di Cassazione, Sez. Un., 22 dicembre 2015, n. 25767.

[34] In dottrina, G. Oppo, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 507, afferma che «nell'alternativa tra il non nascere e il nascere malato, la seconda eventualità non può essere considerata dall'ordinamento come fatto lesivo». Discorre di «maledizione di vivere» M. Gorgoni, *La responsabilità sanitaria per nascita indesiderata*, cit., 710, osservando come, nel dibattito etico e giuridico, si faccia strada «il convincimento che la condanna ad una vita malata costituisca un danno che una scelta procreativa diversa, cioè responsabile, avrebbe evitato».

uno o di entrambi i genitori a non procreare ovvero a non portare a termine la gravidanza.

La giurisprudenza di legittimità, con orientamento ormai consolidato, esclude, dunque, la configurabilità di un diritto a non nascere se non sano negando, conseguentemente, la legittimazione attiva del nato malformato ad agire per il risarcimento del danno derivante dalla propria nascita.

Nelle ipotesi oggetto di esame, tuttavia, l'argomentazione tradizionalmente fondata sull'alternativa vita-non vita, sulla quale si innesta l'esclusione della tutela risarcitoria in capo al nato, appare suscettibile di nuova e più attenta considerazione. In tali casi, infatti, l'alternativa tra la vita e la sua negazione si presenta in termini differenti e, per certi versi, drammaticamente più netti: la vita stessa risulta originariamente condizionata all'assenza di patologie. Nel peculiare contesto della diagnosi genetica preimpianto, il principio della vita non si pone come dato naturale e incondizionato, ma costituisce l'esito di un processo selettivo medicalmente assistito, strutturalmente subordinato al risultato della diagnosi. Riprendendo le considerazioni svolte in precedenza, può osservarsi come, laddove il processo dal quale la vita origina sia direttamente determinato dall'intervento medico e l'evento che si intende evitare sia proprio la nascita di un'esistenza segnata dalla sofferenza, i termini della questione risultino inevitabilmente ribaltati.

In tali fattispecie, infatti, l'assenza di patologie non costituisce un elemento meramente eventuale o successivo, ma il presupposto stesso per dare inizio alla vita. Ne deriva che la categoria concettuale elaborata dalla giurisprudenza con riferimento a patologie diagnosticate nel corso della gravidanza non appare pienamente sovrapponibile ai casi in cui le malformazioni o le malattie – tali da risultare incompatibili con una vita dignitosa – siano conosciute o conoscibili in un momento antecedente all'instaurarsi della gravidanza[35]. L'accesso all'esistenza è, sin dall'origine,

[35] Resta, tuttavia, il nodo centrale della questione, costituito dalla configurabilità della soggettività giuridica del concepito, sul quale il dibattito dottrinale e giurisprudenziale non pare approdare ad una conclusione. Sul tema, E. Moscati, *La tutela dell'embrione*, in G. Dalla Torre e C. Mirabelli (a cura di), *Le sfide del diritto*, Soveria Mannelli, 2009, 89 ss.; G. Oppo, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 499; F.D. Busnelli, *La tutela giuridica dell'inizio della vita umana*, in *La tutela giuridica della vita prenatale*, R. Rossano e S. Sibilla (a cura di), Torino 2005, 64 ss. Individua in capo al concepito una forma di soggettività e, dunque, una parziale o anticipata capacità giuridica, i cui effetti sono sospensivamente condizionati all'evento della nascita, ma il cui riconoscimento consente

condizionato all'assenza di determinate patologie o anomalie genetiche, sicché, in difetto della verifica diagnostica – ovvero in presenza di un esito che evidenzi un'anomalia – quella vita non sarebbe mai venuta ad esistenza. Ne consegue che l'alternativa non può essere articolata nei termini assoluti di vita – non vita, bensì nella diversa prospettiva tra una vita alla quale si dà intenzionalmente inizio in quanto priva di patologie e una vita che, proprio in ragione della rilevazione di una condizione patologica, non sarebbe esistita. Il profondo mutamento del quadro concettuale di riferimento impone, dunque, una verifica critica della trasposizione dei princìpi elaborati dalla giurisprudenza in materia di diagnosi prenatale e di *wrongful life*, i quali presuppongono una gravidanza già in atto e una vita ormai avviata indipendentemente dall'intervento medico.

Alla luce di tale peculiarità, sembra dunque meritevole di attenta riflessione l'opportunità di un ripensamento dell'orientamento giurisprudenziale corrente, il quale, se adeguato alle ipotesi di diagnosi prenatale tardiva, potrebbe non risultare altrettanto coerente quando applicato a fattispecie in cui la scelta di dare origine alla vita è, sin dall'inizio, subordinata alla verifica dell'assenza di patologie gravi. Ne consegue che il paradigma tradizionale, fondato sull'indisponibilità della vita in quanto tale, risulta inadeguato a rappresentare situazioni in cui l'esistenza è il prodotto di una scelta selettiva effettuata *ex ante*[36]. In questo quadro, si rende necessario rivalutare, in tali casi specifici, la categoria del cosiddetto "diritto a non nascere se non sano", non già come affermazione di un diritto alla non-vita, bensì come espressione di una pretesa giuridicamente rilevante alla corretta esecuzione del procedimento medico che condiziona l'accesso

di ricondurre ad esso la tutela dei suoi futuri interessi, Corte di Cassazione 22 novembre 1993, n. 11503, in *Foro it.*, 1994, 2479; Corte di Cassazione 11 maggio 2009, n 10741, in *www.personaemercato.it*. Nella giurisprudenza penale, Corte di Cassazione, sez. pen., 13 novembre 2000, n. 11625, in *Dir. giust.*, 2000, 37.

[36] C. Casonato, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Trento, 2006, 15, osserva come sia mutata la stessa realtà biologica che costituiva l'originario oggetto delle regole giuridiche. In tale prospettiva, il progresso scientifico e la sua applicazione sull'essere umano consentono di intervenire e modificare processi in precedenza ritenuti esclusivamente naturali, incidendo in modo significativo sulle categorie tradizionali del diritto. Rileva come il progresso scientifico abbia ricondotto nell'àmbito della sfera volitiva decisioni che in precedenza ne erano estranee, collegando le conseguenze di tali scelte a un atto umano consapevole e, conseguentemente, all'assunzione di una responsabilità individuale, G. Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, 285 ss.

stesso alla vita. La responsabilità, pertanto, non si radica nel confronto tra esistenza e inesistenza, ma nell'erronea gestione di un processo artificiale di creazione della vita, in cui l'intervento umano assume un ruolo causale determinante[37].

Non è, nondimeno, esclusivamente nell'antinomia vita/non-vita che deve essere valutato il pregiudizio subìto dal nascituro. Muovendo da alcune considerazioni proprie dell'orientamento giurisprudenziale minoritario, seppure rimasto isolato e definitivamente superato dalla successiva elaborazione della giurisprudenza di legittimità, può essere riconosciuta al nato malformato – ancorché privo di soggettività giuridica fino al momento della nascita – una tutela «necessaria e progressiva» da parte dell'ordinamento[38]. Pare condivisibile, in altri termini, l'assunto secondo il quale tale tutela non è riconducibile né a una pretesa "non meritevolezza" della vita disabile, né alla configurazione di un interesse a non nascere, nozioni estranee al nostro ordinamento, fondato sul valore essenziale della vita di ogni individuo.

In una prospettiva differente, essa può, dunque, essere ricondotta al principio di rilevanza costituzionale del diritto alla salute e della dignità della persona in forza del quale il soggetto agisce non già per rivendicare il diritto di non venire al mondo, ma al fine di ottenere una riparazione idonea ad alleviare una condizione esistenziale gravemente compromessa

[37] Si osserva, acutamente, come alla complessità delle fattispecie in cui il danno si manifesta nel *venire alla vita* si accompagni una «particolare drammaticità» delle conseguenze, che in àmbiti quale quello della PMA assume peculiare rilevanza. In tali contesti, eventuali criticità nell'operato sanitario possono riflettersi in esiti che incidono in modo significativo sul percorso di vita del nato e del nucleo familiare, alla luce delle scelte che avrebbero potuto essere valutate in presenza di un'adeguata informazione e di un corretto inquadramento clinico. Così R. Simone, *Danno alla persona per nascita indesiderata*, in *Danno e resp.*, 2002, 469 ss.; S. Rossi, *La Cassazione e la nascita indesiderata (profili costituzionali di Cass. civ., 2 ottobre 2012, n. 1675)*, in *www.forumcostituzionale.it.*

[38] «[L]a lesione inferta al concepito si manifesta e diviene attuale al momento della nascita, la situazione soggettiva tutelata è il diritto alla salute, non quello a nascere sano. Chi nasce malato per via di un fatto lesivo ingiusto occorsogli durante il concepimento non fa, pertanto, valere un diritto alla vita né un diritto a nascere sano né tantomeno un diritto a non nascere» (Corte di Cassazione n. 16754/2012, cit.). Sul punto G. Cricenti, *Il concepito soggetto di diritto ed i limiti nell'interpretazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 1258 ss.; G. Baldini, *Il nascituro e la soggettività giuridica*, in *Dir. fam.*, 2000, 334, secondo il quale «il concepito è individuo non ancora persona, ma già soggetto (potenziale) di diritto».

e a consentire una vita quanto più possibile dignitosa[39]. Il risarcimento del danno non viene, dunque, richiesto per la lesione di un diritto a nascere sano, bensì per la diretta violazione del diritto fondamentale alla salute, quale diritto inviolabile della persona. Tale diritto trova fondamento negli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 della Costituzione[40], ed è configurabile come interesse a ricevere le risorse necessarie ad attenuare una condizione di vita segnata da sofferenza, dolore e disagio, tali da ostacolare la libera e piena estrinsecazione della personalità[41].

## 3. *La dispersione o il danneggiamento di gameti ed embrioni crioconservati*

Tra le più rilevanti questioni etiche che le moderne tecniche di fecondazione artificiale sollevano, assumono particolare gravità quelle connesse alla crioconservazione di gameti[42] e di embrioni umani; accanto

[39] Osserva F. Benatti, *Quando il giudice incontra l'etica*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 362, che «il problema da risolvere è se un bambino che nasce con un handicap senza che questo sia stato diagnosticato per errore medico e pertanto frutto di una scelta non consapevole abbia diritto ad un risarcimento non in quanto la sua vita costituisce un danno o abbia minori potenzialità o sarebbe stato preferibile non nascere, ma per permettergli di superare le difficoltà che derivano dalla disabilità e per consentirgli appunto una piena realizzazione della sua persona».

[40] In questo senso, F.D. Busnelli, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 533, osserva che «la titolarità dei diritti alla dignità e identità, alla vita e alla salute può direttamente desumersi, a favore del concepito stesso, dai principi fondamentali della Costituzione».

[41] Con la sentenza n. 16754 del 2012, già richiamata, la Suprema Corte aveva affermato la risarcibilità del danno in capo al nato malformato, che «ancorché privo di soggettività giuridica fino al momento della nascita, una volta venuto ad esistenza ha il diritto, fondato sugli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 Cost., a essere risarcito, da parte del sanitario, del danno consistente nell'essere nato non sano, rappresentato dall'interesse ad alleviare una condizione di vita impeditiva di una libera estrinsecazione della personalità». Il diritto al risarcimento del danno viene riconosciuto al nato malformato, così, quale conseguenza della diretta violazione del diritto fondamentale alla salute, tutelato dall'art. 32 Cost. In tale prospettiva, l'evento di danno non è rappresentato dalla nascita in sé, bensì dalla compromissione della salute del soggetto, che si manifesta e si consolida una volta acquisita la soggettività giuridica con la nascita.

[42] I gameti rientrano nella categoria dei campioni biologici, ossia parti o sostanze staccate o prodotte dal corpo umano oggetto di duplice qualificazione giuridica: da un lato, essi rappresentano l'espressione della persona dalla quale provengono; dall'altro, costituiscono entità materiali suscettibili di utilizzazione. In tale ambivalenza si radica la problematica individuazione del regime giuridico applicabile.

ai profili giuridici e medico-legali relativi al danno subìto dalle coppie in caso di dispersione o danneggiamento di questi, infatti, il tema involge la dibattuta questione della natura dei gameti[43] e delle cellule staminali embrionali e delle conseguenze giuridiche che derivano dalla loro qualificazione[44].

Il procedimento di procreazione medicalmente assistita prevede una pluralità di fasi operative, tra le quali la crioconservazione dei gameti e degli embrioni[45], che riveste un ruolo essenziale, incidendo in modo determinante sull'esito complessivo della procedura[46]. Alla distruzione, accidentale o colposa, del materiale crioconservato prodotto nell'àmbito delle procedure di procreazione medicalmente assistita conseguono diversi

[43] La giurisprudenza di merito, a più riprese, afferma la natura giuridica peculiare dei gameti, qualificandoli come "beni" solo in senso atecnico, in quanto portatori di informazioni genetico-identitarie: essi «recano in sé l'impronta genetica della persona da cui provengono». Così, Tribunale di Nola, 28 dicembre 2022, in *Foro it*., 2023, 2288 ss. In dottrina, *ex multis*, C.M. Bianca, *Diritto civile*, *1*, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1978, 163 s.; M. Cicoria, *La questione del dono nel diritto privato. Gli atti di disposizione del corpo tra paternalismo giuridico e formalismo del consenso*, Napoli, 2023, 17 ss.; S. Deplano, *Il campione biologico di* unidentified person. *Profili di sistema*, in *BioLaw J*., 2022, *Special Issue* a cura di M. Rizzuti ed E. Pilli, 51; D. Farace, voce *Campioni biologici – Diritto civile*, in *Enc. giur.* Treccani, IX Appendice, 1, Roma, 2015, 215 ss.; G. Novelli e I. Pietrangeli, *I campioni biologici*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà e P. Zatti (a cura di), in *Il governo del corpo*; P. Zatti, *Principi e forme del "governo del corpo"*, in in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà e P. Zatti (a cura di), cit., 117, il quale rileva che il materiale biologico può "separarsi spazialmente senza separarsi dal punto di vista identitario»; G. Resta, *La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà e P. Zatti (a cura di), cit., 808.

[44] Tribunale di Nola, 28 dicembre 2022, in *Dir. fam. pers*., 2023, 1612, con nota di L. Dani.

[45] Con la sentenza 8 maggio 2009, n. 151, in *www.cortecostituzionale.it*., la Corte costituzionale ha ammesso la crioconservazione degli embrioni prodotti nella PMA e la fertilizzazione di un numero di ovociti superiore a tre, ove necessario per ragioni cliniche. Ne deriva la possibile formazione di embrioni eccedenti rispetto a un singolo *embryo-transfer* che, non potendo essere distrutti, devono essere crioconservati e possono essere utilizzati per successivi tentativi. Restano tuttavia aperte le questioni relative al destino degli embrioni crioconservati e non trasferiti, che non possono essere né donati né distrutti, anche se abbandonati dalla coppia.

[46] Sono, altresì, possibili danneggiamenti accidentali causati da una scarsa esperienza ed abilità dell'operatore e quelli relativi alla mancata sopravvivenza dell'embrione al processo di scongelamento nel corso della diagnosi preimpianto. Sul punto, M. Antinori, *La Diagnosi Preimpianto USI*, cit.

profili di danno patrimoniale e non patrimoniale, e, come statuito, per la prima volta, nella giurisprudenza di merito[47], ulteriori profili di danno non patrimoniale che includono la perdita di *chance*, ossia la privazione di una concreta possibilità di ottenere un risultato favorevole, come il concepimento. Collocati – in ragione della loro natura ambigua – in una zona intermedia tra 'diritto delle cose' e istanze personalistiche, essi non sono riconducibili alle categorie dominicali tradizionali, richiedendo una disciplina autonoma, funzionalmente orientata alla prevalenza degli interessi personalissimi coinvolti, pur senza negarne la dimensione materiale[48]. È in questo spazio intermedio che si colloca la riflessione dottrinale e giurisprudenziale più recente, volta ad elaborare categorie giuridiche idonee a governare tali nuove realtà.

La perdita del materiale genetico crioconservato è qualificabile come lesione di una componente essenziale della personalità umana, poiché esso, seppure fisicamente separato dal corpo, resta funzionalmente destinato alla realizzazione del progetto procreativo e, dunque, all'esercizio di un diritto personalissimo. In tal caso non si incorre, dunque, nella mera distruzione di un bene[49], ma si incide direttamente sulla sfera dell'autodeterminazione procreativa e sull'identità personale del soggetto, determinando un pregiudizio a un interesse costituzionalmente tutelato[50].

I centri di cura dell'infertilità, incaricati della conservazione degli

[47] Tribunale di Milano, 21 maggio 2013, n. 7085, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1239.

[48] In questi termini, L. Dani, nota a Tribunale di Nola, cit., 1612.

[49] Tribunale di Roma, ord., 8 maggio 2019, in *Foro it.*, 2019, 1986 ss. che afferma che le parti staccate del corpo umano si collocano in un àmbito intermedio, nel quale le istanze proprie dei diritti della personalità e quelle del diritto di proprietà si intersecano e si compenetrano. Essi sono, quindi, «"beni", ma di una specie affatto particolare. Non soltanto per la loro intrinseca "sacralità"(nell'accezione romanistica del termine), in quanto beni *extra commercium*, ma anche, e soprattutto, per il legame strettissimo che essi conservano con il corpo dal quale derivano, pur dopo la loro separazione da esso, in quanto: a) portatori di informazioni personali di carattere sanitario, biologico e genetico, riferibili alla persona a cui appartengono, e b) capaci di generare una nuova vita avente uno stretto legame biologico con tale persona, cioè un figlio biologico di essa».

[50] In quanto inscindibilmente legati alla persona nella sua unità fisica e psichica, le cellule riproduttive possono costituire oggetto di negozi giuridici, ma la relativa disciplina, necessariamente conformata alla tutela di un «diritto personalissimo alla propria identità», intesa in senso spirituale, fisico, biologico e genetico, non pare suscettibile di riconduzione agli schemi del diritto patrimoniale. Sulla unità del valore della personalità umana, P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 183.

embrioni, assumono nei confronti della coppia molteplici obblighi[51]. Tali obblighi comprendono, in primo luogo, l'adozione corretta e scrupolosa delle procedure tecniche necessarie per garantire l'integrità e l'idoneità del materiale biologico alla futura utilizzazione[52]. Il centro è, inoltre, tenuto a garantire la completa tracciabilità dei campioni, assicurando che ogni fase della conservazione sia documentata e verificabile, e a comunicare tempestivamente eventuali eventi avversi o anomalie che possano incidere sulla qualità o sulla sopravvivenza degli embrioni. Eventuali danni derivanti da negligenza, errori operativi o omissioni nella gestione e custodia dei campioni possono dar luogo a responsabilità del centro, sia come inadempimento della prestazione d'opera professionale, sia come violazione dell'obbligo di custodia[53]. Alla luce degli indirizzi interpretativi consolidati in giurisprudenza, è possibile delineare i profili di rilevanza giuridica del danno alla persona nelle ipotesi di distruzione o deterioramento dei gameti imputabili all'inadempimento del soggetto obbligato alla loro

[51] Il d.m. 20 marzo 2024, *Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, quanto alla crioconservazione degli embrioni, rinvia alle sezioni B/6.2 «Criopreservazione e stoccaggio», B/7 «Attrezzature e materiali», E/6. «Stoccaggio», E/7. «Documentazione», E/8. «Controlli», E/9. «Crioconservazione degli embrioni: modalità e termini» dell'Accordo Stato-regioni 15 marzo 2012, che definiscono le linee guida dettagliate per le pratiche e stabiliscono rigorosi *standard* per garantire sicurezza, tracciabilità ed efficacia delle tecniche di PMA, in linea con la l. n. 40/2004.

[52] M. Cicconi, T. Mangiulli, G. Montanari Vergallo, P. Frati e G. Bolino, *Profili medico-legali e giuridici circa due casi di scongelamento accidentale di ovociti ed embrioni crioconservati*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1062.

[53] Si configura, pertanto, una responsabilità di tipo contrattuale per inadempimento della prestazione d'opera professionale «nel caso in cui la conservazione risulti parte integrante del ciclo di trattamento e inadempimento del contratto di deposito nell'eventualità di custodia del materiale finalizzato alla probabile e futura utilizzazione». Così M. Cicconi, T. Mangiulli, G. Montanari Vergallo, P. Frati e G. Bolino, *Profili medico-legali e giuridici circa due casi di scongelamento accidentale di ovociti ed embrioni crioconservati*, cit., 1059; per la qualificazione del contratto in termini di deposito, A. Lasso, *Scelte procreative e profili giuridici della crioconservazione*, Napoli, 2024, 132; secondo una diversa opinione, si tratterebbe di «fattispecie negoziale atipica e complessa, assimilabile alle prestazioni professionali di carattere sanitario»; con la conseguenza che «la diligenza richiesta al debitore dovrà essere parametrata non già all'obbligo di restituzione della *res* depositata, ma al conseguimento del risultato cui il negozio tende e cioè al mantenimento della capacità procreativa», così, L. Dani, *Il diritto al controllo sulla destinazione dei gameti e gli accordi diretti alla loro crioconservazione*, in *Dir. fam. pers.*, 2023, 1627.

conservazione. Esso ricorre qualora il depositario non sia in grado di dimostrare di aver adempiuto secondo la diligenza professionale richiesta, considerato che la prestazione non consiste nella mera collocazione del materiale biologico in criobanca, ma implica un obbligo di custodia qualificata e permanente. Tale obbligo non si esaurisce nella conservazione del materiale biologico, ma comprende il controllo continuo dell'efficienza delle apparecchiature e la verifica costante dell'adeguatezza dei mezzi e delle sostanze impiegati a garantire la corretta crioconservazione nel lungo periodo[54]. A tale proposito, può essere invocata la responsabilità per difetto o carenza di organizzazione della struttura sanitaria, il fondamento giuridico della quale risiede nella natura complessa del c.d. contratto di spedalità. Non si tratta di una semplice prestazione d'opera professionale, ma di un contratto atipico con il quale la struttura sanitaria si obbliga ad assicurare un insieme di prestazioni di cura e di assistenza sanitaria e si impegna a garantire e predisporre spazi idonei alla cura del paziente, sufficiente e qualificato personale sanitario e parasanitario, nonché dotazioni tecnologiche adeguate[55].

Quanto al danno patrimoniale, esso riguarda il danno emergente relativo alle spese già sostenute dai coniugi per affrontare la procedura di PMA, in particolare quelle relative alla conservazione di gameti o embrioni. La perdita accidentale di tale materiale comporta, dunque, un danno economico diretto[56]. Si configura, inoltre, un danno biologico, specie quando la perdita del materiale biologico incida sulla salute psichica dei genitori. La perdita del materiale genetico crioconservato, funzionalmente destinato alla realizzazione del progetto procreativo, rappresenta, infatti, una lesione della sfera identitaria e di diritti personalissimi della persona, incidendo sulla possibilità di esercitare la propria autodeterminazione procreativa. La giurisprudenza riconosce, dunque, un danno biologico di natura psichica derivante dalla perdita di cellule germinali o embrioni, in

[54] A. Lasso, *Scelte procreative*, cit., 134.

[55] Sulla c.d. responsabilità per difetto organizzativo, D. Garofalo, *La responsabilità della struttura sanitaria: l'evento infausto tra errore individuale e deficit organizzativo*, in *www.massimariogiurisprudenzadellavoro.it*.

[56] M. Cicconi, T. Mangiulli, G. Montanari Vergallo, P. Frati e G. Bolino, *Profili medico-legali e giuridici circa due casi di scongelamento accidentale di ovociti ed embrioni crioconservati*, cit., 1060.

quanto tale evento può compromettere significativamente il benessere della persona[57].

Ampliando l'àmbito della tutela risarcitoria, la giurisprudenza ha riconosciuto un ulteriore profilo di danno non patrimoniale, autonomo e distinto rispetto al mero danno biologico: quello relativo alla c.d. perdita di *chance*, intesa quale lesione del (discusso) diritto al concepimento e conseguente perdita della possibilità di divenire genitori, specie quando il materiale biologico danneggiato o perduto rappresenti l'unica possibilità concreta di concepimento. Il principio è stato affermato dal Tribunale di Milano nella già citata sentenza n. 7085/2013, in un caso di distruzione di embrioni e gameti. La vicenda sottoposta all'attenzione del Tribunale di Milano si colloca in un àmbito di particolare delicatezza, situandosi al confine tra profili etici, religiosi e scientifici e richiamando la controversa questione della natura giuridica dell'embrione. L'organo giudicante ha, tuttavia, evitato di prendere posizione sul tema, individuando la fonte del danno risarcibile non nella perdita di un figlio – come sostenuto dalla difesa della coppia – bensì nella lesione del diritto al concepimento. Tale diritto si riferirebbe alla concreta possibilità di realizzare il progetto genitoriale che rientrerebbe tra le fondamentali espressioni della persona umana riconosciute dalla Costituzione, classificato come diritto inviolabile, ai sensi degli artt. 2 e 29 Cost.

La pronuncia, sia pure di particolare rilevanza in quanto introduce princìpi inediti, non pare, tuttavia, come rilevato in dottrina[58], supportata da una rigorosa argomentazione. Il danno da perdita di *chance*, così come configurato in maniera innovativa, non è, inoltre, unanimemente riconosciuto dalla giurisprudenza e dalla dottrina[59].

[57] M. Cicconi, T. Mangiulli, G. Montanari Vergallo, P. Frati e G. Bolino, *Profili medico-legali e giuridici circa due casi di scongelamento accidentale di ovociti ed embrioni crioconservati*, cit., 1056, evidenziano come le coppie, in séguito alla dispersione dei gameti e degli embrioni, avessero sviluppato una condizione psicopatologica per la perdita di un potenziale figlio e, soprattutto, per l'impossibilità di sottoporsi nuovamente alla procedura, con ripercussioni negative in àmbito familiare e sociale.

[58] Rileva, criticamente, che la sentenza esclude la tutela dell'embrione «in ragione del suo non essere nato, capace, soggetto di diritto, persona», ma percorre la via della tutela della funzione riproduttiva dello stesso, M. Gorgoni, *La distruzione accidentale di embrioni da annidare: ciò che la sentenza non dice*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1242.

[59] Si discute della lesione del c.d. «diritto al concepimento», considerato parte integrante dei diritti fondamentali della persona umana riconosciuti dalla Costituzione

La dibattuta questione della lesione della 'genitorialità potenziale' è stata oggetto di pronunce in ipotesi di danno conseguente alla perdita del feto. In tali casi, la Suprema Corte[60] ha ravvisato il danno nel «venir meno di una relazione affettiva potenziale», non già attuale; da ultimo, con la recente ordinanza del 6 ottobre 2025, n. 26826 la Cassazione si è occupata della responsabilità dei medici e della struttura sanitaria nel caso di omissioni e ritardi che hanno causato la perdita del feto[61]. Confermando

e catalogabili come inviolabili (artt. 2 e 29 Cost.). La Corte EDU, 28 agosto 2012, *n.* 54270/10, *Costa e Pavan c. Italia,* in *Foro it*., 2012, 474; e Corte EDU, 1° aprile 2012, n. 57813/00, *S.H. e altri c. Austria*, in *www.echr.coe.int*., identifica il fondamento di tali diritti nell'art. 8 CEDU, relativo al diritto al rispetto della propria vita privata e familiare. In dottrina si sottolinea, tuttavia, il carattere non assoluto del diritto, soggetto a bilanciamento con altri interessi giuridicamente rilevanti; in questo senso, A. D'Aloia e Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà e Zatti, *Il governo del corpo*, cit., 1342; I. Prisco, *Distruzione di gameti o di embrioni e perdita di* chance *procreativa. Profili risarcitori*, in O. Clarizia, G. A. Parini e I. Prisco (a cura di), *Identità genetica e genitorialità nell'era delle tecniche procreative*, 100.

[60] Corte di Cassazione, ord., 20 ottobre 2020, n. 22859, in *Foro it*., 2021, 1335; Corte di Cassazione, 11 marzo 1998, n. 2677, in *Danno e resp.*, 1998, 817; in *Giur. it*., 1999, 736, con nota di M. Bona e A. Castelnuovo, *La perdita del frutto del concepimento: questioni di responsabilità medica e risarcimento del danno (una ipotesi di danno esistenziale?)*. Diversamente, Corte di Cassazione, 29 settembre 2021, n. 26301, in *Resp. civ. prev*., 2022, considera il danno da perdita del rapporto parentale.

[61] Corte di Cassazione, 6 ottobre 2025, n. 26826, *inedita*. La pronuncia in esame trae origine da una domanda giudiziale volta a ottenere il risarcimento dei danni patiti dai familiari di una neonata deceduta nel corso di un parto cesareo. I giudici di primo grado avevano accolto la domanda risarcitoria proposta dai genitori e dai nonni della bambina in relazione al danno da perdita del rapporto parentale. La Corte d'Appello, adìta dall'azienda ospedaliera, aveva parzialmente accolto il gravame, riducendo della metà l'importo liquidato in primo grado, sul presupposto che, nel caso di «feto nato morto», il pregiudizio avrebbe inciso su una relazione affettiva non già concreta, bensì meramente potenziale. Avverso tale decisione hanno proposto ricorso per Cassazione i genitori della vittima, censurando la sentenza nella parte in cui il giudice d'appello ha ridimensionato il risarcimento loro riconosciuto. Investita del ricorso proposto dai genitori della neonata, la Corte di Cassazione è stata chiamata a stabilire se la perdita del frutto del concepimento possa essere valutata, ai fini risarcitori, alla stregua della perdita del rapporto parentale. Con l'ordinanza in esame, la Cassazione ha accolto il ricorso, affermando che il danno derivante dalla perdita del feto, quando imputabile a omissioni o ritardi dei sanitari, è morfologicamente assimilabile al danno da perdita del rapporto parentale. Esso, infatti, rileva tanto nella dimensione della sofferenza interiore patita sul piano morale-soggettivo, quanto nella sua incidenza sugli aspetti dinamico-relazionali della vita quotidiana dei genitori e degli altri eventuali soggetti legittimati al risarcimento.

un orientamento precedente, la Corte ha ribadito che la perdita del feto per responsabilità sanitaria è assimilabile al danno da perdita del rapporto parentale, equiparando il legame genitoriale potenziale a quello effettivo. Si osserva, in proposito, che le ipotesi di perdita di gameti o di embrioni non possono, tuttavia, essere assimilate a quelle di morte del feto, trattandosi di fattispecie ontologicamente distinte sia per la fase del processo procreativo in cui si colloca l'evento lesivo, sia per la natura degli interessi coinvolti. Mentre la morte del feto incide su un percorso genitoriale già in una fase avanzata, la perdita dei gameti attiene a uno stadio precedente e richiede, ai fini risarcitori, la dimostrazione di una concreta compromissione dell'interesse al concepimento, senza che possa operare alcun automatismo nella configurazione del danno[62]. Le incertezze interpretative risultano accentuate dalla peculiarità delle situazioni coinvolte, caratterizzate da elevata tecnicità e da profonde implicazioni etiche che impongono una attenta distinzione tra le diverse fasi del processo procreativo e la natura degli interessi lesi. Il tema resta, pertanto, aperto a ulteriori sviluppi giurisprudenziali, volti a individuare soluzioni rimediali idonee a coniugare la tutela della persona con la razionalità del sistema della responsabilità civile.

A fondamento di tale conclusione, la Corte ha richiamato la tutela costituzionale riconosciuta al concepito, desumibile dall'art. 31, comma 2, Cost., che protegge la maternità, dall'art. 2 Cost., il quale «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi […] la situazione giuridica del concepito» (Corte cost., sent. n. 27 del 1975), nonché dall'art. 8 CEDU, che tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare. La Suprema Corte ha, dunque, riconosciuto ai familiari della neonata il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale nella sua duplice dimensione: da un lato, la sofferenza interiore patita; dall'altro, l'alterazione della sfera dinamico-relazionale della loro esistenza. Secondo la Corte, infatti, «tutti gli aspetti, comportamentali e sofferenziali, di due genitori cui la vita infligge l'ardua prova rappresentata dalla morte di una neonata, ovvero del frutto del concepimento appena estratto dal corpo della madre, non possono essere considerati "danno potenziale"», né possono ritenersi «avulsi dalla costante, insanabile e implacabile dimensione del dolore genitoriale». Ravvisa nella pronuncia «una equa equiparazione definitiva del danno da "perdita del frutto del concepimento" al danno da "perdita del rapporto parentale"» L. D'Avak, *Danno al rapporto parentale: così i giudici riconoscono la sofferenza morale*, in *www.ristretti.org*.

[62] I. Prisco, *Distruzione di gameti o di embrioni*, cit., 116.

## 4. *L'erroneo impianto di embrioni creati in vitro in utero di donna diversa dalla madre genetica. Qualificazione del danno e soggetti legittimati*

Il trasferimento della fecondazione dal corpo umano ai laboratori di embriologia ha indubbiamente generato, accanto al dibattito bioetico, un'attenzione crescente alla sicurezza delle coppie, dei nati e degli operatori coinvolti[63]. Lo scambio di embrioni nell'àmbito della procreazione medicalmente assistita rappresenta una delle più gravi ipotesi di errore sanitario, incidendo sui diritti fondamentali della persona e sulla struttura delle relazioni familiari. La gravità della fattispecie non si esaurisce nella violazione delle regole tecniche di conservazione e manipolazione degli embrioni, ma si manifesta quale lesione della dignità umana, dell'autodeterminazione procreativa e del diritto alla genitorialità genetica, determinando effetti irreversibili sulla vita familiare e identitaria dei soggetti coinvolti.

Lo scambio di embrioni si verifica quando, per errore del personale sanitario o del laboratorio, gli embrioni di una coppia vengono impiantati nell'utero di un'altra donna. La giurisprudenza sul tema riguarda il noto caso, unico in Italia, verificatosi presso l'ospedale Pertini di Roma, al quale due coppie si erano rivolte per accedere a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo omologo, mediante la creazione *in vitro* di embrioni formati con i rispettivi gameti. A causa di un errore medico, si verificava lo scambio degli embrioni: quelli geneticamente riconducibili

[63] I rischi connessi al danneggiamento dei gameti e agli eventuali errori che possano comportare lo scambio di materiale biologico sono stati oggetto di regolamentazione con il d.l. 6 novembre 2007, n. 191, recante il recepimento della Direttiva Europea 2004/23/CE, con modificazioni, volto a definire norme di qualità e sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani; il d.l. 25 gennaio 2010, n. 16, recante il recepimento delle Direttive Europee 2006/17/CE e 2006/86/CE; il d.m. 10 ottobre 2012, relativo alle modalità di esportazione e importazione di tessuti, cellule e cellule riproduttive umane destinate ad applicazioni sull'uomo. Dal recepimento di tali normative europee sono derivate specifiche prescrizioni operative. In primo luogo, i centri di procreazione medicalmente assistita sono stati qualificati come istituti dei tessuti, ossia strutture sanitarie autorizzate ai sensi della l. n. 40/2004 per le attività compatibili con la disciplina vigente. Tali istituti devono nominare un responsabile, sottoporsi a controlli ispettivi con cadenza non superiore a due anni e hanno l'obbligo di notificare eventuali reazioni avverse o eventi gravi correlati alle attività di raccolta, conservazione e manipolazione di cellule e gameti umani.

a una delle coppie – poi ricorrente dinanzi al Tribunale di Roma – venivano impiantati nell'utero della donna appartenente all'altra coppia, successivamente resistente in giudizio, e viceversa[64]. Lo scambio fu connotato dalla piena tracciabilità dell'errore e, dall'altro, nel mancato successo procreativo della coppia alla quale appartenevano geneticamente gli embrioni. La fattispecie, collocandosi temporalmente prima della declaratoria di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, è stata variamente qualificata come ipotesi di "fecondazione eterologa da errore" ovvero quale "maternità surrogata colposa", inizialmente non voluta ma successivamente portata a compimento. La vicenda ha dato luogo a un intenso dibattito dottrinale e bioetico[65], senza tuttavia esiti risolutivi. Le pronunce del Tribunale di Roma, chiamate a decidere in sede cautelare e di merito, hanno escluso la percorribilità delle azioni di stato da parte dei genitori genetici, ritenendo insuperabile il criterio legale della maternità coincidente con il parto (art. 269, comma 3, c.c.) e operante la presunzione di paternità del marito della donna partoriente (art. 231 c.c.). Il Tribunale ha escluso che la fattispecie potesse essere ricondotta

[64] Tribunale di Roma, 8 agosto 2014, in *Giur. it.*, 2015, 319, con nota di A. Mendola, *Scambio di embrioni tra verità genetica e genitorialità biologica*, e Tribunale di Roma, 22 aprile 2015, ivi, 2015, 1847, con nota di A. Mendola, *Sostituzione di embrioni e disconoscimento della paternità*. La pronuncia si legge anche in *Dir. fam.*, 2014, 1565, con nota adesiva di M. Bianca; in *Fam. dir.*, 2014, 929 ss., con nota adesiva di M. N. Bugetti, *Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità*; in *Dir. succ. fam.*, 2015, 197 ss., con nota adesiva di A. Renda, *Lo scambio di embrioni ed il dilemma della maternità divisa*. In senso critico, A. Morace Pinelli, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della Corte costituzionale. Il caso dell'ospedale Sandro Pertini*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 242; A. Stefanelli, *Scambio colposo di embrioni, La filiazione e i minori*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, a cura di A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, Torino, 2015, 149; S. Cacace, *Le diverse facce della genitorialità e un unico interesse, quello del minore. Così vicini ad un cortocircuito giuridico*, in *Riv. it. di medicina legale*, 2016, 914 ss. Sul tema, D. Corvi, *Lo scambio di embrioni nelle diverse esperienze giuridiche*, in *Vita not.*, 2014, 701 ss.; A. Mendola, Favor minoris *e presidio del dato biologico*, in *Dir. fam.*, 2015, 551 ss.

[65] Sul caso si espresse il Comitato Nazionale per la Bioetica con un parere intitolato *"Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni"*, pubblicato l'11 luglio 2014, nel quale, testualmente, si legge: «Ci si trova di fronte un'eterologa "da errore" (la madre porta in grembo embrioni geneticamente non suoi né del marito o del *partner*) o una surroga materna "da errore" (i genitori genetici producono embrioni che sono impiantati nell'utero di un'altra donna che li porta in gestazione) con una procedura priva di consenso, il che sembra generare una situazione di indeterminatezza in merito alla maternità e paternità a fronte di un vuoto legislativo che dovrebbe venire colmato in via interpretativa».

alla fecondazione eterologa, rilevando come difettasse, quantomeno *ab origine*, la volontà delle parti di sottoporsi a tale tecnica di PMA, nonché il necessario consenso informato preventivo. Le coppie coinvolte avevano, infatti, espresso il proprio consenso esclusivamente alle tecniche di fecondazione omologa, sicché, per evidenti ragioni, non risultavano rispettate le procedure previste dall'art. 6 della l. n. 40/2004, disposizione che la Corte costituzionale ha ritenuto applicabile anche alle tecniche di fecondazione eterologa. Ciò nondimeno, il giudice ha precisato che non può considerarsi irrilevante la successiva consapevolezza dell'errore e la decisione della donna di portare comunque a termine la gravidanza, elemento che, pur non sanando l'originaria assenza di consenso, assume rilievo ai fini della qualificazione giuridica complessiva della vicenda.

Del pari, l'organo giudicante ha escluso che il caso integrasse un'ipotesi di maternità surrogata, espressamente vietata dall'art. 12, comma 6, della l. n. 40/2004. Difettava, infatti, l'elemento essenziale della volontarietà, mancando il consenso sia da parte della madre genetica, sia da parte della donna che ha poi portato a termine la gravidanza. La gestazione, lungi dall'essere il frutto di una scelta consapevole e programmata, si era configurata come la conseguenza non voluta di un errore sanitario. Il profilo della mancanza di consenso assume, dunque, un rilievo centrale ai fini della responsabilità sanitaria: l'errore che ha determinato lo scambio degli embrioni si colloca, infatti, a monte di qualsiasi scelta consapevole dei pazienti.

Il giudice ha, inoltre, dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate, affermando che la determinazione dei soggetti legittimati ad agire in materia di *status filiationis* rientra nella discrezionalità del legislatore. In entrambe le decisioni, è stato valorizzato il superiore interesse del minore, declinato non tanto nel tradizionale bilanciamento tra verità biologica e verità legale, quanto nel *favor stabilitatis* e *affectionis*, volto a preservare lo *status* acquisito e i legami affettivi già consolidati. Tale impostazione risulta, a parere del Tribunale, coerente con l'art. 9 della l. n. 40/2004, che attribuisce rilievo determinante alla volontà procreativa consapevolmente espressa, configurando una genitorialità fondata sull'assunzione responsabile del progetto genitoriale e precludendo la possibilità di rimuovere il legame di filiazione una volta instaurato.

Sotto il profilo risarcitorio, l'errore di identificazione e di impianto degli embrioni, imputabile a negligenza o a carenze organizzative della

struttura sanitaria integra una fattispecie di responsabilità di natura contrattuale; quanto alla responsabilità dei singoli medici, occorre rilevare che i trattamenti di PMA prevedono una stretta cooperazione tra ginecologi ed embriologi, ma è a questi ultimi che va imputata la responsabilità per la selezione degli embrioni da trasferire[66]. In tali casi, si configura, pertanto, un danno di natura patrimoniale, relativo ai costi sostenuti per i trattamenti di fecondazione assistita.

Il profilo del danno non patrimoniale per le coppie di potenziali genitori sembrerebbe collocarsi su un piano distinto rispetto alle questioni relative allo *status filiationis*, che la giurisprudenza ha ritenuto insuscettibili di rimedio. Il pregiudizio risiede nella sottrazione della possibilità di esercitare la genitorialità rispetto a figli geneticamente propri, senza,

[66] Ai sensi dell'art.7, l. 8 marzo 2017, n. 24, l'esercente la professione sanitaria risponde del proprio operato ai sensi dell'art. 2043 c.c., salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del Codice civile, delle loro condotte dolose o colpose. La responsabilità dell'esercente la professione sanitaria ha subito un riassetto sistematico a séguito della riforma introdotta con la legge n. 24 del 2017. In particolare, il legislatore ha previsto che il sanitario risponda del proprio operato ai sensi dell'art. 2043 c.c., salvo che egli abbia assunto un'obbligazione contrattuale direttamente nei confronti del paziente. Secondo il precedente orientamento giurisprudenziale, la responsabilità del sanitario era ricondotta nell'alveo della responsabilità contrattuale, sul presupposto del "contatto sociale qualificato". In base a tale impostazione, infatti, tra medico e paziente si instaurerebbe, anche in assenza di un contratto in senso proprio, un rapporto giuridico peculiare dal quale discendono obblighi specifici di correttezza, protezione e tutela dell'altrui sfera giuridica. Il sanitario, in virtù del ruolo professionale assunto e dell'affidamento che ne deriva, è pertanto tenuto a un comportamento diligente conforme agli standard tecnici richiesti, con conseguente applicazione del regime di responsabilità contrattuale. Dalla riforma deriva un modello nel quale la responsabilità del medico comporta per il paziente un aggravamento dell'onere probatorio. Quest'ultimo, infatti, è tenuto a dimostrare tutti gli elementi costitutivi dell'illecito *ex* art. 2043 c.c.: il danno ingiusto, il nesso causale tra condotta ed evento lesivo, nonché l'elemento soggettivo della colpa professionale. La riconduzione dell'azione risarcitoria nell'alveo della responsabilità aquiliana comporta, altresì, l'applicazione del relativo termine breve di prescrizione, pari a cinque anni. Sul tema, M. Faccioli, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, Pisa, 2018; E. Contino, *La nuova responsabilità della struttura sanitaria e del medico: rapporti e peculiarità*, in *www.*c*amminodiritto*, 2017; F. Peccenini, *La responsabilità sanitaria*, Bologna, 2007.

tuttavia, che ciò possa tradursi in pretese sullo *status* del nato, in ragione della prevalenza dell'interesse del minore alla stabilità dei legami familiari. Assume rilievo la lesione della dimensione esistenziale della persona, determinata dall'irrevocabile dissociazione tra patrimonio genetico e genitorialità giuridica.

Il danno incide, dunque, su interessi della persona connessi alla sfera procreativa e identitaria: la violazione delle regole di diligenza, sicurezza e tracciabilità nella gestione del materiale biologico determina una compromissione del diritto all'autodeterminazione procreativa, inteso come diritto a realizzare un progetto genitoriale mediante l'utilizzo dei propri gameti. Anche in tale fattispecie, inoltre, potrebbe configurarsi un danno legato alla perdita di un rapporto parentale. Il danno da lesione di diritti inviolabili della persona di rilevanza costituzionale, *ex* artt. 2, e 32 Cost., può comprendere tanto la sofferenza interiore quanto l'alterazione della dimensione relazionale ed esistenziale dei soggetti coinvolti. L'evento lesivo consiste nello stravolgimento irreversibile del progetto procreativo originariamente perseguito dalla coppia geneticamente titolare degli embrioni.

Quanto ai soggetti nati a séguito dello scambio embrionale, la frattura tra genitorialità genetica e genitorialità sociale[67] consente di prospettare una lesione del diritto all'identità genetica, quale componente dell'identità personale, costituzionalmente tutelata. L'errore sanitario determina, infatti, una dissociazione irrimediabile tra identità biologica e identità giuridico-familiare, impedendo ai genitori genetici di realizzare il proprio progetto procreativo attraverso la discendenza generata dal loro patrimonio genetico e, specularmente, precludendo al nato la possibilità di crescere nel contesto familiare originariamente destinato a trasmettergli tale identità. Come osservato, la questione non è disciplinata dall'ordinamento, né sono previsti rimedi a tutela delle situazioni giuridiche coinvolte.

La definitiva attribuzione della genitorialità in favore di soggetti diversi dai genitori genetici, che, in ossequio al principio del *favor minoris*, privilegia la stabilità dello *status* e dei legami affettivi già consolidati, non è, tuttavia, esente da conseguenze lesive di interessi personalissimi, riferibili tanto

[67] Sul tema, R. Senigaglia, *Genitorialità tra biologia e volontà. tra fatto e diritto, essere e dover-essere*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 952; S. Cacace, *Le diverse facce della genitorialità e un unico interesse, quello del minore. così vicini ad un cortocircuito giuridico*, in *Riv. it. di medicina legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2016, 913.

all'identità procreativa dei genitori biologici, quanto al diritto del figlio alla propria identità personale – quale diritto a conoscere e a mantenere un legame con le proprie origini biologiche, riconducibile all'àmbito applicativo dell'art. 8 CEDU – con effetti che si riflettono, inevitabilmente, sullo sviluppo della personalità del soggetto[68].

## 5. *Considerazioni conclusive*

La salute procreativa costituisce una dimensione essenziale della salute e della personalità dell'individuo, articolandosi in una pluralità di profili, biologici, psicologici, sociali, giuridici ed etici. Negli ultimi decenni, la nozione si è progressivamente emancipata da una concezione meramente biologica o medica, assumendo una valenza complessa che comprende il diritto all'autodeterminazione, la promozione di una genitorialità responsabile e l'accesso alle cure. Nella procreazione medicalmente assistita, forse più che in ogni altro àmbito medico, la salute diviene strumento di espressione della personalità umana, riflettendo scelte intime e personalissime che attengono al progetto di vita della persona e della coppia[69]. L'autodeterminazione procreativa si colloca, così, al centro del dibattito giuridico e bioetico contemporaneo; la medicina riproduttiva

[68] Sul punto, Corte costituzionale, 18 novembre 2013, n. 278, in *Giur. cost.*, 2013, 4031, con nota di S. Stefanelli, *Reversibilità del segreto della partoriente e accertamento della filiazione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 279, con commento di V. Marcenò, *Quando da un dispositivo d'incostituzionalità possono derivare incertezze*; in *Foro it.*, 2014, 4; Corte EDU, 25 settembre 2012, n. 33783/2009, Godelli c. Italia, in *Corr. giur.*, 2013, 940, con nota di V. Carbone, *Corte EDU: conflitto tra il diritto della madre all'anonimato e il diritto del figlio a conoscere le proprie origini*; in *Quad. cost.*, 2012, 908, con nota di E. Vigato, *"Godelli c. Italia": il diritto a conoscere le proprie origini*. In dottrina, A. Morace Pinelli, *Il diritto di conoscere le proprie* origini, cit., 242; Id., *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini*, in M. Bianca (a cura di), The best interest of the child, Roma, 2021, 1011; S. Patti, *Sulla configurabilità di un diritto della persona di conoscere le proprie origini biologiche*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, 1315; A. Nicolussi e A. Renda, *Fecondazione eterologa: il pendolo fra Corte costituzionale e Corte EDU*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 212. L'argomentazione del Tribunale di Roma evidenzia, invece, che «[i]l diritto della personalità costituito dal diritto all'identità appare sempre più sganciato dalla verità genetica della procreazione e sempre più legato al mondo degli affetti ed al vissuto della persona cresciuta ed accolta all'interno di una famiglia», sì che «[n]on può più ragionevolmente ritenersi che il principio della verità genetica nei rapporti di filiazione sia sovraordinato rispetto agli altri interessi in conflitto».

[69] D. Marcello, *La salute procreativa*, cit., 913.

è, dunque, chiamata a farsi carico non solo dei bisogni clinici, ma anche delle istanze psicologiche, sociali ed etiche dei pazienti. Ne deriva un accrescimento degli obblighi gravanti sul professionista sanitario, segnatamente in relazione alla completezza e qualità dell'informazione resa, al rispetto delle scelte individuali e alla gestione appropriata del rischio clinico, in un settore contraddistinto da elevata complessità tecnica.

Come osservato, dalla procreazione e dalla nascita possono derivare responsabilità giuridicamente rilevanti, che impongono di interrogarsi sui limiti dell'intervento medico e sulle conseguenze delle scelte – o delle omissioni – incidenti sul processo procreativo[70]. I casi di danno alla salute procreativa, derivanti da errori clinici, carenze informative o violazioni dell'autonomia decisionale del paziente, costituiscono oggi il terreno privilegiato di emersione di nuove forme di responsabilità sanitaria. La giurisprudenza manifesta una crescente attenzione verso tali forme di pregiudizio, approntando strumenti di tutela volti a valorizzare la dimensione esistenziale della scelta procreativa. Permangono, tuttavia, margini di incertezza interpretativa e inevitabili opacità, riconducibili all'elevata complessità tecnico-scientifica delle pratiche di procreazione medicalmente assistita, alla incessante evoluzione delle conoscenze medico-scientifiche e alle profonde implicazioni etiche che connotano il settore.

[70] G. Cricenti, *Il concepito e il diritto di non nascere*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 1082 ss.

**Abstract**

Il contributo analizza le nuove forme di responsabilità civile nel settore della procreazione medicalmente assistita, muovendo dalla nozione di salute procreativa come diritto autonomo che supera la sola dimensione biologica e ricomprende il benessere psicologico, esistenziale e l'autodeterminazione. L'indagine prende in esame, in primo luogo, il danno da nascita indesiderata (*wrongful birth*), soffermandosi sul riparto dell'onere probatorio fissato dalle Sezioni Unite del 2015 e sulla diagnosi genetica preimpianto, rispetto alla quale si propone una revisione dei criteri probatori tradizionali. Viene poi affrontata la questione della *wrongful life*, che, nel contesto della diagnosi preimpianto, impone una rilettura critica del paradigma giurisprudenziale fondato sull'alternativa vita/non-vita. Segue l'analisi della dispersione o del danneggiamento di gameti ed embrioni crioconservati, qualificati come lesione dell'autodeterminazione procreativa e fonte di un possibile danno da perdita di *chance* al concepimento. Infine, lo studio si concentra sullo scambio di embrioni, evidenziandone le implicazioni in tema di genitorialità genetica e identità personale del nato.

The paper analyses new forms of civil liability in the field of medically assisted reproduction, starting from the concept of reproductive health as an autonomous right that goes beyond the purely biological dimension to encompass psychological and existential well-being, as well as self-determination. The study examines, first and foremost, the issue of wrongful birth, focusing on the allocation of the burden of proof established by the Supreme Court of Cassation in 2015 and on pre-implantation genetic diagnosis, in relation to which a revision of traditional evidential criteria is proposed. It then addresses the issue of wrongful life, which, in the context of pre-implantation diagnosis, calls for a critical re-examination of the jurisprudential paradigm based on the life/non-life dichotomy. This is followed by an analysis of the loss or damage of cryopreserved gametes and embryos, characterised as an infringement of reproductive self-determination and a source of potential loss of opportunity to conceive. Finally, the study focuses on embryo swapping, highlighting its implications for genetic parenthood and the personal identity of the child.

# Sul consenso procreativo quale criterio attributivo dello *status filiationis* nella procreazione medicalmente assistita. Nota a Corte di Cassazione, 5 giugno 2025, n. 15075

di Tommaso Belfiore

Sommario: 1. Il caso. – 2. Consenso procreativo e superamento del limite ermeneutico. – 3. Considerazioni conclusive.

## 1. *Il caso*

La Suprema Corte di Cassazione definisce in via definitiva la *vexata quaestio* dello *status* dei figli nati in Italia da PMA[1] eterologa praticata all'estero da coppia omosessuale, nel caso di specie due donne.

Dopo aver fatto ricorso in un Paese estero a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologa, una donna, unita civilmente ai sensi della legge 20 maggio 2016, n. 76 (c.d. Legge Cirinnà)[2], riceveva

[1] La procreazione medicalmente assistita costituisce uno dei settori nei quali il progresso tecnologico e scientifico si intreccia sempre in modo più intenso con i princìpi fondamentali dell'ordinamento giuridico, sia privatistico che pubblicistico, richiedendo un costante bilanciamento tra tutela della salute e dignità della persona. Colmando il vuoto normativo, con la l. 19 febbraio 2004, n. 40, l'ordinamento italiano ha introdotto, pur se in ritardo rispetto ad alcuni Paesi dell'Unione Europea, una corposa disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita, avente ad oggetto quei procedimenti comportanti il trattamento di ovociti umani, spermatozoi ovvero embrioni nell'àmbito di un progetto indirizzato a realizzare una gestazione. Per una completa analisi dell'istituto, v. F. Santosuosso, *La procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2004, 23 ss.; Id., *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 156 ss.; G. Oppo, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Riv. dir., civ.*, 2005, I, 329 ss.; U. Salanitro, *Principi e regole, contrasti e silenzi. Gli equilibri legislativi e gli interventi giudiziari in tema di procreazione assistita*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 86 ss.; M.P. Iadicicco, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020, 11 ss.; P. Brunese, *La legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. Una legge mal riuscita*, Napoli, 2022, 7 ss.; L. Lamberti, *Livelli Essenziali di Assistenza e procreazione medicalmente assistita,* in *Nuove Autonomie*, 2025, 1.

[2] Per maggiori approfondimenti, v. M. Sesta, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. dir.*, 2016, 855 s.; M.G. Bugetti, *Il cognome comune delle persone unite civilmente*, Ibidem, 915 ss.; G. De Cristofaro, *Le «unioni civili» fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1-34*

diniego dall'ufficiale di stato civile del Comune di Brescia all'iscrizione dell'atto di nascita di due minori nati da tale pratica. In particolare, la coppia omosessuale femminile richiedeva il riconoscimento dello *status* genitoriale sia della madre c.d. biologica, vale a dire la donna gestante, sia della madre c.d. intenzionale, ossia colei prestante il consenso alla tecnica procreativa[3].

Orbene, stante il rifiuto, la coppia impugnava la decisione dell'ufficiale di stato civile dinanzi al Tribunale di Brescia, chiedendo di dichiararne l'illegittimità, di ricevere la dichiarazione di riconoscimento dei minori, nonché, per l'effetto, di ordinare la rettificazione dell'atto di nascita aggiungendo l'indicazione del genitore intenzionale.

Il Tribunale di Brescia, accogliendo le doglianze attoree, dichiarava illegittimo il rifiuto dell'ufficiale di stato civile, ordinando la rettifica dell'atto di nascita dei due minori mediante l'aggiunta dell'indicazione del genitore intenzionale.

Il provvedimento di primo grado risultava confermato anche dalla Corte di Appello, la quale forniva, rigettando il reclamo del Ministero dell'interno, una interpretazione evolutiva della legge 19 febbraio 2004, n. 40 con riferimento alla parte dedicata ai nascituri. Difatti, secondo il giudicante sarebbe irragionevole consentire il riconoscimento al genitore intenzionale nelle ipotesi di violazione della legge da parte di coppie eterosessuali, ovvero, ancóra, nei casi consentiti di PMA eterologa e non permetterlo, di contro, nella fattispecie della coppia omoaffettiva, con conseguente discriminazione ai danni dei minori.

La Corte adita in grado di appello pone l'accento sulla tutela del nascituro, specificando che la legge sulla PMA fa riferimento genericamente alla locuzione "figli della coppia"[4], senza esplicitare, quindi, l'orientamento sessuale di questi ultimi. Pertanto, secondo tale precisazione, la *ratio* di

*dell'art. 1 della L. 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017,* n. *5*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 120 s.; V. Barba, *Unione civile e adozione*, in *Fam. dir.*, 2017, 381 ss.

[3] V., per un'analisi complessiva del problema, M.G. Stanzione, *Filiazione e "genitorialità". Il problema del terzo genitore*, Torino, 2011, *passim*, secondo il quale l'evoluzione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, con la conseguente emersione della c.d. genitorialità intenzionale, imporrebbero un ripensamento delle categorie giuridiche tradizionali. In argomento, v., ancóra, M. Cinque, *Quale statuto per il "genitore sociale"?*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1475 ss.

[4] Ad esclusione della disposizione concernente i requisiti soggettivi ai sensi dell'art. 5, comma 1 della legge in commento.

tale *corpus* normativo sarebbe orientata verso la protezione del *conceptus*, prescindendo da divieti elencati in altre disposizioni normative dell'ordinamento, le quali difettano del potere di incidere sul bambino nato.

## 2. *Consenso procreativo e superamento del limite ermeneutico*

La dichiarazione di infondatezza da parte della Corte di Cassazione del ricorso dell'Avvocatura Generale dello Stato si è fondata sulla sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 8 della l. n. 40/2004, nella parte in cui non prevede il riconoscimento dello stato di figlio – nato in Italia a séguito di PMA praticata all'estero – anche alla donna che ha espresso il preventivo consenso a tecniche di fecondazione assistita e alla correlata assunzione di responsabilità genitoriale. Tale orientamento ermeneutico è stato consacrato dalla Corte costituzionale che, con la pronuncia del 22 maggio 2025, n. 68, ha superato il pregresso e ingiustificato ricorso, da parte della giurisprudenza[5], allo strumento dell'adozione in casi particolari[6], c.d. *stepchild adoption*, di cui all'art. 44, lett. d), legge 4 maggio 1983, n. 184, per risolvere la questione del riconoscimento di minori nati da tecniche di PMA[7].

Segnatamente, la Consulta ha delineato una nozione di interesse del minore coincidente con il diritto alla c.d. bigenitorialità dei soggetti che hanno prestato il loro consenso alle tecniche di PMA[8]. Invero, tale rimedio era stato criticato anche dai giudici di seconde cure, secondo i quali l'espediente dello strumento dell'adozione in casi particolari risulta insufficiente alla tutela del diritto del bambino al riconoscimento del proprio *status* di

[5] V., per tutte, Corte di Cassazione, sez. un., 22 giugno 2016, n. 1262, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 1135 ss. In argomento, v., in letteratura, A.G. Grasso, *Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito del legislatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 725 ss.; U. Salanitro, *Ripensando l'adozione particolare, tra limiti funzionali e integrazione analogica*, in *Actual. jur. iber.*, 2022, 1543 ss.

[6] V., *amplius*, Corte di Cassazione, 12 febbraio 2024, n. 3769, in *Fam. dir.*, 2024, 627 ss., con nota di M. Dogliotti, *Ancora sui figli di coppie dello stesso: l'autorevolezza della Cassazione, la forza della giurisprudenza di merito e la speranza…nella Corte costituzionale.*

[7] Nella medesima posizione, cfr. G. Ferrando, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, in *Quest. giust.*, 2022, 8 s. V., altresì, G. Recinto, *Le "istruzioni" per il futuro delle Sezioni Unite in tema di genitorialità*, in *Fam dir.*, 2023, 408 ss.

[8] Corte costituzionale 22 maggio 2025, n. 68, in *Onelegale.it*.

figlio[9]. Del resto, tale adozione non consente di equiparare la condizione dei minori nati da PMA rispetto a quelli che possono, sin dal momento della venuta ad esistenza, essere riconosciuti da entrambi i genitori. Pertanto, l'effetto è quello di creare una differenziazione di trattamento tra i minori nati da PMA eterosessuale e quella omosessuale.

Il caso sottoposto al giudice delle leggi riguardava la vicenda di due donne che ottenevano dall'ufficiale di stato civile l'iscrizione dell'atto di nascita del loro figlio minore, generato da tecniche di PMA eterologa praticata all'estero[10].

A séguito dell'impugnazione proposta dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lucca, volta a ottenere la rettificazione dell'atto ai sensi dell'art. 95 ss. del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, il Collegio giudicante di primo grado sollevava questione di legittimità costituzionale degli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impediscono al nato la possibilità dell'attribuzione dello stato di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale.

La Consulta, accogliendo le censure di incostituzionalità sollevate dal Tribunale, ha ravvisato, sulla scorta dell'art. 8, l. n. 40/2004, la violazione dell'art. 2 Cost. Secondo la sentenza richiamata, in particolare, il mancato riconoscimento dello *status filii* di entrambe le donne che abbiano fatto ricorso a tecniche di PMA legittimamente praticate all'estero determina una violazione del principio personalista, incidendo sull'identità personale del nato e del correlativo diritto a vedersi riconosciuto, sin dalla nascita, uno stato giuridico certo e stabile. Ancóra, è stata sancita la violazione, da parte dell'attuale disciplina in materia di PMA, non soltanto dell'art. 3 Cost., per l'irragionevole disparità di trattamento tra i nati da PMA eterologa e i figli nati per procreazione naturale, ma altresì dell'art. 30 della Carta costituzionale, in ragione della lesione del diritto del minore a veder garantiti i doveri connessi alla responsabilità genitoriale sin dalla nascita nei confronti di entrambi i genitori[11].

---

[9] Cfr. Corte costituzionale 20 ottobre 2016, n. 255, in *Corr. giur.*, 2017, 175 ss., con nota di G. De Marzo, *Sul diritto del minore a conservare rapporti significativi con l'*ex *coniuge compagna della genitrice biologica*; Corte cost. 28 marzo 2022, n. 79, in *Fam. dir.*, 2022, 897 ss., con nota di M. Sesta, *Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali*.

[10] L'iscrizione dell'atto di nascita del minore nato in Italia comprendeva sia la madre biologica sia la madre intenzionale.

[11] Ai fini di una trattazione privatistica del concetto di genitorialità, v. S. Deplano,

Innanzitutto, la Corte costituzionale pone l'accento sul principio della *voluntas* e, di conseguenza, sul consenso espresso negli artt. 8 e 9, l. n. 40/2004, i quali stabiliscono, rispettivamente, il riconoscimento dello stato di figlio e il divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre[12]. Difatti, il procedimento di procreazione medicalmente assistita si instaura attraverso un atto di volontà della coppia che, nel caso di specie, risulta essere maggiormente pregnante rispetto a quella naturale. Pertanto, il ruolo del consenso di entrambi i futuri genitori assume un ruolo centrale; d'altra parte, tale principio appare evidente in ragione della irretrattabilità dell'intenzione di intraprendere il percorso medico[13].

Cosicché, alla luce di quanto appena esposto, particolare rilevanza assume il diritto all'informazione, in modo da indirizzare i soggetti richiedenti l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita a una scelta consapevole. È in tale ottica che rileva il c.d. consenso informato, in virtù del quale il paziente accetta i rischi dell'intervento chirurgico previo ricevimento delle modalità di cura, delle patologie di cui è affetto, dei possibili sviluppi successivi della malattia, nonché delle diverse opportunità terapeutiche[14]. Il consenso deve essere prestato, *ex* art. 6, comma 3, l. n. 40/2004, congiuntamente dalla richiedente coppia, in forma scritta, al medico responsabile della struttura sanitaria. La citata volontà rappresenta non soltanto

*Appunti intorno al concetto di «genitorialità» nel diritto civile*, in *Riv. giur. Mol. Sann*., 2023, 61 ss. V., ancóra, M. Costanza, *I diritti del figlio: mantenimento, educazione, istruzione ed assistenza morale*, in *Nuovi leggi civ. comm*., 2013, 526 ss.; F. Carimini, *Il binomio potestà-responsabilità: quale significato?*, in R. Pane (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, Napoli, 2014, 111 ss.; M. Porcelli, *La responsabilità genitoriale alla luce delle recenti modifiche introdotte dalla legge di riforma della filiazione*, in *Dir. fam. pers*., 2014, 1628 ss.; G. Recinto, *Responsabilità genitoriale e rapporti di filiazione tra scelte legislative, indicazioni giurisprudenziali e contesto europeo*, in *Dir. succ. fam*., 2017, 895 ss.; G. Recinto, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016, *passim*; R. Senigaglia, *Responsabilità genitoriale e responsabilità dei genitori nella complessità generata (anche) dalla vita sociale digitale*, in *Dir. succ. fam*., 2022, 1031 ss.

[12] Cfr. L. Bozzi, *Il consenso al trattamento di fecondazione assistita tra autodeterminazione procreativa e responsabilità genitoriale*, in *Eur. dir. priv*., 2008, 231 ss.; B. Salvatore, *Informazione e consenso nella relazione terapeutica*, Napoli, 2012, 47 ss.; A. Valongo, *Profili evolutivi della procreazione* post mortem, *Dir. succ. fam*., 2019, 541 ss.

[13] Sulla questione, v. S. Deplano, *Considerazioni sul rapporto tra procreazione e genitorialità*, S. Deplano e F. Carimini (a cura di), *Genitorialità medicalmente assistita*, cit., 53 ss.

[14] In argomento, v., diffusamente, F. Carimini, Ars medica *e tutela del paziente*, Napoli, 2019, 62 ss.; R. Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, 2ª ed., Torino, 2020, 179 s.; C. Bottari, *La tutela della salute: lavori in corso*, Torino, 2020, 299 ss.; A. Pioggia, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2024, 27 ss.

un aspetto autorizzativo del trattamento sanitario, bensì anche un'assunzione di responsabilità nei riguardi del nascituro[15]. Infatti, esso costituisce un accordo costitutivo dello *status filii*[16].

Sembra appropriato osservare che il consenso espresso dai soggetti richiedenti l'accesso alle tecniche di riproduzione artificiale costituisce espressione del principio di autodeterminazione, il quale attribuisce il potere di decidere di sottoporsi o meno ad un intervento terapeutico, ovvero di rinunciarvi anche se già iniziato[17]. Pertanto, il consenso del paziente si sostanzia in un atto autorizzativo nei confronti dell'operatore sanitario, in ragione del quale scaturisce il potere di quest'ultimo di intervenire sul corpo del disponente, disattivando l'illiceità della sua condotta[18]. Tale autodeterminazione deve essere presidiata da uno specifico obbligo informativo, allo scopo di coinvolgere il paziente nel trattamento sanitario rendendolo partecipe del percorso terapeutico intrapreso[19].

---

[15] In particolare, l'art. 1, comma 1, l. n. 40/2004 annovera espressamente il concepito tra i soggetti coinvolti nella procedura in esame. Difatti, secondo P. Perlingieri, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, 324, gli embrioni hanno «una storia, un'età e anche una dignità». D'altronde, la soggettività giuridica attribuita dal legislatore al nascituro va intesa come una sintesi di una realtà ontologica da individuare, affrontando così il problema della tutela giuridica dell'inizio della vita umana. V., per tale puntale rilievo, F. D. Busnelli, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir., civ.*, 1982, I., 534. Relativamente al *conceptus* coinvolto nelle tecniche di PMA, *amplius*, G. Oppo, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 99 ss.; F. Gazzoni, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, 176 s.; F. D., Busnelli, *Cosa resta della legge 40'. Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 667 ss.

[16] V., in argomento, A. Trabucchi, *La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 621 ss.; R. Villani, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004, 81 ss.; L. Rossi Carleo, *Le informazioni per il consenso alla procreazione assistita*, in *Familia*, 2004, 705 ss.; F. Naddeo, *Accesso alle tecniche*, in P. Stanzione e G. Sciancalepore, *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40* (a cura di), Milano, 2004, 93 s.; M. Faccioli, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Dig., Disc. priv., Sez. civ.*, Agg. II, Torino, 2007, 1051 ss.; A. Ricci, *La disciplina del consenso informato all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, il D.M. 28 dicembre 2016, n. 265: novità e vecchi problemi*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 66.

[17] Fino al momento della fecondazione dell'ovulo. In tal senso, v. Corte costituzionale 24 luglio 2023, n. 161, in *Giur. it.*, 2023, 2028 ss.

[18] Per tale puntuale rilievo, v. C. Castronovo, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 1055.

[19] Cfr. M. Graziadei, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in L. Lenti, E. Palermo

Nondimeno, in secondo luogo, intrinseco all'assunzione di responsabilità genitoriale è l'interesse del minore nato dalla manifestazione di volontà da parte della coppia. Per il giudice delle leggi, inoltre, difetta di qualsiasi giustificazione il riconoscimento dello *status filiationis* soltanto nei confronti di colei che ha partorito il minore; infatti, è evidente l'interesse dello stesso ad essere riconosciuto come figlio di entrambe le persone che hanno espresso rigorosamente il loro consenso[20].

I princìpi su esposti trovano conferma nella pronuncia in commento della Corte di Cassazione, la quale, in particolare, sostiene che il mancato riconoscimento dello stato di figlio di entrambi i genitori lede l'identità personale del minore, pregiudicando non solo il suo diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, ma anche quello di essere educato, istruito e mantenuto. Pertanto, i giudici di Piazza Cavour confermano il provvedimento emesso dalla Corte di Appello di Brescia, la quale, dunque, attribuisce lo stato di figlio riconosciuto nei riguardi della madre intenzionale che, insieme a quella biologica, ha espresso e prestato il consenso alla tecnica fecondativa. Tuttavia, occorre rilevare la correzione della motivazione del decreto emesso dalla Corte d'Appello da parte della Cassazione, secondo la quale il giudice di secondo grado avrebbe dovuto sollevare questione di legittimità costituzionale.

Il giudice di legittimità osserva che, prima della dichiarazione di incostituzionalità, il riconoscimento della madre intenzionale restava precluso; né l'interpretazione costituzionalmente orientata né quella evolutiva avrebbero potuto superare il dato normativo allora vigente. In particolare, la stessa giurisprudenza della Cassazione, anteriormente alla pronuncia in commento, respingeva la possibilità di una domanda volta ad ottenere la formazione di un atto di nascita recante quale genitore del minore, nato in Italia, anche il genitore c.d. intenzionale. Questo, in ragione della decisione del legislatore[21] di limitare l'accesso alle tecniche di procreazione medical-

---

Fabris e P. Zatti, *Trattato di biodiritto. I diritti in medicina* (a cura di), Milano, 2011, 194 ss.

[20] Nello stesso senso, v. Corte costituzionale 28 novembre 2002, n. 494, in *Arch. civ.*, 2003, 133 ss.; Corte costituzionale 9 marzo 2021, nn. 32 e 33, in *Fam. dir.*, 2021, 680 ss., con note di M. Dogliotti, *Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?*, e G. Ferrando, *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori.*

[21] In giurisprudenza, cfr., per tutte, Corte di Cassazione 2 agosto 2023, n. 23527, in *Onelegale.it*; Corte di Cassazione 20 febbraio 2024, n. 448, in *DeJure.it*.

mente assistita di tipo eterologo soltanto a coppie eterosessuali[22] innanzi a situazioni di infertilità patologica[23].

[22] In séguito di molteplici interventi normativi e giurisprudenziali, l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita risulta consentito non solo alle persone affette da sterilità o infertilità originaria oppure sopravvenuta, ma altresì a quelle fertili portatrici di malattie geneticamente o sessualmente trasmissibili, ad esempio pazienti affetti dal *virus HIV* o di epatiti B e C. Sul punto, v. Tribunale di Salerno, 9 gennaio 2010, in *Dir. fam. pers.*, 2010, 1737 ss. Sotto questo profilo, è d'uopo esaminare i c.d. requisiti soggettivi di accesso alle tecniche mediche previsti dall'art. 5, comma 1 della legge in commento. Tale disposizione normativa consente l'accesso alla procedura di riproduzione medicalmente assistita a soggetti eterosessuali di sesso diverso, coniugati ovvero stabilmente conviventi. Pertanto, appare evidente come sia preminente una comunione di vita materiale e spirituale dei richiedenti, fondata su un *affectio familiaris*. La giurisprudenza di merito ha messo in risalto come tale *affectio familiaris* non incontri ostacoli in caso di impianto *post mortem*. In particolare, i giudici hanno sostenuto il diritto della donna di effettuare l'impianto dell'ovulo fecondato malgrado il decesso intervenuto *medio tempore* dell'uomo, stante l'irrevocabilità del consenso prestato. In altri termini, tale orientamento equipara il decesso avvenuto dopo la formazione dell'embrione alla morte sopravvenuta in séguito al concepimento. In argomento, v., Tribunale di Palermo, 8 gennaio 1999, in *Dir. fam. pers.*, 1999, 226 ss.; Tribunale di Bologna, 16 gennaio 2015, in *Dir. fam. pers.*, 2015, 605 ss.; Tribunale di Lecce, 24 giugno 2019, in *Fam. dir.*, 2020, 949 ss. In dottrina, v., G. Montanari Vergallo, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Milano, 2008, 14 s.; A. Natale, *I diritti del soggetto procreato* post mortem, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 523 ss.; A. Mendola, Inediti modelli di genitorialità nella fecondazione assistita post mortem, in *Riv. it. med. leg.*, 2019, 1614 ss.; A. Valongo, *Profili evolutivi della procreazione assistita post mortem*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 525 ss.; A. Morace Pinelli, *La filiazione da pma e gli spinosi problemi della maternità surrogata e della procreazione* post mortem, in *Foro it.*, 2019, I, 3352 ss.; I Barone, *Procreazione* post mortem *e status* filiationis, in *Fam. dir.*, 2020, 950 ss.; M. Faccioli, *La procreazione assistita* post mortem *tra divieti normativi, soluzioni giurisprudenziali e prospettive di riforma della l. n. 40/2004*, in *BioLaw Journal*, 2021, 27 ss.; R.E. De Rosa, *La procreazione medicalmente assistita* post mortem. *Un confronto italo-spagnolo*, in *Act. jur. iber.*, 2022, 576 ss. Per una autorevole analisi della giurisprudenza di merito contraria o favorevole alla procreazione *post mortem*, v. O. Clarizia, *Divieto di procreazione medicalmente assistita post mortem e trasmissione* mortis causa *dei gameti*, in *Annali della SISDiC*, 2024, 49 ss.

[23] La questione è stata affrontata sia dalla giurisprudenza di merito sia da quella costituzionale. Per le decisioni di primo grado, v., *ex multis*, Tribunale di Perugia, 28 novembre 2020, in *Giur. it.*, 2021, 2610 ss.; Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, 11 ottobre 2020, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 649 ss.; Tribunale di Bologna, 16 gennaio 2015, in *Dir. fam. pers.*, 2015, 605 ss.; Tribunale di Lecce, 24 giugno 2019, in *Fam. dir.*, 2020, 9449 ss. Per le pronunce della Consulta, v., *ex plurimis*, Corte costituzionale 8 maggio 2009, n. 151, in *Foro it.*, 2009, c. 2301; Corte costituzionale 10 giugno 2014, n. 162, in *Quad. cost.*, 2014, 663 ss.; Corte costituzionale 11 novembre 2015, n. 229, in *Foro it.*, 2015, c. 3749.

Ebbene, l'operazione ermeneutica seguita dai giudici di seconde cure incontrava un limite insuperabile nell'univoco tenore letterale dell'enunciato legislativo. L'art. 8 della l. n. 40/2004, infatti, faceva espresso riferimento alla coppia che manifestava la volontà di ricorrere alle tecniche ai sensi dell'art. 6 della medesima legge; quest'ultima norma richiama i soggetti di cui all'art. 5, vale a dire quelli di sesso diverso, maggiorenni, coniugati o conviventi, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile. Tale combinato disposto era stato valorizzato dalla difesa erariale, secondo la quale, anche alla luce del precedente orientamento della Corte costituzionale, risultava impossibile una risposta giurisprudenziale alla pretesa del genitore intenzionale omosessuale di ottenere il riconoscimento del figlio di cui il *partner* è genitore biologico.

L'indirizzo della Consulta nel ribadire l'esigenza di salvaguardia del primario interesse del minore aveva rimesso «alla prioritaria valutazione del legislatore […] la congruità dei mezzi adatti a raggiungere un fine costituzionalmente necessario», al fine di colmare il divario tra la realtà legale e quella fattuale nel rapporto tra il minore e la madre intenzionale[24].

Stando così le cose, il giudice ordinario non poteva porre rimedio al vuoto di tutela dell'interesse del minore mediante una interpretazione *contra legem*, con l'effetto di sostituirsi alla volontà del legislatore. Pertanto, secondo la pronuncia in commento, è il legislatore a essere il solo in grado di ponderare gli interessi incomprimibili dei minori attraverso una disciplina organica della materia[25].

---

[24] V., anche per le espressioni fedelmente riportate, Corte costituzionale 9 marzo 2021, n. 32, in *www.cortecostituzionale.it*. In realtà, sembra ragionevole specificare che la pronuncia costituzionale richiamata si limitava a invocare l'attenzione del legislatore in materia, a differenza della n. 68/2025, che interviene in modo diretto riconoscendo il diritto del minore allo *status* filiale. D'altronde, appare inopportuno subordinare tale stato al sesso dei genitori o al luogo in cui il procedimento di pma viene instaurato, in presenza del consenso preventivamente espresso da entrambe le madri. In dottrina, v. G. Repetto, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017, 325 ss.; G. Chiappetta, *Le sentenze della Corte costituzionale n. 32 e n. 33 del 2021 e l'applicabilità dell'art. 279 c.c.*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021; F. Mannella, *Oltre un serio avvertimento al legislatore? La Corte costituzionale e la nuova categoria di "nati non riconoscibili". Nota alla sentenza n.32 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 2021, 1 ss.

[25] Per una completa disamina sul ruolo del Parlamento, v. R. Bin, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 2019, 760 ss.; M. Ruotolo, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Dir. soc.*, 2020, 62 ss.; D. Tega, *La Cote nel contesto. Percorsi di ri-accentramento nella giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020,

## 3. *Considerazioni conclusive*

La sentenza in commento si colloca in una cornice giurisprudenziale e normativa profondamente segnata da una tensione tra diritto positivo e realtà sociale. Benché l'ordinamento italiano abbia compiuto significativi progressi in tema di parificazione degli *status filiationis*, giova rilevare come non abbia ancóra dato piena attuazione al principio di uguaglianza dei figli[26].

Nella società contemporanea i modelli familiari[27] e relazionali sono divenuti radicalmente diversi rispetto a quelli solitamente diffusi nel secolo scorso[28]. Infatti, secondo parte della dottrina[29], la trasformazione delle forme di genitorialità e il pluralismo familiare imporrebbero una riformulazione dei tradizionali istituti basati sul binarismo sessuale e sul primato del fattore biologico[30].

---

142 ss.; A. Ruggeri, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (nota minima a Corte cost., nn. 32, 33 del 2021)*, in *Consultaonline.it*, 2021, 221 ss.

[26] In argomento, v. M.C. Venuti, *Diritti dei figli* vs. *Genitorialità "*same-sex"*: antitesi o composizione? Il dialogo (muto?) tra la Corte costituzionale e il legislatore italiano*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 949 ss.; M. Bianca, *La Corte costituzionale e il figlio di coppia omoaffettiva. Riflessioni sull'evoluzione dei modelli di adozione*, in *Familia*, 2022, 366 ss.; M. N. Bugetti, *Lo status di figlio di coppia omosessuale a dieci anni dall'introduzione dello stato unico di filiazione. Un* excursus *giurisprudenziale (e qualche riflessione)*, in *Fam. dir.,* 2022, 849 ss.

[27] Secondo P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, Napoli, 2020, 337 s., i diversi modelli familiari, intesi come formazioni sociali con pari dignità rispetto alla famiglia *iure sanguinis*, sono garantiti dalla Carta costituzionale agli artt. 2, 3, e 29, comma 1. Infatti, la loro tutela ha l'obiettivo di favorire la realizzazione di esigenze individuali, come luoghi nei quali si sviluppa la persona, e non come portatori di interessi superiori e superindividuali. Nello stesso senso, già, Id., *Sui rapporti personali nella famiglia*, in *Dir. fam. pers.*, 1979, 1253 ss.; Id., *Sulla famiglia come formazione sociale*, in *Dir. giur.*, 1979, 775 ss.; Id*., I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 72 ss.

[28] A. Cordiano, *Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcuni riflessioni evolutive*, in *com. dir. civ.*, 2012, 1 ss.

[29] In tal senso, v. I. Tardia, *Il diritto delle famiglie nel pluralismo delle formazioni familiari e delle relazioni affettive*, Napoli, 2025, *passim*. Sul punto, v. Cass. 29 agosto 2023, n. 2536, in *Fam. dir.*, 2024, 344 ss.

[30] Per un esame complessivo della questione, v. O. Clarizia, *Il diritto del minore alla continuità delle relazioni affettive nei diversi modelli familiari*, in *Riv. giur. Mol. Sann.*, 2024, 88 ss., secondo la quale, al di là della natura del vincolo biologico, adottivo ovvero di fatto della comunità familiare, la tutela degli interessi del minore postula la valorizzazione della sua capacità di discernimento, onde «consentirgli di compiere quei atti per i quali,

Nel quadro delineato, emerge chiaramente come l'obiettivo perseguito della Corte di Cassazione sia quello di superare un intollerabile *vulnus* ai diritti fondamentali del figlio, in attuazione degli artt. 2, 3 e 30 Cost[31]. Peraltro, il principio del miglior interesse del minore (c.d. *best interest of the child*)[32] si desume non soltanto dalle richiamate disposizioni costituzionali, ma anche dagli artt. 315 *bis*, commi 1 e 2, e 337 *ter*, comma 1, Codice civile, che disciplinano i diritti e i doveri del figlio[33], nonché da una pluralità di fonti sovranazionali[34], tra cui l'art. 8, comma 1, Convenzione ONU sui diritti del fanciullo[35] e l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea[36].

---

in concreto, è in grado di assumere una decisione con adeguata consapevolezza e di vagliare, in autonomia, la rilevanza di una relazione affettiva che abbia il carattere della stabilità e della familiarità».

[31] V., in argomento, Corte di Cassazione, 29 agosto 2023, n. 2536, in *Fam. dir.*, 2024, 344 ss.

[32] A. Gorgoni, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Milano, 2017, *passim*; R. Baiocco, A. Busacca e B. de Filippis, *Unioni civili e genitorialità: le nuove frontiere della giurisprudenza. Interesse del minore e genitorialità* same sex, Padova, 2018, *passim*.; G. Cazzetta, *L'interesse del minore tra fisiologia e patologia dei rapporti familiari*, in *Dir. succ. fam.*, 2022, 953 ss.; V. Barba, *Autonomia progressiva e miglior interesse della persona minore di età*, Ibidem, 441 ss.

[33] Per una completa analisi della disciplina, v., ampiamente, C.M. Bianca (con la collaborazione di M. Bianca), *Istituzioni di diritto privato*, 3ª ed., Milano, 2022, 821 s.; A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, 26ª ed., Milano, 2023, 1345 ss.; R. Carleo, S. Martuccelli e S. Ruperto, *Istituzioni di diritto privato*, 4ª ed., Roma, 2023, 1103 s.; A. Galasso e G. Palmeri, *Istituzioni del diritto privato*, 3ª ed., Bologna, 2023, 470 s.; R. Calvo e A. Ciatti Càimi, *Diritto privato*, 6ª ed., Bologna, 2024, 621 s.; G. Chinè e A. Zoppini, *Manuale superiore di diritto civile*, 16ª ed., Bari, 2024, 299 s.; G. Iorio, *Corso di Diritto privato*, Torino, 2024, 164 s. e 1032 s.; L. Nivarra, V. Ricciuto e C. Scognamiglio, *Diritto privato*, 8ª ed., Torino, 2025, 919 s.; E. E. Del Prato, *Le basi del diritto civile*, Torino, 2025, 377 ss.

[34] Cfr. Corte EDU, 30 maggio 2023, cc. 47998/2020, Nuti c. Italia, in *Foro it.*, 2023, IV, c. 413 ss. V., *amplius*, C. Sartea, *Diritti umani. Un'introduzione critica*, Torino, 2018, 108 s.; E. Malfatti, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino, 2018, 199 ss.; P. Pustorino, *Lezioni di tutela internazionale dei diritti umani*, 2ª ed., Bari, 2020, 1 s. e 97 ss.; M. Di Filippo, M. Gestri e S. Marinai, *Diritto dell'Unione Europea. Istituzioni e politiche*, Torino, 2024, 33 s.

[35] Per maggiori approfondimenti, v. S. Deplano, *Profili in tema di adozioni*, Napoli, 2024, 31 ss.

[36] In argomento, v. L. Lenti, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 148 ss.; R. Adam e A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, 4ª ed., Torino, 2022, 167 s.;

Pertanto, l'interesse del minore non deve essere inteso come un semplice strumento interpretativo a disposizione dei giudici, bensì quale parametro oggettivo a cui l'intero ordinamento deve tendere, con l'effetto di garantire il diritto del minore alla stabilità affettiva, anche in assenza di legami biologici o matrimoniali, valorizzando il progetto procreativo condiviso e il consenso preventivamente espresso dalla coppia.

Peraltro, il principio personalistico *ex* art. 2 Cost. impone al legislatore di individuare le forme di responsabilità assunte all'interno di rapporti affettivi stabili e indirizzate alla cura del minore. Orbene, tale responsabilità appare identica anche nel caso di relazioni omoaffettive, con la conseguenza dell'impossibilità, *rectius* improponibilità, di una sua diversa valutazione in termini di anomalia rispetto al modello comune di genitorialità. Tale modello, in altri termini, dovrebbe essere apprezzato in funzione del valore costituzionale della continuità affettiva ed effettiva, che costituisce parte integrante del processo di sviluppo della personalità del minore. Ancóra, un riconoscimento espresso del legame giuridico tra il minore e il genitore intenzionale rappresenterebbe una necessaria attuazione dell'art. 30, comma 1, Cost., nella parte in cui sancisce il dovere dei genitori di mantenere, istruire e educare i figli[37], anche se nati fuori dal matrimonio[38]. Questo al fine di evitare che il perdurare dell'attuale vuoto normativo determini una diseguaglianza incidente su un soggetto incapace, quale il minore, di far valere autonomamente i propri diritti, in palese violazione del principio di uguaglianza sostanziale *ex* art. 3, comma 2, Cost.

In conclusione, nell'attuale momento storico la prospettiva evolutiva del "nuovo" diritto di famiglia richiede al legislatore il compito di adottare soluzioni inclusive regolatrici dell'effettività dei legami familiari e dell'interesse del minore[39].

---

G. Strozzi e R. Mastroianni, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, 9ª ed., Torino, 2023, 264 s.; A. Adinolfi e C. Morviducci, *Elementi di diritto dell'Unione Europea. Sistema istituzionale, circolazione delle persone, politica estera e di sicurezza comune*, 2ª ed., Torino, 2023, 91 ss.

[37] F. Prosperi, *Unicità dello «status* filiationis*» e rilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 278 ss.

[38] Cfr. G. Ferrando, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, 528 ss.; L. Lenti, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 202 ss.; M. Velletti, *La nuova nozione di parentela*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 448 ss. Per una indagine sulla protezione patrimoniale dei figli non riconoscibili, v. V. De Oto, *Tutela dei diritti patrimoniali dei figli non riconoscibili*, in S. Deplano, F. Carimini (a cura di), *Genitorialità medicalmente assistita e diritti del minore*, cit., 117 ss.

[39] La PMA costituisce un settore in continuo mutamento, sia dal punto di

In virtù dell'assenza nell'ordinamento italiano di una norma specifica disciplinante compiutamente lo *status* di minore di genitori omosessuali, la sentenza in commento potrebbe costituire uno spunto per il legislatore verso una futura riforma[40].

vista normativo, sia da quello medico-scientifico, con rilevanti criticità applicative. Nondimeno, nonostante il riconoscimento, avvenuto nel 2017 ad opera del d.P.C.M. 12 gennaio 2017, delle tecniche procreative artificiali quale livello essenziale di assistenza (LEA), l'efficienza del procedimento di accesso presenta ancóra sfide significative legate sia alla distribuzione territoriale delle strutture sanitarie – specialmente su base regionale – sia alla sostenibilità economica e alle disuguaglianze di accesso alla procedura. Per un elenco della normativa regionale in materia di PMA, v., *https://www.iss.it/web/guest/ricerca?categoryId=5542878*.

[40] In argomento, sia consentito il rinvio a T. Belfiore, *Quali diritti genitoriali per le coppie* same-sex *italiane?*, in F. Corbisiero e S. Monaco e Aa.Vv. (a cura di), *Manuale di studi LGBTQIA+,* Torino, 2024, 160 s.; Id, *Genitorialità in transizione*, Ibidem, 162 s.

**Abstract**

La nota esamina la sentenza della Corte di Cassazione 5 giugno 2025, n. 15075, con la quale viene definitivamente risolta la questione dello *status filiationis* dei minori nati in Italia da PMA eterologa praticata all'estero da coppia omosessuale femminile. La pronuncia trae il proprio fondamento dalla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 8 della legge n. 40/2004, intervenuta con la sentenza della Corte costituzionale 22 maggio 2025, n. 68, nella parte in cui non prevedeva il riconoscimento dello stato di figlio in favore della madre intenzionale che avesse previamente prestato il consenso alle tecniche di fecondazione assistita. Il contributo ricostruisce il percorso argomentativo che conduce a qualificare il consenso procreativo come accordo costitutivo dello *status filii*, distinto dal legame biologico e fondato sul principio di autodeterminazione e sull'assunzione consapevole di responsabilità genitoriale. Muovendo dal *best interest of the child* quale parametro oggettivo dell'ordinamento, si evidenzia come il mancato riconoscimento del doppio legame di filiazione leda l'identità personale del minore e produca un'irragionevole disparità di trattamento rispetto ai nati da PMA eterosessuale, in violazione degli artt. 2, 3 e 30 Cost.

This case note examines the Supreme Court of Cassation ruling of June 5, 2025, no. 15075, which definitively resolves the issue of the *status filiationis* of minors born in Italy through heterologous MAP performed abroad by female same-sex couples. The ruling is based on the declaration of constitutional illegitimacy of Article 8 of Law No. 40/2004 by the Constitutional Court in judgment no. 68 of May 22, 2025, insofar as it failed to provide for the recognition of *filial status* in favor of the intentional mother who had previously consented to assisted reproduction techniques. The contribution reconstructs the argumentative path that leads to qualifying procreative consent as a constitutive agreement of the *status* filii, distinct from the biological bond and grounded in the principle of self-determination and the conscious assumption of parental responsibility. Starting from the best interest of the child as an objective parameter of the legal system, the study highlights how the failure to recognize the dual bond of filiation harms the minor's personal identity and creates an unreasonable disparity in treatment compared to children born via heterosexual MAP, in violation of Articles 2, 3, and 30 of the Constitution.

# Sul rapporto di filiazione intenzionale da gestazione per altri tra «qualificazione ottimale in concreto» dell'interesse del minore e novella dell'art. 12, comma 6, legge 19 febbraio 2004, n. 40

di Stefano Deplano

Sommario: 1. «Qualificazione ottimale in concreto» e (costituzione del) rapporto di filiazione. – 2. Persona minore d'età e funzione promozionale del diritto civil-costituzionale. – 3. La recente giurisprudenza costituzionale in punto di *status filiationis*. – 4. *Segue*. Responsabilità genitoriale basata sul consenso e statuto del nato da PMA eterologa praticata all'estero. – 5. *Segue*. Adozione internazionale e superamento della logica astratta degli automatismi normativi. – 6. Rapporto di filiazione derivante da gestazione per altri tra tutela dell'ordine pubblico interno e vincoli sovranazionali.

## 1. *«Qualificazione ottimale in concreto» e (costituzione del) rapporto di filiazione*

Il dibattito intorno alla costituzione del rapporto di filiazione nei casi di gestazione per altri (di séguito, GPA) realizzata all'estero tende a essere rappresentato come un conflitto tra posizioni assiologiche contrapposte nel quale si fronteggiano, da un lato, la tutela della dignità della donna[1] e il rispetto dell'ordine pubblico interno e, dall'altro, l'autodeterminazione procreativa[2].

Una simile impostazione, tuttavia, rischia di offuscare il profilo realmente dirimente della questione.

La domanda centrale consiste non tanto nello stabilire se il cd. *best interest of the child* debba orientare l'interpretazione quanto, piuttosto, nel chiarire in che modo tale interesse debba essere individuato, selezionato

[1] M. Bianca, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico* versus *superiore interesse del minore ?*, in *Familia*, 2019, 375 ss.

[2] A. Schillaci, *Surrogazione di maternità e dimensioni della dignità: alla ricerca di un paradigma*, in M. Caielli, B. Pezzini e Id. (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019, 179 ss.; B. Pezzini, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: "principio nel nome della madre" nella gravidanza per altri*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 91 ss. Vedi anche Corte costituzionale 10 giugno 2014, n. 162, in *Corr. giur.*, 2014, 1062 ss., con nota di G. Ferrando.

e tradotto in statuti normativi aderenti a concreti conflitti di interesse[3]. L'uso inflazionato e talora meramente evocativo della formula ha infatti finito per svuotarla della sua originaria funzione ordinante sì da trasformarla in un contenitore argomentativo suscettivo di legittimare soluzioni profondamente divergenti e, talora, tra loro incompatibili. Ne discende l'esigenza di sottrarre il *best interest* a una dimensione meramente retorica e di ricondurlo entro una cornice metodologica capace di governarne l'operatività in modo coerente con i princípi fondamentali del sistema ordinamentale[4].

In linea con la tracciata prospettiva si impone il superamento tanto degli approcci meramente letterali tanto delle ricostruzioni dogmatiche tradizionali tendenti ad irrigidire categorie concettuali elaborate in contesti storici e culturali non più corrispondenti alla complessità delle odierne vicende procreative[5]. L'esperienza applicativa, infatti, dimostra che tali modelli interpretativi non risultano sempre adeguati di fronte ai rapporti fattuali derivanti dalla procreazione medicalmente assistita, i quali mettono in crisi le categorie classiche della filiazione fondate su un'impostazione prevalentemente biologica[6]. Si vuol dire che la rigidità dell'impostazione tradizionale è suscettiva di dar luogo ad assetti giuridici formalmente coerenti ma sostanzialmente disfunzionali poiché incapaci di intercettare i reali interessi in gioco (a partire proprio da quelli del minore) e di garantire continuità, stabilità e riconoscimento alle relazioni che costituiscono il nucleo della sua identità personale[7]. Il problema si colloca, pertanto, sul terreno della funzione stessa dell'interpretazione giuridica nel sistema costituzionale contemporaneo[8]. In un ordinamento fondato sul principio

[3] In linea con la prospettiva argomentata da E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, 63 ss.

[4] E. Lamarque, *Pesare le parole. Il principio dei* best interests of the child *come principio del miglior interesse del minore*, in *Fam. dir.*, 2023, 366.

[5] P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, 4ª ed., Napoli, 2020, 1 ss.

[6] Cfr. V. Barba, *Procreazione medicalmente assistita eterologa omosessuale. C'è differenza se il figlio nasce in Italia o all'estero. Intorno a tre recenti sentenze della Cassazione*, in *Dir. succ. fam.*, 2021, 819.

[7] Corte di Cassazione, sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *Giur. it.*, 2023, 2320 ss., con nota di G. Salvi, *Ancora un no (forse definitivo) delle Sezioni unite alla trascrizione a seguito di gestazione per altri.*

[8] V., a riguardo, P. Perlingieri, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in P. Femia (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, 1 ss., spec. 25 ss.

personalistico e sulla promozione dell'eguaglianza sostanziale l'attività ermeneutica non può esaurirsi nella ricostruzione della fattispecie astratta ma deve estendersi alla valutazione degli effetti concreti che la decisione è destinata a produrre *in primis* sulla persona minore d'età. L'interpretazione assume così una funzione eminentemente applicativa: la legittimità della qualificazione giuridica deve essere misurata non soltanto in punto di coerenza formale con il dato normativo ma anche in relazione alla sua idoneità a realizzare, in concreto, i valori costituzionali ed eurounitari[9].

In questo quadro si colloca il paradigma della «qualificazione ottimale in concreto» dell'interesse del minore[10]. Esso impone all'interprete di individuare, con riferimento al caso concreto e all'esito di un giudizio conforme a ragionevolezza e proporzionalità[11], lo statuto giuridico più idoneo a garantire lo sviluppo pieno e armonico della personalità del minore. La filiazione, di conseguenza, diviene anche la struttura portante dell'identità personale del minore[12]. La selezione dello statuto normativo

[9] V., sul punto, G. Perlingieri, *Sul giurista che come «il vento non sa leggere»*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 391 s.

[10] Per riprendere la formula coniata da Corte costituzionale 10 febbraio 1981, n. 11, in *Foro it*, 1981, 731, voce *Adozione*, n. 53 e, *amplius*, in *Dir. fam. pers.*, 1981, 328 con nota di M. Dogliotti, *Ancóra sul rapporto tra le due adozioni: una vittoria per l'adozione speciale*; in *Giur. it.*, 1981, I, 1759, con nota di A. Trabucchi, *Le Sezioni Unite e la configurazione del concetto di abbandono dopo l'intervento della Corte costituzionale in tema di adozione speciale*; in *Rass. dir. civ.*, 1982, 889 con nota di R. Pane.

[11] Nota G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 86 che «[i]l controllo di ragionevolezza è fondamentale […] nella scelta del rimedio più adeguato o, se si preferisce, del "giusto rimedio"» e rileva che «nel diritto europeo dei contratti è frequente che il legislatore stabilisca soltanto quale è l'interesse giuridico protetto, lasciando poi all'interprete il compito di scegliere, tra due o più rimedi compatibili, quello più adeguato», inoltre pone in luce che la ragionevolezza è un utile criterio interpretativo anche quando il rimedio invalidante sia espressamente contemplato dal legislatore (90) e, da ultimo, evidenzia che il principio da ultimo citato consente anche di valutare la plausibilità di una pluralità di rimedi in ordine ad una stessa ipotesi normativa, tenuto conto del caso concreto nel quale il rimedio deve attivarsi (91).

[12] Molto chiaramente, sul punto, v. Corte costituzionale 28 marzo 2022, n. 79, § 5.1, in *Giur. cost.*, 2022, 1701 ss., con nota di F. Astone, *«Adozione in casi particolari» e «adozione»: un'assimilazione necessariamente parziale* e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 2, 377 ss., con nota di G. Ferrando, *Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero.* La sentenza n. 79 del 2022 della Corte costituzionale realizza una netta funzionalizzazione della disciplina dell'adozione alla tutela del minore, assumendo il suo interesse superiore quale criterio guida dell'intero giudizio di legittimità. La Corte non si limita a valutare la coerenza sistematica dell'istituto, ma verifica in concreto gli effetti della normativa impu-

applicabile deve dunque avvenire in funzione dell'idoneità dell'assetto prescelto a garantire tale esigenza fondamentale evitando soluzioni che, pur corrette sul piano logico-formale, producano effetti destabilizzanti sul piano esistenziale[13].

Il *best interest of the child* recupera, in questa prospettiva, la sua corretta rilevanza giuridica: non criterio di preferenza tra opzioni precostituite ma principio ordinatore dell'intero processo interpretativo chiamato a orientare la costruzione della qualificazione giuridica più conforme alla dignità e ai diritti fondamentali della persona minore d'età[14].

## 2. *Persona minore d'età e funzione promozionale del diritto civil-costituzionale*

Il paradigma della «qualificazione ottimale in concreto»[15] dell'interesse del minore trova il proprio fondamento normativo nel nucleo assiologico della Costituzione repubblicana, in particolare nell'intreccio sistematico degli artt. 2, 3, 30 e 31 cost. Queste disposizioni tracciano uno statuto costituzionale della persona minore d'età innovativo rispetto alle tradizionali impostazioni patrimonialistiche e adultocentriche del diritto di famiglia[16]. In tale prospettiva il minore non è più concepito né come oggetto di protezione né come semplice proiezione delle aspettative genitoriali ma come soggetto titolare di

gnata sulla crescita, sull'identità personale e sulla stabilità relazionale del bambino. In tale prospettiva, il diniego dei legami parentali tra il minore adottato e i parenti dell'adottante viene ritenuto costituzionalmente illegittimo poiché compromette la pienezza della tutela dovuta al minore, violando i principi di eguaglianza e di protezione dell'infanzia sanciti dagli artt. 3 e 31 cost. oltre a incidere sul diritto del minore alla propria identità familiare.

[13] In una logica che ben si presta ad essere definita «rimediale», v. P. Perlingieri, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 1 ss., spec. 10.

[14] E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale*, cit., 60 ss.

[15] Il sintagma viene adoperato con costanza dalla giurisprudenza costituzionale, v., ad esempio, Corte costituzionale 24 gennaio 1991, n. 27; Corte costituzionale 29 maggio 2020, n. 102; Corte costituzionale 9 marzo 2021, n. 33; Corte costituzionale 22 aprile 2025, n. 55, tutte in *cortecostituzionale.it*

[16] Per un generale inquadramento dei princípi costituzionali sottesi alla disciplina della famiglia, v. M. D'Amico, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo,* Milano, 2016, 1 ss.; F. Biondi, *Quale modello costituzionale?*, in F. Giuffré e I. Nicotra (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, 2014, 3 ss.

diritti fondamentali, portatore di bisogni relazionali ed esistenziali che l'ordinamento è chiamato a riconoscere e promuovere in modo effettivo.

L'art. 2 Cost. impone di riconoscere i diritti inviolabili della persona (anche minore d'età) e impone alla Repubblica di rimuovere gli ostacoli che ne impediscono il pieno sviluppo, collocando al centro dell'ordinamento la dignità della persona umana. La persona minore d'età viene così inscritta entro un orizzonte valoriale che non tollera riduzioni formalistiche del proprio statuto giuridico né sacrifici delle proprie esigenze identitarie sull'altare di categorie concettuali rigide o di interessi istituzionali astratti[17].

L'art. 3 Cost. rafforza tale impostazione imponendo all'interprete di verificare se gli assetti giuridici concretamente adottati siano effettivamente idonei a garantire l'eguaglianza sostanziale nel godimento dei diritti fondamentali[18]. Tanto, in materia di filiazione, comporta il superamento di ogni approccio indifferenziato che, apparentemente neutro, finisca per produrre discriminazioni indirette tra minori sulla base delle modalità di procreazione o della conformazione del loro nucleo familiare. Il principio di eguaglianza sostanziale impone, invece, di costruire soluzioni capaci di neutralizzare tali fattori di vulnerabilità e di assicurare a ciascun minore un percorso di crescita conforme alla propria dignità.

A mente degli artt. 30 e 31 Cost. [19], da ultimo, il diritto-dovere dei genitori di mantenere, istruire e educare i figli non si esaurisce in una prerogativa privata ma si configura come funzione costituzionalmente orientata alla promozione della personalità del minore[20]. Lungi dal porsi in posizione antagonista rispetto all'autonomia familiare, l'intervento dello Stato ne costituisce il necessario complemento, chiamato a garantire che ogni minore possa fruire delle condizioni materiali e relazionali indispensabili al proprio sviluppo[21].

---

[17] P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico* (1972), 2ª rist., s.l., ma Camerino-Napoli, s.d., ma 1982, 137 ss.

[18] G. Matucci, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, Padova, 2015, 49 ss.

[19] Con riferimento ai quali v. P. Perlingieri e P. Pisacane, *Art. 30*, in *Commento alla Costituzione italiana*, a cura di P. Perlingieri, 2ª ed., Napoli, 2001, 194 s. e E. La Rosa, *Tutela dei minori e contesti familiari. Contributo allo studio per uno statuto dei diritti dei minori*, Milano, 2005.

[20] Cfr. M. Bessone, *Art. 30*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma, 1977, 98 e G. Giacobbe, *Educazione della prole, progetto educativo e ruolo della famiglia: spunti per una riflessione*, in *Iustitia*, 2012, 432 ss.

[21] T. Auletta, *Dai principi costituzionali al 'diritto vivente'. Riflessioni sullo sviluppo del diritto di famiglia e sulle prospettive future*, in *Riv. gruppo Pisa*, 2013, 625 ss.

Da questo intreccio normativo emerge una concezione della filiazione quale statuto relazionale dinamico e da ricostruire tenendo in conto l'interesse concreto del minore. La funzione del diritto civile, in tale contesto, consiste non già nel riprodurre modelli astratti di genitorialità quanto, piuttosto, nell'offrire statuti normativi idonei a governare le relazioni effettivamente esistenti sì da promuovere la costruzione dell'identità del minore[22]. Il paradigma della «qualificazione ottimale in concreto» si colloca, dunque, al cuore del costituzionalismo personalista quale espressione della funzione promozionale assegnata dalla Carta al diritto civile. Esso impone all'interprete di operare una sintesi tra norme e princípi nella consapevolezza che la tutela della persona minore d'età richiede un'opera continua di adattamento ai valori che caratterizzano il sistema ordinamentale[23].

## 3. *La recente giurisprudenza costituzionale in punto di status filiationis*

La più recente giurisprudenza costituzionale conferma la descritta premessa di metodo: essa segna un passaggio di particolare rilevanza poiché rimarca la forte evoluzione degli assetti concettuali tradizionali sui quali si regge la disciplina della (costituzione del rapporto di) filiazione[24]. I provvedimenti giurisdizionali ai quali si fa riferimento, in particolare, convergono nel reputare che la filiazione non possa essere esclusivamente intesa quale mero riflesso di un dato genetico o come conseguenza automatica di una fattispecie legale astratta ma che, all'opposto, essa possa anche essere il frutto di un processo di responsabilizzazione e di assunzione consapevole di funzioni genitoriali.

Ricollegandosi ai propri precedenti[25], la Corte argomenta a partire dal fatto che l'identità del minore si forma e si sviluppa all'interno di un tes-

[22] V., a riguardo, Corte cost. n. 79/2022, cit.

[23] V. già P. Stanzione, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975, 1 ss.

[24] V. Corte costituzionale 22 maggio 2025, n. 68, in *Rass. dir. civ.*, 2025, 673 ss. con nota di M. Chironi, *Gestazione per altri e omogenitorialità: il silenzio del legislatore non può pregiudicare la tutela del minore* e Corte costituzionale 21 marzo 2025, n. 33; in *giurcost.org*, 2025, con nota di I. Tardia, *Adozione internazionale e persona singola: additiva di principio, idoneità in concreto e ordine pubblico «esterno»*.

[25] Ad esempio Corte cost. n. 79/2022, cit.

suto di relazioni affettive e sociali che non può essere ignorato dal sistema ordinamentale senza produrre gravi effetti di discontinuità e di destabilizzazione esistenziale. Ne discende l'esigenza di costruire assetti giuridici capaci di riconoscere, proteggere e consolidare tali relazioni anche quando esse non rientrano nei modelli familiari tradizionalmente contemplati dal legislatore. Le pronunce in discorso, in questo senso, non introducono una rottura con il sistema ma contribuiscono a disvelarne la logica più profonda: la (costituzione del rapporto di) filiazione deve essere governata non da schemi astratti, ma dalla considerazione prioritaria della persona del minore e delle condizioni effettive del suo sviluppo[26].

L'interpretazione evolutiva degli assetti tradizionali non rappresenta, pertanto, un "cedimento" dell'ordinamento ma, all'opposto, il segno della sua capacità di adattamento alle trasformazioni sociali, scientifiche e culturali in coerenza con i valori fondamentali che ne costituiscono il fondamento[27].

In questa prospettiva le decisioni in esame appaiono di sicuro interesse poiché offrono all'interprete criteri di ricostruzione sistemica suscettivi – come si vedrà – di riferirsi anche ad ulteriori ipotesi normative.

## 4. *Segue. Responsabilità genitoriale basata sul consenso e statuto del nato da p.m.a. eterologa praticata all'estero*

Un punto di emersione particolarmente nitido del processo di progressiva «paidocentrizzazione»[28] del diritto di famiglia che, da tempo, attraversa il sistema italo-europeo delle fonti è rappresentato dalla sentenza che interviene in merito al fondamento del legame genitoriale nei casi di procreazione "non naturale"[29].

---

[26] S. Talini, *Le addizioni di sistema. A proposito di interventi manipolativi e silenzi legislativi*, in *federalismi.it*, 2025, 1 ss.

[27] A. Sassi, *La genitorialità nel sistema di protezione della persona*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2025, 1, 17 ss.

[28] M. Sesta, *La riforma e il diritto di famiglia. La prospettiva paidocentrica dal diritto sostanziale al diritto processuale*, *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 4-5, 1054 ss.

[29] La questione di legittimità, sollevata dal Tribunale di Lucca, nasce nell'ambito di un procedimento avente ad oggetto l'impugnazione da parte della Procura della Repubblica di un atto di nascita che riportava la dichiarazione di riconoscimento resa da due donne nelle qualità di madre biologica e madre intenzionale. Il giudice *a quo* ritiene che la

In tale prospettiva, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 8 legge 19 febbraio 2004, n. 40, per violazione degli artt. 2, 3 e 30 Cost., nella parte in cui non consente che il nato in Italia[30] da donna che abbia fatto ricorso all'estero a tecniche di PMA acquisisca lo stato di figlio riconosciuto anche della donna che ha prestato il preventivo consenso al ricorso alle tecniche medesime[31].

Il rilievo sistematico della pronuncia risiede, anzitutto, nell'esplicitazione del nesso tra «volontà procreativa» e responsabilità genitoriale. La Corte muove da una premessa che vale come regola ordinante del segmento normativo considerato: con l'affermarsi delle tecniche di PMA la relazione genitore-minore non può più essere letta soltanto attraverso il prisma del dato biologico poiché emerge una responsabilità che «scaturisce dalla volontà che porta alla nascita di una persona che altrimenti non sarebbe nata»[32] e che implica, correlativamente, il diritto del nato ad essere riconosciuto come figlio di chi quella nascita ha voluto. Nel contesto in esame, in altri termini, la volontà «si svela e si esprime»[33] attraverso lo strumento tecnico-giuridico del consenso prestato al ricorso alle tecniche di

previsione legislativa sia costituzionalmente illegittima poiché «frustrerebbe il diritto del minore all'inserimento e alla stabile permanenza nel proprio nucleo familiare e alla propria identità sociale» (art. 2 Cost.), darebbe luogo ad una categoria di nati non riconoscibili in forza della natura omosessuale della relazione tra i genitori, offenderebbe il diritto alla bigenitorialità del bambino e la possibilità di far valere nei confronti di entrambi i genitori i doveri legati alla responsabilità genitoriale (art. 3 Cost.) e impedirebbe ai figli di ottenere una completa tutela giuridica e sociale (art. 30 Cost.).

[30] Per una precisa ricostruzione della (diversa) ipotesi nella quale il minore concepito grazie alla PMA nasca all'estero, v. B. Checchini, *Lo status del nato in Italia da PMA di coppia femminile e l'«autodeterminazione procreativa» della donna singola*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2025, 2, 1275.

[31] Corte cost. n. 68/2025, cit.., § 9.1: «l'interesse del minore consiste nel vedersi riconoscere lo stato di figlio di entrambe le figure – la madre biologica e la madre intenzionale – che abbiano assunto e condiviso l'impegno genitoriale attraverso il ricorso a tecniche di procreazione assistita. Il riconoscimento, per sua natura, opera da subito e indipendentemente dalle vicende della coppia e da eventuali mutamenti, al momento della nascita, della stessa volontà delle due donne che hanno fatto ricorso alla PMA e in particolare della madre intenzionale».

[32] § 5. In questo punto è richiamata anche la sentenza Corte costituzionale 25 giugno 2020, n. 127, in *Fam. dir.*, 2021, 253 ss. con nota di A. Cordiano, *Legami affettivamente (in)sicuri e biologicamente (ir)reali: le regole per contestarli ancora all'esame della Corte costituzionale.*

[33] § 6.

procreazione[34] e, pertanto, assume in sè valenza costitutiva della responsabilità e degli obblighi che si radicano nello *status*[35].

Si tratta di un passaggio concettuale tutt'altro che secondario in quanto sposta l'asse della filiazione dal mero accertamento della provenienza genetica alla ricostruzione della scelta responsabile che ha reso possibile la nascita, in coerenza con un'impostazione che valorizza la dimensione relazionale e la protezione dell'identità del minore[36].

La Corte compie un'operazione ermeneutica che ha valore sistematico e prospettiva rimediale. Sul presupposto che la legge stabilisce il divieto di disconoscimento della paternità (art. 9 l. n. 40/2004) nell'ipotesi di fecondazione eterologa, si evidenzia in premessa che l'ordinamento già prescrive la regola dell'irrevocabilità delle conseguenze del progetto genitoriale liberamente intrapreso[37]. Secondariamente, e alla luce delle circostanze che caratterizzano il caso concreto, i giudici costituzionali stigmatizzano l'inadeguatezza delle ipotesi alternative che – in difetto della declaratoria – venivano prospettate come possibili strumenti di tutela, segnatamente l'adozione «in casi particolari»[38] disciplinata dagli artt. 44 ss. della legge 4 maggio 1983, n. 184.

Quest'ultima, in relazione al caso oggetto di scrutinio, non è stata

---

[34] V. Corte costituzionale 24 luglio 2023, n. 161, in *giurcost.org*, 2023, con nota di S. Talini, *Diritto all'impianto e revoca del consenso del padre. Nel "labirinto" della legge n. 40 del 2004*.

[35] Cfr. sul punto Corte costituzionale 4 novembre 2020, n. 230, in *Foro it.*, 2021, 1 44 ss., con nota di S. Stefanelli, *Il rapporto tra nato in Italia da p.m.a. e madre internazionale resta confinato all'adozione genitoriale*. V. anche Corte costituzionale 15 novembre 2019, n. 237, in *Fam. dir.*, 2020, 329 ss., con nota di M. Sesta, *L'atto di nascita del cittadino straniero nato in Italia non può recare il riconoscimento di due madri.*

[36] In scia a Corte costituzionale 9 marzo 2021, n. 32 e a Corte costituzionale 9 marzo 2021, n. 33, in *cortecostituzionale.it.*

[37] Inibendo, per il partner che abbia prestato il consenso, strumenti di disconoscimento o contestazione orientati a sottrarsi alle responsabilità assunte.

[38] Corte cost. n. 68/2025, cit.., § 9.3: «[…] Il pur importante mutamento subito dalla disciplina dell'adozione cosiddetta non legittimante negli ultimi anni non comporta, […] un decisivo ridimensionamento del deficit di tutela già ravvisato da questa Corte […] dovendosi ritenere piuttosto che sussista una vera e propria inidoneità di tipo strutturale. E ciò per la determinante e assorbente considerazione che, mediante il ricorso all'istituto dell'adozione in casi particolari, l'acquisizione dello *status* di figlio è fisiologicamente subordinata all'iniziativa dell'aspirante adottante e allo svolgimento di un procedimento, caratterizzato da costi, tempi e alea propri di tutti i procedimenti. Inoltre, e soprattutto, l'eventuale esito positivo del procedimento non può che spiegare

ritenuta l'istituto funzionalmente idoneo a realizzare la «qualificazione ottimale in concreto» dell'interesse del minore. La disciplina dettata dagli articoli richiamati, in particolare, è stata reputata non adeguata al fine di colmare il *vulnus* determinato dalla mancata attribuzione dello *status* sin dalla nascita e, ad un tempo, tale da lasciare il minore privo della tutela "costitutiva" del rapporto di filiazione quando la madre intenzionale si sottragga – per mutamento di volontà o crisi della coppia – al percorso adottivo[39].

La centralità dell'interesse del minore consente alla Corte di effettuare un bilanciamento secondo ragionevolezza tra interessi contrapposti. Posto che la persona minore d'età ha diritto alla costruzione non precaria della propria identità personale, la pronuncia additiva in commento finisce per considerare lo *status* (in chiave funzionalistica, quale) forma giuridica della stabilità relazionale. Si tratta di un argomento che, nella prospettiva di riaffermare l'unicità dello stato di figlio, la Corte richiama quale indice della maturazione del sistema verso una protezione non frammentaria dei diritti del minore.

I giudici costituzionali, da ultimo, compiono un passaggio argomentativo di primaria importanza nell'economia delle presenti considerazioni: distinguono in modo netto l'ipotesi della PMA eterologa praticata all'estero (nel rispetto della *lex loci*) dall'ipotesi della GPA[40]. Se, in quest'ulti-

effetto dal suo perfezionamento. […] Ma, ciò che più rileva sul piano delle tutele, il lasso di tempo intercorrente tra la nascita e il perfezionamento dell'(eventuale) adozione lascia il minore in uno stato di incertezza e imprevedibilità in ordine al suo stato, e, quindi, alla sua identità personale, esponendolo alle vicende della coppia e comunque alla mera volontà di uno dei due soggetti, e in particolare della madre intenzionale. […] Di contro, non è prevista alcuna legittimazione in capo al minore (o a chi ne ha la rappresentanza legale) né, tantomeno, in capo alla madre biologica e, più in generale, nessuno strumento di tutela è accordato agli stessi per l'eventualità in cui la madre intenzionale decida di non procedere all'adozione. […] Ancora, in caso di morte della madre intenzionale o di intervenuta crisi della coppia nessun diritto potrà configurarsi in capo al minore nei confronti della madre intenzionale».

[39] Per un'analisi critica dell'istituto adottivo v. E. Bilotti, *La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 2, 922 ss.

[40] Corte cost. n. 68/2025, cit., § 12: «la situazione in esame si distingue radicalmente dall'ipotesi di ricorso alla cosiddetta maternità surrogata, in cui viene in considerazione la finalità di disincentivare il ricorso a una pratica che l'ordinamento italiano considera meritevole di sanzione penale e violativa di un principio di ordine pubblico, in quanto offende la dignità della donna».

mo caso, viene in considerazione la finalità di disincentivare una pratica (penalmente sanzionata) che l'ordinamento italiano reputa lesiva di un principio di ordine pubblico connesso alla dignità della donna, nel caso di specie non viene ravvisato un contro-interesse di pari rango tale da giustificare la compressione del diritto del minore ad essere riconosciuto sin dalla nascita anche dalla madre intenzionale.

Il richiamo non è meramente "difensivo": esso delimita l'area entro la quale il bilanciamento può operare e, al contempo, chiarisce che la tutela del minore, pur non essendo «tiranna», può essere compressa soltanto in presenza di un contro-interesse effettivamente comparabile per rango e intensità e non già in nome di una generalizzata ostilità verso l'omogenitorialità o di una astratta preferenza per modelli familiari tradizionali. Ne deriva, sul piano sistematico, una conseguenza di rilievo: la genitorialità intenzionale, quando si radichi in un consenso preventivo, consapevole e condiviso al progetto procreativo, assume una forza costitutiva che l'ordinamento non può ignorare senza produrre una lesione diretta dei diritti del minore.

## 5. *Segue. Adozione internazionale e superamento della logica astratta degli automatismi normativi*

I presupposti costitutivi del rapporto di filiazione sono stati incisi anche da una seconda decisione[41] avente ad oggetto la struttura del giudizio di idoneità all'adozione internazionale. Si tratta di una pronuncia che ha messo ulteriormente in crisi l'impostazione fondata su automatismi normativi rigidi e su preclusioni generalizzate, incompatibili con il principio personalistico e con la funzione promozionale della tutela del minore[42].

Pronunciandosi con specifico riferimento all'adozione internazionale, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 29 *bis*, comma 1, l. n. 184/1983, con riferimento agli artt. 2 e 117 cost. in relazione all'art. 8, Carta Edu nella parte in cui preclude(va) l'accesso alla procedura adottiva alle persone *single*. La disposizione impugnata, in particolare, è stata

[41] Corte cost. n. 33/2025, cit.

[42] Per un'analisi del rapporto tra rilievo dell'interesse del minore e automatismi legislativi, v. S. Deplano, *Profili in tema di adozioni*, Napoli, 2024, 31 ss.

reputata costituzionalmente illegittima in quanto non consentiva alcuna valutazione in concreto della rispondenza dell'assetto adottivo all'interesse del minore[43].

La portata sistematica della decisione si coglie, anzitutto, nella riconduzione del giudizio di idoneità entro una dimensione pienamente costituzionalizzata. La Corte afferma che l'idoneità ad assumere la responsabilità genitoriale non può basarsi su uno schema normativo astratto ma, al contrario, deve essere oggetto di un accertamento individualizzato e funzionalmente orientato alla tutela, in concreto, della persona minore d'età. Si apre una breccia, in tal senso, nella prospettiva che considera l'adozione essere un istituto strutturato intorno alla protezione di un ordine familiare oggettivamente inteso[44].

La «qualificazione ottimale in concreto» dell'interesse del minore assume, in questa prospettiva, una funzione ordinante che investe l'intero procedimento adottivo. La Corte chiarisce che l'esclusione generalizzata delle persone singole dall'adozione internazionale di minori produce una lesione del diritto di questi ultimi ad essere inseriti in un contesto familiare stabile e idoneo. Tale opzione normativa, infatti, comprime in modo irragionevole la platea dei potenziali adottanti senza che tale limitazione trovi giustificazione in un comparabile contro-interesse di rango costituzionale[45]. Lungi dal garantire una maggiore tutela, in altri termini, la disposizione impugnata pregiudica concretamente le possibilità di crescita del minore all'interno di un ambiente affettivamente adeguato.

---

[43] Nota, ad ogni modo, G. Ferrando, *Requisiti per adottare. Dalla "coppia di coniugi" alla persona sola*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2025, 2, 988: «il fatto, poi, che la Corte non si sia pronunciata sull'art. 6, ma solo sull'art. 29 *bis*, non significa che analoga questione non possa essere sollevata anche nei suoi confronti, e magari in futuro accolta, dato che molte delle argomentazioni che sostengono l'attuale pronuncia si potrebbero adattare anche all'altro caso».

[44] Per un'analisi della realtà sociale alla luce dei dati statistici v. G. Alpa, *La famiglia nell'età postmoderna. Nuove regole, nuove questioni*, in *Liber amicorum per Paolo Zatti*, a cura di Aa. Vv., II, Napoli, 2023, 1429 ss. Nel senso che la Corte costituzionale non reputi quella unita nel matrimonio l'unica tipologia di famiglia ammessa nel nostro ordinamento v. Corte costituzionale 2 ottobre 2019, n. 221 e Corte costituzionale 22 aprile 2024, n. 66, entrambe in *cortecostituzionale.it*.

[45] Annota in senso critico che nonostante il reiterato richiamo al primato dell'interesse del minore, la sentenza in commento sembra svilupparsi lungo una linea argomentativa spiccatamente adultocentrica, J. Long, *Un'involuzione copernicana*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2025, 1, 966.

Collocandosi in posizione di piena continuità con il paradigma della «qualificazione ottimale in concreto», in definitiva, anche questa decisione concorre a rendere esplicito che ogni qualificazione normativa in materia di filiazione (anche legale) deve essere valutata in base (non alla astratta conformità a modelli precostituiti, ma) alla capacità di produrre, nel singolo caso, un assetto di interessi conforme alla dignità della persona minore.

## 6. *Rapporto di filiazione derivante da gestazione per altri tra tutela dell'ordine pubblico interno e vincoli sovranazionali*

Collocata entro il descritto quadro assiologico e di sistema, la disciplina della GPA rappresenta uno dei punti di massima tensione tra istanze di tutela dell'ordine pubblico e protezione della persona minore d'età. Si tratta di una conclusione certamente rinsaldata dalla recente attività legislativa. L'art. 1, legge 4 novembre 2024, n. 169 appare animato da una linea di politica del diritto dichiaratamente dissuasiva e fondata sull'assunto che la repressione del fenomeno sia lo strumento privilegiato di tutela della dignità della donna[46]. Il riformato disposto dell'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004[47], infatti, consente di sottoporre alla giurisdizione italiana le condotte compiute dal cittadino italiano, riferibili al delitto di «surrogazione di maternità» anche se poste in essere in territorio estero. La legge consente, dunque, di perseguire penalmente condotte commesse fuori dal territorio nazionale anche se l'ordinamento straniero non le qualifica come illecite.

In disparte ogni considerazione in merito all'opportunità di un tale intervento legislativo[48], mette conto evidenziare che all'indomani della riforma la disciplina da applicare al fine di formalizzare il rapporto giuridico tra il minore nato da GPA all'estero e il genitore "di intenzione"

[46] V., sul punto, V. Tigano, *L'incondizionata perseguibilità del cittadino che commetta all'estero il delitto di maternità surrogata:* background *e criticità della l. n. 169 del 2024*, in *Foro it*., 2024, 12, V, 459 ss.

[47] «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o 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. Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana».

[48] Per un puntuale commento v. G. Bazzoni, *La surrogazione di maternità come reato universale*, in *osservatoriosullefonti.it*, 2025.

non si può sottrarre ad un rigoroso vaglio di compatibilità con i parametri convenzionali elaborati dalla Corte Edu nel parere consultivo del 10 aprile 2019[49]. Tale provvedimento – nel precisare che l'identificazione dell'istituto giuridico maggiormente adatto al fine di formalizzare il rapporto in esame rientra nel cd. «margine di apprezzamento» di ciascuno Stato[50] – ha chiarito che il regime concretamente applicato non possa non soddisfare i requisiti di *promptness* ed *effectiveness*. A parere dei giudici di Strasburgo, infatti, soltanto un riconoscimento rapido ed effettivo del rapporto tra nato da GPA e genitore di intenzione è suscettivo di scongiurare una lesione del diritto alla vita privata e familiare del minore sancito dall'art. 8 Carta Edu[51].

Si tratta di parametri costituenti (non mere indicazioni programmatiche, ma) criteri vincolanti per l'interprete che intenda identificare l'«ordinamento del caso concreto»[52]. Ed è proprio alla luce di tali requisiti che il novellato disposto normativo impone la valutazione di due profili problematici[53].

Il primo concerne la perdurante idoneità dello strumento identificato dalla giurisprudenza di legittimità – l'adozione "in casi particolari" – a rappresentare la «qualificazione ottimale in concreto» da applicare ad un rapporto del quale è parte il minore nato da GPA Tale ipotesi si caratterizza per la struttura mediata e differita: essa dipende dall'iniziativa del

[49] Corte Edu, parere consultivo 10 aprile 2019, ric. n. P16-2018-001. Si tratta di un parere consultivo reso dalla Grande Camera sulla base del Protocollo n. 16 su richiesta della *Cour de Cassation* francese. V., a riguardo, le considerazioni di R. Ruoppo, *La funzione consultiva introdotta dal Protocollo 16 alla Cedu: riflessioni a margine della prima prassi applicativa*, in *Dir. succ. fam.*, 2022, 1235 ss.

[50] Corte Edu, par. cons., 10 aprile 2019, cit., § 58: «That is a matter for the domestic courts to decide, taking into account the vulnerable position of the children concerned while the adoption proceedings are pending».

[51] Cfr. A. Gorgoni, *Diritti e principi a proposito dello stato di figlio da procreazione medicalmente assistita*, in *Pers. merc.*, 2021, 2, 295 ss. e V. Calderai, *La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, 1109 ss.

[52] Per utilizzare la formula adoperata da P. Perlingieri, *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 4, 7 ss. e, più di recente, in Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 89.

[53] M. Dogliotti, *Differenti modi di valutare l'interesse del minore tra p.m.a. e adozione di minori: cinque sentenze della Corte costituzionale di cui quattro pronunciate ed una immaginaria*, in *Fam. dir.*, 2025, 10, 947 pone in luce un ulteriore profilo di irragionevolezza relativo al non differenziare tra la «surrogazione solidaristica rispetto a quella commerciale».

genitore intenzionale, presuppone un procedimento giudiziario, richiede tempi fisiologicamente incompatibili con l'esigenza di immediatezza che connota la tutela dei diritti fondamentali del minore e produce effetti soltanto dal momento del deposito della sentenza che dispone l'adozione[54]. Ne viene che il minore nato da GPA attraverserà un periodo di incertezza giuridica e relazionale nel quale resteranno sospesi sia il suo *status* sia, in definitiva, la sua identità personale.

Pare allora lecito domandarsi se, alla luce della nuova formulazione dell'art. 12, l. n. 40/2004 e al netto di quanto sancito dalla sentenza n. 68 della Corte costituzionale[55], tale modello rimediale possa ancora reputarsi conforme ai requisiti di *promptness* ed *effectiveness*[56]. Si pensi al caso del genitore intenzionale, *partner* di una coppia *same sex* maschile che abbia fatto ricorso alla GPA in un Paese nel quale tale pratica è lecita. Qualora costui sia rinviato a giudizio in Italia per il reato disciplinato dal riformato art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 cit., il giudice chiamato a valutare se l'adozione "in casi particolari" sia conforme all'interesse del minore dovrà pronunciarsi anche alla luce del fatto che nel certificato dei carichi pendenti dell'adottante risulterà un procedimento penale che potrebbe esitare in una condanna ad una pena tra sei mesi e due anni e in una gravosa multa. Sanzioni che – chiaramente – sono dipendenti dalle modalità che connotano il fatto generativo di quello stesso minore per il quale è stata richiesta l'adozione.

Si tratta di riflettere criticamente, allora, in merito alla perdurante persuasività dell'orientamento varato dalle Sezioni unite[57] (che, esclusa la possibilità di trascrivere automaticamente il provvedimento giurisdizionale o amministrativo che indichi il genitore "intenzionale" quale padre del bambino) ha indicato l'adozione *ex* artt. 44 ss. quale istituto adeguato al fine di costituire il legame giuridico tra genitore intenzionale e figlio nato da GPA in punto di conformità rispetto ai requisiti di *promptness* ed *effecti-*

[54] Per un commento critico della disciplina alla luce dello statuto normativo successivo alla sentenza resa dalla Corte costituzionale nel 2022, v. S. Deplano, *Profili in tema di adozioni*, cit., 123 ss.

[55] V., *supra*, § 4, nota 40.

[56] Soprattutto alla luce del fatto che la soluzione italiana (al pari di quella francese) non era stata reputata del tutto adeguata rispetto alle esigenze di effettività e celerità poste dal parere, v. A.M. Lecis Cocco Ortu, *L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU: riflessioni a partire dal primo parere consultivo della Corte Edu su G.P.A. e trascrizioni*, *in GenIUS*, 2019, 68 ss.

[57] Cass. n. 38162/2022, cit.

*veness* stabiliti dai giudici di Strasburgo al fine di garantire i diritti sanciti dalla Carta Edu.

Si tratta di una questione resa ancor più pregnante alla luce della novella dell'art. 391 *quater* c.p.c., disposizione che consente la revocazione del giudicato civile quando il suo contenuto sia stato dichiarato contrario alla Carta Edu[58]. Tale previsione normativa appare suscettiva di incidere profondamente sull'idoneità dell'adozione "in casi particolari" ad essere lo strumento maggiormente adeguato a costituire il rapporto di filiazione: di fronte ad un provvedimento giurisdizionale di diniego dell'adozione *ex* art. 44 l. n. 184/1983 motivato a partire dalle circostanze sopra descritte, infatti, il genitore biologico potrebbe ricorrere alla Corte di Strasburgo – anche in nome e per conto del minore – al fine di stabilire se il diritto alla vita familiare dell'infante sia stato violato in ragione del vigente assetto normativo. Alla data odierna quest'ultimo, per un verso, impone che i nati da coppia *same sex* a séguito di PMA effettuata all'estero siano figli anche della madre intenzionale ma, per altro verso, comprime fortemente le prerogative riconosciute al padre intenzionale. Quest'ultimo, infatti, non ha facoltà né di riconoscere il nato da GPA né di domandare la trascrizione del provvedimento straniero che ha accertato la parternità. Da ultimo, stante la novella dell'art. 12 cit., gli è anche fortemente preclusa la possibilità di adottare il figlio "di intenzione" nato all'esito di un progetto di genitorialità all'estero condiviso con il proprio partner.

Occorre domandarsi, allora, se un'esegesi che esponga il minore a tempi ben più lunghi rispetto a quelli previsti per il riconoscimento dell'atto di nascita formato all'estero e, oggi, al rischio di riapertura del giudicato in presenza di una sentenza che reputi il genitore intenzionale colpevole per aver fatto ricorso alla GPA (eventualmente in concorso con il genitore biologico), risulti pienamente conforme all'esigenza di tutela rapida ed effettiva richiesta dall'art. 8 Carta Edu.

Nella negativa si impone un secondo, ancor più delicato, quesito avente ad oggetto l'identificazione dell'istituto che meglio si presta, oggi, a costituire il rapporto di genitorialità – basato sul consenso – tra minore nato da GPA entro una coppia *same sex* maschile e genitore intenzionale.

[58] V. gli approfonditi commenti di G. Chiappetta, *La revocazione delle sentenze civili per condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di "status personae"*, in *Dir. succ. fam.*, 2024, 807 ss. e G. Frezza, *L'art. 391-quater c.p.c. e la nozione di 'diritti di stato della persona'*, in *Giur. it.*, 2025, 6, 1259 ss.

Proprio questo interrogativo segna il punto di emersione della più profonda contraddizione del sistema: aver previsto, in nome della salvaguardia di un ordine pubblico ispirato ad una tutela in senso oggettivo della dignità della donna[59], una sanzione penale per il ricorso alla GPA comporta l'edificazione di un assetto normativo nel quale il minore rischia di divenire il vero destinatario della sanzione sotto forma di precarietà giuridica, instabilità relazionale e incertezza identitaria[60].

Si tratta di un esito che, alla luce del paradigma della «qualificazione ottimale in concreto» elaborato dalla Corte costituzionale non pare punto accettabile. La tutela dei diritti fondamentali del minore non può essere né subordinata alla coerenza astratta di un impianto punitivo né affidata a rimedi indiretti, strutturalmente inidonei a soddisfare i parametri convenzionali di rapidità ed effettività. Si pone, in definitiva, una scelta di fondo: perseverare nell'applicare a-sistematicamente un quadro disciplinare frammentario oppure seguire il paradigma costituzionale e ricostruire in modo unitario e coerente il rapporto tra filiazione, responsabilità genitoriale e tutela della persona minore d'età.

[59] V., in chiave critica, le considerazioni di M.M. Mollicone, *Il concetto di dignità della donna attraverso gli atti di disposizione del proprio corpo fino alla gestazione per altri*, in S. Deplano, F. Carimini (a cura di), *Genitorialità medicalmente assistita e diritti del minore*, Napoli, 2024, 379 ss.

[60] Per una critica all'approccio interpretativo che, da una parte, stigmatizza la tesi che pone in antinomia la dignità della donna e l'interesse del minore e, dall'altra parte, confonde gli strumenti di contrasto alla *surrogacy* con quelli relativi alla tutela della continuità di *status*, v. F. Pistelli, *Lo status di figlio nato da maternità surrogata oltre la dicotomia fra dignità della donna e identità del bambino*, in *BioLaw-Rivista di biodiritto*, 2023, 217 ss.

**Abstract**

Il contributo propone una ricostruzione sistematica del rapporto di filiazione intenzionale derivante da gestazione per altri (GPA) realizzata all'estero, muovendo dal paradigma della "qualificazione ottimale in concreto" dell'interesse del minore quale criterio ordinante del processo interpretativo in materia di *status filiationis*. Prendendo le mosse dal fondamento civil-costituzionale dello statuto della persona minore d'età – ricostruito nell'intreccio degli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost. – il lavoro esamina la più recente giurisprudenza costituzionale, con particolare riguardo alla sentenza n. 68/2025, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 8 della legge n. 40/2004 nella parte in cui non consentiva il riconoscimento dello *status filii* in favore della madre intenzionale, e alla sentenza n. 33/2025, che ha rimosso la preclusione generalizzata all'adozione internazionale da parte di persone singole. Entrambe le pronunce convergono nel sancire il superamento degli automatismi normativi astratti e nel radicare la costituzione del rapporto di filiazione nella responsabilità genitoriale fondata sul consenso consapevole al progetto procreativo. La parte conclusiva esamina le criticità introdotte dalla modifica dell'art. 12, comma 6, della legge n. 40/2004, operata dalla legge n. 169/2024. Si valuta se l'adozione in casi particolari sia ancora uno strumento rimediale idoneo a soddisfare i requisiti di tempestività (*promptness*) ed efficacia (*effectiveness*) stabiliti dalla Corte EDU. L'indagine evidenzia le tensioni di un sistema in cui le conseguenze sanzionatorie rischiano di ricadere, di fatto, proprio sul minore.

The contribution proposes a systematic reconstruction of the intentional filiation relationship resulting from surrogacy (GPA) carried out abroad, moving from the paradigm of the "optimal qualification in concrete" of the child's interest as the guiding criterion for the interpretive process regarding *status* filiationis. Building on the civil-constitutional foundation of the *status* of the minor–reconstructed through the interplay of Articles 2, 3, 30, and 31 of the Constitution–the work examines recent constitutional jurisprudence. Particular attention is given to judgment no. 68/2025, which declared Article 8 of Law No. 40/2004 unconstitutional for not allowing the recognition of *status* filii in favor of the intentional

mother, and judgment no. 33/2025, which removed the generalized prohibition on international adoption by *single* persons. Both rulings converge in overcoming abstract regulatory automatisms and rooting the establishment of the filiation relationship in parental responsibility based on informed consent to the procreative project. The final section examines the critical issues introduced by the amendment to Article 12, paragraph 6, of Law No. 40/2004 by Law No. 169/2024. It assesses whether "adoption in special cases" remains a suitable remedial tool to satisfy the requirements of promptness and effectiveness established by the ECHR. The inquiry highlights the tensions within a system where punitive consequences risk falling, in practice, upon the minor.

# Procreazione medicalmente assistita e *governance* sanitaria: un'analisi comparata Italia – Spagna tra vuoti normativi e tutela dei diritti fondamentali

di Maria Pia d'Antuono

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'evoluzione sanitaria: cenni comparativi tra Italia e Spagna. – 3. Regolamentazione della PMA e impatti sul turismo riproduttivo. – 4. PMA all'estero e vuoti normativi nella trascrizione degli atti di nascita. – 5. Verso una *governance* amministrativa dei diritti di filiazione e familiari.

## 1. *Premessa*

«Le odierne questioni non concernono la qualificazione giuridica dell'aspirazione alla genitorialità, ma l'interesse del figlio nato in Italia da PMA praticata all'estero a che sia affermata, in capo a entrambe le donne che abbiano fatto ricorso a questa tecnica, la titolarità giuridica di quel fascio di doveri funzionali agli interessi del minore che l'ordinamento considera inscindibilmente legati alla scelta di divenire genitori».

Con queste parole, la Corte costituzionale, nella recente sentenza del 22 maggio 2025, n. 68, richiama con forza l'attenzione del legislatore su una delle tensioni più profonde e attuali nel diritto di famiglia e nel diritto amministrativo contemporaneo: la tutela effettiva del minore nato da procreazione medicalmente assistita (PMA) praticata all'estero da coppie dello stesso sesso, di fronte al rifiuto della trascrizione automatica dell'atto di nascita da parte dell'amministrazione[1].

[1] Corte costituzionale 22 maggio 2025, n. 68, *Cons. in dir.* «Non possono poi essere sottaciute le ulteriori ragioni per cui l'acquisizione dello stato giuridico del nato è attualmente caratterizzato da assoluta incertezza e imprevedibilità. Sul territorio nazionale, ad oggi, si assiste a una significativa eterogeneità di comportamenti tenuti dagli ufficiali di stato civile in ordine alla decisione di iscrivere o meno il nome della madre intenzionale del nato da PMA, oltre che dai pubblici ministeri in ordine alla decisione, in caso di iscrizione, di chiedere la rettificazione dell'atto. Tale condizione di incertezza e imprevedibilità non è neanche destinata ad avere un termine. Infatti, qualora l'ufficiale di stato civile iscriva l'atto di nascita con l'indicazione anche della madre intenzionale (e il pubblico ministero non proceda immediatamente per la rettificazione), la situazione resta soggetta a una perpetua precarietà, in quanto l'istanza di rettificazione da parte del pubblico ministero non è soggetta a limiti temporali (ex art. 95, comma 2, del d.P.R. n. 396 del 2000)».

L'aspetto nodale della questione – come evidenziato dalla stessa Corte – non è tanto l'aspirazione individuale alla genitorialità, quanto piuttosto l'interesse del minore a vedere riconosciuti entrambi i genitori che hanno scelto e attuato il progetto genitoriale, un interesse oggi compromesso da un assetto normativo e amministrativo che non riesce ad offrire una tutela rapida, uniforme e coerente[2].

Com'è noto, le tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno trovato genesi nella necessità di rispondere al bisogno di genitorialità di coloro che, in assenza di adeguati trattamenti medici, non avrebbero potuto realizzarlo. L'evoluzione scientifica e tecnologica ha ampliato notevolmente l'offerta di metodi, rendendo l'espressione "procreazione medicalmente assistita" un contenitore di procedure spesso eterogenee. Tale progresso ha generato un vivace dibattito dottrinale, giurisprudenziale, bioetico, accompagnato da una evoluzione normativa graduale. Si tratta di fenomeno che supera i confini nazionali: le diverse regolamentazioni sui presupposti e le condizioni di accesso ai trattamenti generano disparità di trattamento tra individui in base alle loro condizioni socioeconomiche, spingendo molti a ricorrere a PMA all'estero[3].

---

Cfr. S. Niccolai, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, 3, 2 febbraio 2016; M. Sesta, *Famiglia e figli in Europa: i nuovi paradigmi*, in *Fam. dir.*, 2019.

[2] «Ciò che più rileva sul piano delle tutele» – prosegue la sentenza – «è il lasso di tempo intercorrente tra la nascita e il perfezionamento dell'(eventuale) adozione lascia il minore in uno stato di incertezza e imprevedibilità in ordine al suo stato, e, quindi, alla sua identità personale» così Corte cost. n. 68/2025. Da ultimo si v. Cass. civ., sez. I, 5 giugno 2025, n. 15075. Il caso trae origine dal rifiuto dell'ufficiale di stato civile di Brescia di registrare il riconoscimento effettuato dalla madre intenzionale. La Corte di Cassazione ha respinto il ricorso del Ministero dell'interno contro la decisione della Corte d'Appello di Brescia, che aveva riconosciuto alla madre intenzionale, unita civilmente alla madre biologica, il diritto di essere indicata come genitore nei certificati di nascita di due minori, nati in Italia da fecondazione eterologa praticata all'estero. La pronuncia richiama alla sentenza n. 68 del 2025 della Corte costituzionale, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 8 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 nella parte in cui non permette il riconoscimento, fin dalla nascita, del rapporto di filiazione con la madre intenzionale che abbia partecipato al progetto genitoriale. In questo modo, la Corte di Cassazione si allinea al nuovo quadro costituzionale e convenzionale, che pone al centro l'interesse del minore e valorizza il riconoscimento delle responsabilità genitoriali liberamente assunte. Cfr. C. M. Bianca, *Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola della Cassazione*, in *Giust. civ.*, 1999, 1.

[3] Sul punto, si v. L. Lamberti, *Livelli essenziali di Assistenza e procreazione medicalmente assistita*, in *Nuove Autonomie*, 2025, 1.

La presente riflessione si propone di analizzare il ruolo della *governance* sanitaria e amministrativa nella disciplina e nella concreta attuazione della PMA, focalizzandosi in particolare sul tema della trascrizione degli atti di nascita formati all'estero. L'obiettivo è osservare come, attraverso la lente del diritto amministrativo, si strutturi, o si fratturi, il rapporto tra accesso alla genitorialità, tutela del minore e funzionamento delle istituzioni.

Lo studio propone una prospettiva comparata tra Italia e Spagna, assumendo la PMA come indicatore rivelatore della qualità della *governance* sanitaria e della capacità del sistema pubblico di rispondere alle trasformazioni sociali e alle esigenze di protezione dei diritti fondamentali. All'interno dei rispettivi modelli ordinamentali, la procreazione medicalmente assistita funge da cartina di tornasole della resilienza istituzionale di fronte a nuove forme familiari e alle loro conseguenze giuridiche.

In Italia, una normativa frammentaria (legge 19 febbraio 2004, n. 40, emendata ma ancora rigida) e prassi amministrative disomogenee – come l'eterogeneità nella trascrizione degli atti da PMA estera, denunciata dalla Corte costituzionale – generano incertezze e ritardi nella tutela del minore, con una *governance* decentrata che amplifica le discrezionalità locali[4].

Al contrario, la Spagna adotta un modello più inclusivo e centralizzato: la *Ley* del 26 maggio 2006, n. 14 sulla PMA garantisce l'accesso a coppie omosessuali e *single*, con trascrizione automatica degli atti di nascita esteri e un sistema amministrativo unificato che minimizza disparità regionali, integrando pienamente la genitorialità intenzionale nel registro civile. Tale confronto rivela come la Spagna offra una *governance* più efficace nel bilanciare diritti fondamentali e uniformità amministrativa, offrendo spunti per riforme italiane.

## 2. *L'evoluzione sanitaria: cenni comparativi tra Italia e Spagna*

I sistemi sanitari italiano e spagnolo occupano da tempo posizioni di vertice nelle classifiche internazionali per qualità delle cure, universalismo e *performance* complessiva.

[4] A. Pitino, *La recente giurisprudenza costituzionale sugli extra LEA: segnali di apertura che rafforzano l'esigibilità del diritto alla salute nelle Regioni in Piano di rientro?*, in D. Morana (a cura di), *La salute tra i diritti e nei territori. Questioni costituzionali nel rapporto Stato-Regioni*, Torino, 2025, 37 ss. Sul punto, si v. L. Lamberti, *Livelli essenziali di Assistenza e procreazione medicalmente assistita*, cit., 1.

Questo primato non è casuale, ma riflette un percorso storico condiviso: entrambi gli ordinamenti hanno progressivamente abbandonato il modello bismarckiano (assicurativo e contributivo) per adottare un'impostazione beveridgiana, con sistemi universalistici, pubblici e finanziati attraverso la fiscalità generale[5].

La legge 23 dicembre 1978, n. 833 rappresenta il momento fondativo del Servizio sanitario nazionale italiano, segnando il definitivo superamento del sistema mutualistico assicurativo che aveva caratterizzato la sanità italiana dal dopoguerra[6].

Con questa riforma, il diritto alla salute sancito dall'art. 32 Cost. ha trovato attuazione concreta attraverso un sistema pubblico, universalistico e solidaristico, che garantiva l'accesso alle prestazioni sanitarie in condizioni di uguaglianza a tutti i cittadini, indipendentemente dal reddito e dalla posizione lavorativa.

---

[5] In tale assetto, coerentemente con il modello beveridgiano, le prestazioni sanitarie non sono corrisposte tramite un pagamento diretto da parte dell'assistito, bensì garantite attraverso il prelievo fiscale generale a cui ogni cittadino contribuisce. Nella sua configurazione più autentica, questo modello assicura un accesso equo e indifferenziato ai servizi sanitari per l'intera collettività; la sua criticità principale, tuttavia, riguarda il controllo e la sostenibilità della spesa pubblica. M. Macchia, *Bismarck e Beveridge in Italia: rottura o eredità di una "patologia" irreversibile? Le situazioni di emergenza tra principio di uguaglianza e "frontiere interne",* in *federalismi.it* 2021, 18; Per ulteriori approfondimenti rispetto ai diversi modelli di organizzazione sanitaria si v. M. Crivellini, M. Galli, *Sanità e salute: due storie diverse*, Parte II *I sistemi sanitari nei principali paesi industrializzati*, Milano, 2016; A. Pioggia, S. Civitarese Matteucci, G.M. Racca, M. Dugato (a cura di), *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Rimini, 2011; A. Férnandez Férnandez, M. Vaquera Mosquero, *Análisis de la evolución histórica de la sanidad y la gestión sanitaria en España,* 2012, 41 in *Encuentras Multidisciplinares,* disponibile online; A. Aparisi Miralles, *Maternidad subrogada y dignidad de la mujer*, in *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 2017, 2; C.J. Ávila Hernández, *La maternidad subrogada en el Derecho comparado*, in *Cadernos de Dereito Actual*, 2017, 6.

[6] F. Roversi Monaco, *Il servizio sanitario nazionale. Commento alla L. 23 dicembre 1978*, 833, Milano, 1979; F.D. Busnelli, U. Breccia (a cura di), *Il diritto alla salute*, Bologna, 1979. Considerata l'ampiezza della bibliografia, per approfondimenti si v. G. M. Racca, voce *Salute* (*funzioni amministrative*), in *Enc. Dir.*, 2022, 3; F.R. Ferrara, *L'ordinamento della Sanità*, Torino, 2020; C. Bottari, *La tutela della salute: lavori in corso*, Torino, 2020; F. Taroni, *Prima e dopo quel difficile dicembre 1978*, in *Corti Supreme e Salute*, 2018, 3; B. Caravita, *La disciplina costituzionale del diritto alla salute*, in *Dir. soc.*, 1984, 21 ss.; A. Rosano, *Riforma del Servizio Sanitario Nazionale: tra la conquista del diritto alle cure e le insidie della "insostenibilità",* in *1978–2018: quarant'anni di scienza e sanità pubblica*, ISS, 2018; C. Bottari, *Profili innovativi del sistema sanitario*, Torino, 2018.

Il nuovo SSN si articolava su tre livelli di governo: lo Stato con funzioni di programmazione e indirizzo; le Regioni, responsabili della pianificazione, organizzazione dei servizi; i Comuni, attraverso le unità sanitarie locali, quali enti di erogazione diretta delle prestazioni.

Il finanziamento era garantito dalla fiscalità generale, secondo il principio beveridgiano della contribuzione universale. La l. n. 833/1978 introdusse inoltre principi innovativi, quali la globalità degli interventi (prevenzione, cura e riabilitazione), il coordinamento sociosanitario, la partecipazione democratica e il decentramento territoriale[7]. Tuttavia, l'attuazione del modello universalistico incontrò significative difficoltà: il sistema delle USL, governate da assemblee composte da rappresentanti dei Comuni, si rivelò inefficiente e politicamente condizionato, generando lievitazione dei costi e disomogeneità territoriali.

La crisi fiscale degli anni '80, unitamente all'espansione incontrollata della spesa sanitaria, evidenziò i limiti strutturali di un'organizzazione ancora legata alle logiche burocratiche e priva di meccanismi di responsabilizzazione gestionale. L'insostenibilità economica del modello originario, accompagnato dalle pressioni europee per il contenimento della spesa pubblica, condusse ad una radicale riforma del SSN con il decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, poi modificato dal d.lgs. 7 dicembre 1993, n. 517, che operò una vera rivoluzione copernicana introducendo criteri aziendalistici, manageriali e di mercato nella gestione della sanità pubblica. Il decreto legislativo n. 502/1992 trasformò le USL in Aziende sanitarie locali e istituì le Aziende ospedaliere, dotate di personalità giuridica pubblica e autonomia imprenditoriale[8].

La riforma introduceva inoltre il principio della libera scelta del cit-

[7] Per approfondimenti, si v. R. Cavallo Perin, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea,* in L. Ferrara, D. Sorace (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa europea*, I, Firenze, 2016.

[8] Le nuove aziende sanitarie acquisirono autonomia organizzativa, gestionale, tecnica amministrativa e contabile, con l'introduzione di strumenti tipici dell'economia aziendale: budget, contabilità economico patrimoniale, controllo di gestione, verifica della qualità. La dirigenza sanitaria fu professionalizzata, con la nomina di direttori generali da parte delle Regioni, affiancati da direttori amministrativi e sanitari. A riguardo, giova evidenziare altresì che il d.lgs. 502/92 introdusse meccanismi di "quasi-mercato", secondo il modello della separazione tra acquirenti e fornitori: le Asl, in qualità di acquirenti, stipulavano contratti con le strutture erogatrici remunerandole secondo tariffe predeterminate per prestazioni, stimolando l'efficienza, la qualità e la competizione tra erogatori, pur mantenendo il carattere pubblico e universalistico del sistema.

tadino, che poteva rivolgersi alle strutture accreditate su tutto il territorio nazionale, ponendo le basi per la mobilità sanitaria e interregionale, mentre il *ticket* sanitario veniva previsto come forma di compartecipazione della spesa sia pure con ampie esenzioni per categorie fragili; il decreto disciplinò altresì l'integrazione sanitaria e introduceva i primi riferimenti ai livelli uniformi di assistenza da garantire su tutto il territorio nazionale[9].

La riforma costituzionale del 2001, modificando il Titolo V della Costituzione, ridisegnò l'assetto delle competenze in materia sanitaria: l'art. 117 Cost. attribuì allo Stato la potestà legislativa esclusiva «nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (co. 2, lett. m), mentre la «tutela della salute» divenne materia di legislazione concorrente Stato – Regioni (co. 3), con le Regioni che acquisirono inoltre competenze residuali in materia di organizzazione e gestione dei servizi sanitari[10].

Questo assetto comportò un progressivo rafforzamento dell'autonomia regionale, con le Regioni che si affermarono come vero centro di

---

[9] La riforma Bindi (d.lgs. 30 novembre 1999, n. 229) completò il processo di aziendalizzazione e consolidò il regionalismo sanitario, accentuando il ruolo delle Regioni nella programmazione e nel governo del sistema, confermando l'impostazione aziendalistica del 1992 ma rafforzando i meccanismi di governo clinico, la qualità delle prestazioni e la tutela dei diritti dei cittadini attraverso la carta dei servizi. Un ulteriore elemento cardine fu l'introduzione dei piani sanitari regionali come strumento di programmazione triennale, con i quali le Regioni definivano gli obiettivi di salute, l'organizzazione dei servizi e le risorse necessarie, mentre si rafforzava il sistema di accreditamento istituzionale delle strutture pubbliche e privati, subordinato alla verifica del possesso di requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi.

[10] Dopo la riforma del 2001 è attribuita allo Stato la legislazione esclusiva per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali (comma 2, lett. *m*); la materia «tutela della salute» è invece definita come di «competenza legislativa concorrente Stato – Regioni» (art. 117, comma 3). Tra i tanti si v. A. Romano, *Note sui caratteri della legislazione nello "Stato delle autonomie*", in *Le Regioni*, 1981, 660-677; D. Morana, *La salute nella Costituzione Italiana. Profili sistematici*, Milano 2002; R. Balduzzi, *La sanità italiana tra i livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di Devolution*, Milano, 2004; Id., *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, in R. Balduzzi G.Carpani (a cura di), *Manuale di diritto sanitario,* Bologna, 2013; C. Buzzacchi, *Pluralismo, differenze, sussidiarietà ed eguaglianza: dalla sentenza n. 192 del 2024 il modello per il sistema regionale «differenziato»*, in *Astrid Rassegna*, 2024, 18; M. D'Angelosante, *I sistemi sanitari regionali alla prova della differenziazione 'ordinaria',* in *Osservatorio costituzionale*, 2024, 1, 106 ss.

gravità del Servizio sanitario nazionale, responsabili della programmazione, organizzazione, finanziamento e controllo delle attività sanitarie sul proprio territorio, mentre il federalismo fiscale (l. n. 42/2009 e successivi decreti attuativi) completò il quadro, introducendo meccanismi di finanziamento basati sul costo standard e fabbisogno sanitario regionale, pur mantenendo perequazioni solidaristiche[11].

I livelli essenziali di assistenza (LEA) rappresentano lo strumento attraverso il quale lo Stato definisce le prestazioni e i servizi che il SSN è tenuto a garantire a tutti i cittadini, gratuitamente o dietro pagamento di una quota di compartecipazione, nell'esercizio della competenza esclusiva di cui all'art. 117, co. 2, lett. *m*, Cost.[12]

---

[11] La regionalizzazione ha portato le Regioni a divenire un vero e proprio "centro di gravità della regolazione e gestione del servizio sanitario nazionale". Sul punto, si v. R. Ferrara, *L'ordinamento della Sanità*, Torino, 2007. Per maggiori approfondimenti, si v. C. Tubertini, *La ripartizione delle competenze in materia tra stato regioni ed enti locali*, in *Come rileggere la sanità locale? Spagna e Italia: esperienze a confronto (¿cómo impulsar la sanidad local? España e Italia: experiencia a debate),* 51 ss. Sulla distinzione tra "diritto alla salute" e "diritto sanitario", storicamente, il primo veniva inteso come diritto soggettivo di matrice statale, mentre il secondo designava l'insieme delle norme delle competenze amministrative destinate a disciplinare, in chiave territoriale, l'erogazione delle prestazioni sanitarie. Per altri approfondimenti, v. A. Vila Coro Vázquez, *Hacia una regulación de la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida,* in Benavente Moreda e E. Farnós Amorós (coords.), *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Madrid, 2015.

[12] Sulla natura giuridica dei LEA e sul riparto di competenze tra Stato e Regioni, la dottrina costituzionalistica evidenzia come la nozione di "essenzialità" contenuta nell'art. 117, co. 2, lett. *m*, Cost. non debba essere erroneamente assimilata a quella di un livello minimo o marginale di tutela. Come analizzato da A. Pitino, *Il regionalismo differenziato e il conseguimento di "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia" nella materia "tutela della salute",* in *Corti supreme e salute*, 2024, 2, 11 ss., i LEA definiscono lo *standard* di prestazioni necessario e sufficiente a garantire la dignità della persona configurandosi come un limite invalicabile per la discrezionalità organizzativa regionale. Sotto il profilo della ricostruzione storica delle fonti, sebbene le radici programmatiche risalgano a "livelli uniformi" di cui al d.lgs. n. 502/1992, la specifica categoria giuridica dei LEA trova la sua genesi strutturale con il d.lgs. n. 229/1999 e la successiva costituzionalizzazione del 2001. Definiti per la prima volta con il DPCM 29 novembre 2001, essi sono stati integralmente sostituiti e aggiornati dal DPCM 12 gennaio 2017, il quale ha ampliato il paniere delle prestazioni articolandosi nelle tre note macroaree dell'assistenza sanitaria collettiva, distrettuale ed ospedaliera. Per ulteriori approfondimenti, si v. P. D'Onofrio, *Stato e Regioni nel governo della salute: brevi (e forse provocatorie) considerazioni,* in *Come rileggere la sanità locale? Spagna e Italia: esperienze a confronto*, che cita M. Bessone, E. Roppo, *Diritto sog-*

Tuttavia, le disuguaglianze territoriali nell'erogazione dei LEA costituiscono una delle maggiori criticità del SSN, come testimonia la mobilità sanitaria interregionale, con flussi significativi dal sud verso il centro nord, che evidenzia le disparità nella qualità e disponibilità delle prestazioni, configurando un vero e proprio federalismo sanitario asimmetrico. In ambito di PMA, tali differenze sono particolarmente evidenti, poiché alcune Regioni virtuose hanno implementato percorsi assistenziali completi e accessibili, mentre altre presentano limitazioni organizzative, liste di attesa prolungate o lacune nell'offerta, generando fenomeni di turismo riproduttivo interno ed esterno.

L'introduzione della legge 26 giugno 2024, n. 86 sull'autonomia differenziata rischia di accentuare ulteriormente queste asimmetrie, poiché sebbene i LEA debbano rimanere uniformi, le modalità organizzative e l'efficacia attuativa potrebbero divergere maggiormente, amplificando le disuguaglianze esistenti[13].

Sotto il profilo macro-organizzativo, tuttavia, la distribuzione geografica di questi centri evidenzia una marcata asimmetria strutturale. Sebbene a livello aggregato si registri una forte densità nei contesti regionali, centro – settentrionali a fronte di una cronica rarefazione in gran parte del Mezzogiorno, il caso della Campania si impone come una peculiare eccezione quantitativa. In questo territorio, a fronte di un elevatissimo numero di strutture autorizzate, emerge un profondo squilibrio qualitativo tra l'of-

*gettivo alla salute, applicabilità diretta dell'art. 32 Cost. ed evoluzione della giurisprudenza*, in *Politica del diritto*, 1974; M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 1980, 769 ss.

[13] In tale contesto, i fondi sanitari integrativi – disciplinati dall' art. 9 del d.lgs. n. 502/1992 e successivamente potenziati dal d.lgs. n. 229/1999 – si configurano come strumenti di copertura aggiuntiva rispetto ai LEA. Operando su base volontaria e contributiva, essi nascono con l'obiettivo di coprire prestazioni non incluse nei livelli essenziali o di integrare quelle parzialmente coperte (es. odontoiatria, assistenza sociosanitaria di lungo periodo, cure termali). Sotto il profilo della *governance* territoriale, parte della dottrina evidenzia come il ricorso sempre più massiccio a forme di sanità integrativa e a fondi aziendali sia asintomatico delle carenze di sistemi sanitari regionali nel garantire i LEA in modo uniforme, accelerando processi di privatizzazione strisciante. Sulle tensioni evolutive del regionalismo sanitario e sui rischi di un'ulteriore frammentazione dei diritti civili e sociali e legati all'autonomia differenziata, si vedano D. Morana, op. cit.; A. Poggi, *Il regionalismo differenziato nella "forma" del d.d.l Calderoli: alcune chiare opzioni politiche, ancora nodi che sarebbe bene sciogliere*, in *federalismi.it*, 2024, 3; A. Pitino, *Il regionalismo differenziato e il conseguimento di "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia" nella materia "tutela della salute"*, cit., 14 ss.

ferta pubblica e quella privata. Tale distorsione finisce per convertire il decentramento amministrativo in un fattore di diseguaglianze e deprivazione, alimentando in modo patologico i flussi di mobilità sanitaria passiva e costringendo l'utenza a una migrazione riproduttiva transregionale.

L'evoluzione del Sistema sanitario nazionale ha comportato inoltre una profonda riconfigurazione delle strutture territoriali e periferiche, con un progressivo spostamento dal modello ospedale-centrico verso modelli di assistenza territoriale integrata, processo già avviato con il decreto legislativo n. 502/1992 e la l. n. 229/1999 e accelerato dalle riforme degli anni 2000 e, più recentemente, dal PNRR post-pandemico[14].

Nel settore della procreazione medicalmente assistita, la transizione organizzativa ha imposto la concentrazione delle prestazioni presso centri specializzati, siano essi pubblici o privati accreditati, chiamati a soddisfare elevati standard tecnologici e professionali. Il regime di autorizzazione e accreditamento di tali strutture, originariamente tracciato dal DM 11 aprile 2008, risente oggi di una complessa *governance* multilivello: i centri operano sotto la stretta vigilanza dell'Istituto Superiore di Sanità – che ne cura il censimento tramite il Registro Nazionale PMA – e in aderenza ai rigidi requisiti di sicurezza biologica dettati dalla normativa eurounitaria[15].

Sebbene simile per aspetti di regionalizzazione, in Spagna il *Servicio Nacional de Salud* (SNS) si è consolidato intorno a un diritto alla salute

[14] La riorganizzazione territoriale si è articolata attraverso la creazione di strutture intermedie tra ospedale e domicilio – case della salute, ospedali di comunità, centrali operative territoriali (COT) – che integrano assistenza sanitaria e sociale, cure primarie e specialistiche, con un approccio multidisciplinare e orientato alla prossimità, mirando a ridurre gli accessi impropri al pronto soccorso, gestire le cronicità, garantire continuità assistenziale e personalizzazione delle cure.

[15] L'architettura organizzativa dei centri PMA risponde ai requisiti minimi strutturali, tecnologici e impiantistici individuati in prima battuta dall'Accordo Stato – Regioni del 15 marzo 2006 e recepiti nei singoli ordinamenti regionali. La forte disparità nell'accreditamento delle strutture pubbliche e private contrattualizzate riflette le asimmetrie di *governance* discusse da A. Pitino, *Il regionalismo differenziato e il conseguimento di "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia" nella materia "tutela della salute"*, cit., 22: laddove i bilanci sanitari regionali sono condizionati dai piani di rientro dal deficit (come in larga misura nel sud Italia), la capacità di investire nella rete dei centri pubblici di PMA si azzera, lasciando l'esigibilità del diritto confinata alle aree geografiche del Paese dotate di maggiori autonomia finanziaria e organizzativa.

ampio (fisica, psicologica e sociale) sancito dall'art. 43 della Costituzione del 1978[16].

Il passaggio dal regime assicurativo, che durante il franchismo proteggeva esclusivamente i lavoratori assicurati e i loro familiari attraverso un sistema mutualistico frammentato, a un modello universalistico pubblico costituì una delle maggiori conquiste democratiche post 1978.

La *Ley General de Sanidad* del 1986 rappresentò il momento fondativo del SNS spagnolo, configurandolo come un sistema sanitario pubblico, universale e gratuito, finanziato attraverso la fiscalità generale e articolato tra Stato e Comunità Autonome secondo il modello costituzionale di organizzazione territoriale[17].

Il processo di universalizzazione si completò progressivamente: nel 1989 si avviò il finanziamento pubblico attraverso il bilancio statale, abbandonando definitivamente il modello contributivo della *Seguridad Social*, mentre la *Ley General de Salud Pública* del 2011 consolidò l'impostazione universalistica, ampliandola agli aspetti di salute pubblica e prevenzione.

Parallelamente alla costruzione del sistema universalistico, la Spagna avviò un complesso processo di decentralizzazione delle competenze sanitarie verso le comunità autonome, parallelo ma non identico a quello italiano. Il trasferimento delle competenze sanitarie iniziò nel 1981 con la Catalogna, quale prima Comunità a ricevere le funzioni e i servizi sanitari

[16] Artículo 43 *Constitucion Española*, 1978`«1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.» Per altri approfondimenti, si v., S. Munoz Machado, *La sanidad pública en España (evolución histórica y situación actual),* Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975. Per ulteriori approfondimenti, si v. L. Chieffi, *Un confronto Italo/Spagnolo sulle "questioni di inizio vita": Ipotesi di contaminazione tra modelli di regolamentazione giuridica,* in L. Chieffi, J. R. Salcedo Hernández (a cura di ), *Atti delle Giornate italo/spagnole di Bioetica*, 2015, 13 ss.; A. Diurni, *Italia e Spagna: sistemi sanitari a confronto*, in *Diritto e Salute*, 2017, 3, 24 ss.; cfr. A. Coduras Martínez, J. E. Del Llano Señarís, *La sanidad española en cifras 2016*, Madrid, 2017.

[17] La *Ley General de Sanidad* del 1986 (*Ley* 14/1986, de 25 *de abril, General de Sanidad*) ha introdotto un sistema sanitario pubblico, universale e accessibile gratuitamente a tutti i cittadini; successivamente, la *Ley de Autonomìa del Paciente* del 2002 ha rafforzato la protezione dei diritti dei pazienti e consolidato un modello di assistenza centrato sulla persona.

dal governo centrale, e proseguì gradualmente con Andalucía, País Vasco, Valencia, Navarra, Galicia e Canarias.

Il processo si completò soltanto tra il 2001 e il 2002, quando le dieci Comunità Autonome rimanenti ricevettero le competenze sanitarie attraverso riforme statutarie e successivi Reali Decreti di trasferimento, con la conseguente dissoluzione dell'*Instituto Nacional de la Salud* (INSALUD) e la piena regionalizzazione del SNS[18].

Durante gli anni '90, anche la Spagna introdusse riforme orientate all'efficienza gestionale e all'aziendalizzazione, sia pure attraverso modalità meno radicali rispetto al modello italiano.

La *Ley* 25 abril 1997, n. 15, *sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud,* approvata con ampio consenso parlamentare, aprì alla gestione indiretta (fondazioni, consorzi, imprese pubbliche), pur mantenendo natura pubblica delle strutture. Applicata in modo differenziato – estesa in Catalogna e *Comunidad Valenciana*, limitata altrove – fu contestata dai movimenti in difesa della sanità pubblica come potenziale rischio alla privatizzazione, ma rimase in vigore fino ai recenti orientamenti del governo centrale che dal 2021 hanno avviato percorsi di riforma per rafforzare la gestione pubblica diretta, con l'annuncio di nuova *Ley de Gestión Pública e Integridad* del SNS che deroga la l. n. 15/1997[19].

[18] Questo ventennale processo, scandito da accordi politici e negoziazioni sulla ripartizione delle risorse economiche, fu accompagnato dalla costruzione dei *Servicios de Salud autonómicos*, enti gestori delle politiche sanitarie regionali, la cui configurazione organizativa varia da Comunità a Comunità ma mantiene i Comuni principi di *governance* publica. J. Rovira Forns, *Las últimas transferencias sanitarias del INSALUD: Una valoración de urgencia*, in *Gaceta Sanitaria*, 2002, 16, 5; A. García-Altés, *El Sistema Nacional de Salud después de las transferencias sanitarias*, in *Revista de Administración Sanitaria* Siglo XXI, 2003, 1, 4.

[19] Cfr. art. 149.1.16° CE relativo alle materie di esclusiva competenza dello Stato e art. 148 CE che elenca le materie di competenza delle Comunità Autonome. Tra il 1986 e il 2003, le competenze sanitarie sono state progressivamente trasferite alle comunità autonome, in un processo che si è consolidato con la *Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional*. «La *Ley de Cohesión y Calidad del SNS* establece acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias como medio para asegurar a los ciudadanos el derecho a la protección de la salud, con el objetivo común de garantizar: a) Equidad, en la línea de desarrollo del principio constitucional de igualdad, que garantice el acceso a las prestaciones y, de esta manera, el derecho a la protección de la salud en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio y posibilite la libre circulación de todos los ciudadanos. b) Calidad, que conjugue la incorporación de innovaciones con la seguridad y efectividad de éstas, que oriente los esfuerzos del sistema hacia la anti-

Un elemento cardine del sistema spagnolo è la *Ley 16/2003, del 28 maggio, de Cohesion y Calidad del Sistema Nacional de Salud,* approvata all'indomani del completamento delle *transferencias* per garantire che la decentralizzazione non compromettesse l'equità e l'uniformità nell'accesso alle prestazioni sanitarie. Questa legge istituì la «*cartera de servicios comunes del SNS*», equivalente funzionale dei LEA italiani, definendo il catalogo delle prestazioni garantite su tutto il territorio nazionale e stabilendo un meccanismo di aggiornamento periodico attraverso il *Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud*[20].

Tuttavia, analogamente al nostro paese, anche la Spagna registra significative disparità territoriali nella erogazione delle prestazioni sanitarie e nella dotazione di risorse, con differenze nella spesa sanitaria pro capite tra Comunità Autonome che riflettono sia le diverse capacità fiscali regionali sia le scelte politiche di allocazione delle risorse. Nonostante queste differenze, il coordinamento centralizzato, esercitato dal Ministero della sanità, assicura un livello di coesione e di uniformità applicativa superiore rispetto al modello italiano, grazie ai meccanismi decisionali che richiedono accordi tra amministrazioni per favorire convergenza nelle politiche sanitarie.

In ambito di procreazione medicalmente assistita, come vedremo, la Spagna adotta un approccio più liberale e inclusivo rispetto all'Italia – accesso per *single* e coppie omosessuali femminili (*Ley* 14/2006) – rendendola meta privilegiata di turismo riproduttivo europeo ed esemplificando un modello centralizzato – decentrato più coeso.

---

cipación de los problemas de salud o hacia soluciones eficaces cuando éstos aparecen; calidad que evalúe el beneficio de las actuaciones clínicas incorporando sólo aquello que aporte un valor añadido a la mejora de la salud, e implicando a todos los actores del sistema; c) Y, por último, participación ciudadana, tanto en el respeto a la autonomía de sus decisiones individuales como en la consideración de sus expectativas como colectivo de usuarios del sistema sanitario, que permita además el intercambio de conocimientos y experiencias». En *Sistema Nacional de Salud*, *La protección de la salud en España*, Edita y distribuye Ministerio De Sanidad Y Consumo 2006, 20; Ministerio de Sanidad, El Gobierno aprueba el anteproyecto de la Ley de Equidad, Universalidad y Cohesión del SNS, novembre 2021; Id., *Mónica García anuncia el inicio de la consulta pública de la futura Ley de Gestión Pública e Integridad del Sistema Nacional de Salud*, 2024.

[20] *La Cartera de servicios*, disciplinata successivamente dal Real Decreto 1030/2006, è costantemente aggiornata mediante ordini ministeriali previo accordo del Consejo Interterritorial.

## 3. *Regolamentazione della PMA e impatti sul turismo riproduttivo*

Nonostante le affinità strutturali e la comune origine beveridgiana dei Sistemi sanitari italiano e spagnolo, emergono divergenze significative sia organizzative sia valoriali, concernenti la concezione del soggetto destinatario delle tutele pubbliche.

Entrambi gli ordinamenti hanno sperimentato un processo di progressiva regionalizzazione, trasferendo competenze dagli enti centrali a quelli territoriali, ma con declinazioni opposte: in Spagna, tale evoluzione ha consolidato un approccio marcatamente paziente-centrico, orientato alla personalizzazione dell'assistenza, continuità delle cure e partecipazione attiva del cittadino; in Italia, la traiettoria si connota per una eterogeneità marcata, pervasa da vincoli economico – finanziari e dalla esigenza imperativa di salvaguardare la sostenibilità sistemica.

Tale divergenza strutturale si riflette nella regolamentazione della procreazione medicalmente assistita (PMA)[21]. Il modello spagnolo, fedele alla sua impostazione inclusiva – radicata in un quadro costituzionale che valorizza la realtà sociale, la progressività dei diritti e la dignità personale (art. 43 Cost. sp.) – garantisce un accesso uniforme alle tecniche di riproduzione assistita, riconoscendo la pluralità delle configurazioni familiari e assicurando pari opportunità di esercizio del diritto alla genitorialità[22]. La

[21] L'orientamento alla centralità del paziente emerge, del resto, già nella diversa denominazione istituzionale dei servizi sanitari: il *servicio nacional de salud* spagnolo evoca una visione sistemica e umanistica della salute, mentre il servizio sanitario nazionale italiano rimane ancorato a una concezione più amministrativa e gestionale, nella quale l'uniformità delle prestazioni è spesso compromessa dal riparto delle competenze tra Stato e Regioni.

[22] «*Las nuevas organizaciones familiares no son nuevas; nuevo es el registro de lo que existía, omitido, silenciado o negado*», così E. Giberti, *La diversidad en las organizaciones familiares*, in *Revista Derechos de Familia*, 2012, 55, 159-177. Per altri approfondimenti, si v. M. Gómez Gómez, *La gestación subrogada: un análisis desde una perspectiva comparativay del sistema español de Derecho internacional privado*, TFM, Universidad Complutense de Madrid, 2020, *http://La gestación subrogada: un análisis desde una perspectiva comparativa y del sistema español de Derecho internacional privado*. E-Prints Complutense (ucm.es); E. Jelin, *Pan y afectos. La transformación de las familias*, Buenos Aires: FCE, 1998, 11. La legislazione spagnola permette di realizzare trattamenti di riproduzione che non possono venire eseguiti in altri Paesi. A conferma di ciò «*La Ley española fue una de las primeras en promulgarse entre las legislaciones sobre esta materia desarrolladas en Paises de nuestro entorno cultural y geográfico que supuso un indudable avance científico y clínico en la medida en que las técnicas de reproducción asistida, además de coadyuvar a paliar los efectos de la esterilidad, se manifiestan como especialmente útiles para otros fines, tales*

*Ley* n. 14/2006 sulle tecniche di riproduzione umana assistita esemplifica tale visione, consentendo trattamenti preclusi altrove e ponendo il benessere della persona al centro dell'intervento pubblico, in un'ottica che trascende i rigidi paradigmi biologici tradizionali. Come evidenziato da autorevole dottrina, si assiste in Spagna a un profondo cambio di paradigma nel diritto di famiglia: l'ordinamento abbandona la logica classica secondo cui la filiazione nasce da un fatto biologico verificabile e la sostituisce con un atto di volontà procreativa espresso attraverso una procedura formale. La procreazione assistita si fonda dunque non sulla "pura biologia", ma su un intento legalmente dichiarato[23].

In Italia, al contrario, l'accesso alla PMA – come visto – risente dell'autonomia regionale e delle differenziazioni nella pianificazione sanitaria, generando disparità sostanziali in termini di ammissibilità, copertura delle prestazioni e criteri di accesso[24].

La l. n. 40/2004 – pur modificata dalla pronuncia della Corte costituzionale (Corte costituzionale 5 giugno 2015, n. 96), che ha dischiuso l'accesso alle coppie fertili affette da patologie genetiche trasmissibili[25] –

---

*como los diagnósticos o de investigación*». Così F. L. Yagüe, C. O. Marieta, O.M. Balmaseda, *Comentarios Científico-Jurídicos a La Ley Sobre Técnicas De Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, 2017, 15 ss. Per ulteriori approfondimenti, si v. A.J. Vela Sánchez, *Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014),* in *Diario La Ley,* n. 8279, 26 marzo 2014; C. Sánchez Hernández, *La reproducción médica asistida en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial consideración desde la perspectiva de la seguridad jurídica,* in *Revista de Derecho Privado*, 4, luglio-agosto 2018.

[23] In questo volume, si v. L.M. García Lozano, *La riproduzione assistita in Spagna: analisi e proposte di cambiamento di fronte alla evoluzione nella regolazione e gestione europea*, 4 ss.

[24] A conferma del vuoto normativo in materia civilistica di filiazione – e in assenza di una disciplina che preveda la possibilità di adozione per le coppie omosessuali – l'accesso alla PMA rimane tuttora rigidamente circoscritto: la PMA era ammessa solo per coppie infertili.

[25] Corte cost. 5 giugno 2015, n. 96, *Cons. in dir.* «Nel merito, la questione è fondata, in relazione al profilo – assorbente di ogni altra censura – che attiene al vulnus effettivamente arrecato, dalla normativa denunciata, agli artt. 3 e 32 Cost. Sussiste, in primo luogo, un insuperabile aspetto di irragionevolezza dell'indiscriminato divieto, che le denunciate disposizioni oppongono, all'accesso alla PMA, con diagnosi preimpianto, da parte di coppie fertili affette (anche come portatrici sane) da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili (secondo le evidenze scientifiche) di trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni. E ciò in quanto, con palese antinomia normativa (sottolineata anche dalla Corte di Strasburgo nella richiamata sentenza *Costa e Pavan*

esclude rigidamente coppie *same-sex*, *single* e ogni configurazione non eterosessuale, limitandolo a «coppie maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi» (art. 5)[26]. La *ratio* di tali limiti si fonda su presupposti che, a oltre vent'anni dall'entrata in vigore della norma, appaiono ormai superati: la presunta superiorità dell'ambiente eterosessuale per la crescita del minore e il pregiudizio psicologico derivante dall'assenza della figura genitoriale opposta[27]. Tali presupposti difettano di fondamento scientifico e psicopedagogico, e si pongono in contrasto con l'evoluzione del diritto costituzionale e sovranazionale, che impone una valutazione concreta dell'interesse superiore del minore, prescindendo dagli schemi familiari tradizionali (art. 24 CDFUE; art. 6 Conv. EU. diritti fanciulli)[28].

---

*contro Italia*), il nostro ordinamento consente, comunque, a tali coppie di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici, attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali – quale consentita dall'art. 6, comma 1, lettera b, della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza) − qualora, dalle ormai normali indagini prenatali, siano, appunto «accertati processi patologici […] relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna».

[26] Tali requisiti soggettivi riflettono un'impostazione normativa improntata a una concezione tradizionale – procreativa della famiglia, che subordina l'accesso alla genitorialità assistita alla presenza di una coppia eterosessuale. Pubblicata in G.U. 24 febbraio 2004, n. 45, la legge sulla procreazione medicalmente assistita è il risultato di un complesso *iter* legislativo, approdato a un testo definito dalla dottrina come frutto di un compromesso. Ciò emerge, tra l'altro, dal fatto che la legge, pur vietando l'accesso a determinate tecniche, ne disciplina comunque le conseguenze. Il complesso tema della fecondazione medicalmente assistita ha rappresentato un terreno di intenso dibattito, attirando l'attenzione di numerosi studiosi e giuristi. Per ulteriori approfondimenti, si v. P. Stanzione, G. Sciancalepore (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla Legge 19 febbraio 2004,* 40, Milano, 2004; M. Sesta, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 2004, 1 ss.; R. Villani, *La procreazione assistita*, Torino, 2004; G. Oppo, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 331 ss.; M. Faccioli, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., agg. III, 2, Torino, 2007, 1069 ss.

[27] Sul divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA, Corte costituzionale 23 ottobre 2019, n. 221.

[28] Il principio del superiore interesse del minore trova un riconoscimento espresso nell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che afferma con forza la necessità di garantire priorità del *best interest of child* in tutte le decisioni che lo riguardano, a qualsiasi titolo. Tale esigenza è ulteriormente ribadita dal disposto norma-

L'entrata in vigore della legge sulle unioni civili (legge 20 maggio 2016, n. 76) accentua il vuoto: nel 2004, il legislatore non contemplava vincoli affettivi omosessuali privi di riconoscimento giuridico. Di conseguenza, molte coppie omogenitoriali ricorrono al "turismo riproduttivo" verso altri Paesi, tra cui la Spagna – meta primaria per celerità, semplificazione burocratica e cultura inclusiva – generando un fenomeno strutturale che evidenzia i limiti della *governance* italiana[29].

## 4. *PMA all'estero e vuoti normativi nella trascrizione degli atti di nascita*

Il divario assiologico e ordinamentale tra Italia e Spagna non si esaurisce alla fase di accesso alle tecniche di PMA, ma si acuisce al momento del rientro in Italia, nella trascrizione degli atti di nascita formati all'estero.

In assenza di una disciplina normativa chiara, gli ufficiali di stato civile si trovano a dover affrontare situazioni giuridiche nuove e complesse con strumenti inadeguati, oscillando tra trascrizioni parziali, rifiuti motivati e rinvii alle autorità giudiziarie[30]. Tale persistente lacuna applicativa determina una compromissione sostanziale della effettività dei diritti fondamentali, segnatamente di quelli attinenti alla sfera della personalità e del nucleo familiare, configurando un *deficit* strutturale nella *governance* pubblica e nell'esercizio delle funzioni amministrative vincolate.

Lo snodo cruciale del nesso tra *governance* sanitaria e diritto alla genitorialità si palesa con forza proprio nel momento di recezione degli atti stranieri recanti una genitorialità omosessuale (*same-sex*).

La Corte costituzionale nega un obbligo automatico di trascrizione universale per gli atti stranieri, e denuncia l'eterogeneità comportamentale

tivo di cui all'art 6 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, che impone agli Stati di assicurare che il minore sia posto al centro dei procedimenti e delle scelte che incidono sulla sua vita.

[29] Le modalità di registrazione e trascrizione dell'atto di nascita variano, infatti, in funzione del luogo in cui il bambino è nato e della composizione della coppia genitoriale. Tra i più, si v. P. Zatti, *Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico,* in *Riv. Dir. Civ.*, 1995, 1, 45 ss. V. Baldini, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Dirittifondamentali.it*, 15 settembre 2014.

[30] Cfr. B. Cecchini, *Famiglie omoaffettive: dichiarazione di nascita e adozione in casi particolari*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2023, 2, 1379 ss.

degli ufficiali di stato civile e dei pubblici ministeri, invocando l'urgenza di un intervento legislativo risolutore. La Consulta evidenzia, inoltre, come l'attuale assetto normativo-amministrativo tradisca l'interesse superiore del minore, esponendolo a rischi legati alla fragilità delle relazioni affettive e alla volontarietà del riconoscimento genitoriale.[31]

Il vuoto normativo si manifesta in diverse dimensioni operative giuridiche. Sul piano procedurale, gli ufficiali di stato civile si trovano a dover compiere valutazioni che attengono alla compatibilità di atti stranieri con l'ordine pubblico internazionale, compito per il quale non dispongono né della competenza giuridica specifica né di linee guida uniformi da parte del Ministero dell'interno. Il risultato è che decisioni identiche vengono assunte con esiti opposti in Comuni diversi o anche nello stesso Comune in momenti diversi, a seconda delle sensibilità personali, degli orientamenti politici dell'amministrazione comunale o delle pressioni esercitate dalle prefetture.

Sul piano sostanziale, quindi, la mancanza di una normativa specifica genera una situazione paradossale in cui il riconoscimento dello *status filiationis* del minore nato all'estero da PMA diviene dipendente da fattori aleatori e geografici: il luogo di nascita, il comune di residenza, l'orientamento del singolo ufficiale di stato civile, l'eventuale intervento del pubblico ministero. Ciò determina una violazione del principio di uguaglianza, poiché i minori si trovano in condizioni sostanzialmente identiche ma ricevono tutele giuridiche differenziate e spesso incompatibili; lo *status filiationis* cessa di essere la forma giuridica della stabilità relazionale e dell'identità del minore per ridursi a un riflesso geografico[32].

In risposta al vuoto legislativo, la giurisprudenza ha adottato strumenti di adattamento per garantire una tutela più tempestiva dei minori,

[31] Si veda la ricostruzione giurisprudenziale operata dalla Corte costituzionale in tema di eterogeneità di comportamenti tenuti dagli ufficiali di stato civile in ordine alla decisione di iscrivere o meno il nome della madre intenzionale, e sul connesso rischio di lasciare il minore in uno stato di incertezza e imprevedibilità in ordine alla sua identità personale ed esposizione alle vicende della coppia.

[32] Per approfondimenti, si v. S. Deplano, *Appunti intorno al concetto di "genitorialità" nel diritto civile*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2023, 62 ss.; A.C. Nazzaro, *Il difficile rapporto tra genitorialità e famiglia tra indicazioni giurisprudenziali e novità legislative*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 844 ss.; G. Palmeri, *Riflessioni a margine della pronuncia della Corte di Appello di Torino 4 dicembre 2014 in tema di trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero in seguito a PMA*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2015, 5, 241-257.

ma proprio questa eterogeneità giurisprudenziale costituisce un'ulteriore prova della necessità di un intervento normativo organico. Il Tribunale per i minorenni di Roma ha ritenuto compatibile con l'ordine pubblico la trascrizione di atti di nascita spagnoli attributivi di maternità binaria, valorizzando lo *status* genitoriale nella sua dimensione sostanziale rispetto al profilo meramente formale e accidentale. Analogamente, il Tribunale di Genova ha affermato la legittimità dell'iscrizione anagrafica di minori nati da PMA eterologa praticata da coppie *same-sex*, applicando estensivamente la disciplina del consenso informato di cui agli artt. 6 e 8 della l. n. 40/2004, e ritenendo che tale consenso manifesta assunzione di responsabilità genitoriale e giuridicamente rilevante.

Di segno opposto, la Corte d'Appello di Milano, in più occasioni, ha rigettato istanze di trascrizione analoghe, riaffermando i limiti di razionalità della l. n. 40/2004, il mancato riconoscimento della doppia maternità (o paternità) nell'ordinamento interno e la contrarietà all'ordine pubblico internazionale di atti che attribuiscono lo *status genitoriale* a soggetti privi di legame biologico con il nato, salvo ricorso a istituti previsti dall'ordinamento quali l'adozione in casi particolari che trova disciplina nell'art. 44 lett. *d*, l. n. 184/1983[33].

Tale oscillazione giurisprudenziale che riflette orientamenti culturali, interpretativi divergenti, evidenzia il vuoto legislativo, lasciando spazio a decisioni eterogenee, influenzate da valutazioni discrezionali[34].

Un punto di svolta nel dibattito è rappresentato dai principi affermati dalla Corte costituzionale, sebbene originariamente sollevati per i casi di PMA praticata all'estero con nascita in Italia. Intervenendo sull'illegittimità costituzionale dell'art. 8 della l. n. 40/2004 nella parte in cui impedisce al nato da PMA eterologa praticata da una coppia di donne di essere riconosciuto, come figlio, sin dalla nascita di entrambe le madri, la Corte ha affermato con chiarezza che il vincolo genitoriale, nelle tecniche di PMA, non scaturisce esclusivamente dal dato biologico ma dall'assunzione volontaria di responsabilità manifestata attraverso il consenso

[33] Corte d'Appello di Milano, decisioni del 2021 e 2023; Tribunale di Milano, decreto 23 settembre 2021 in materia di GPA. Si v. A. Malomo, *Divieto di maternità surrogata in Italia, nascita all'estero mediante tecnica di gestazione per altri e riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore "intenzionale"*, in *Dir. succ. fam.*, 2021, 410 ss.

[34] Per ulteriori approfondimenti, si v. A. Malomo, op. loc. cit.; S. Aceto di Capriglia, *I profili critici etico-giuridici concernenti la maternità surrogata. Un confronto tra modelli*, in *Corti salernitane*, 2019, 3 ss.

informato, e che negare il riconoscimento automatico dello stato di figlio nei confronti della madre intenzionale costituisce violazione degli artt. 2, 3 e 30 Cost.

Tuttavia, permane l'incertezza rispetto alla trascrizione diretta e automatica degli atti di nascita esteri recanti la doppia genitorialità omogenitoriale per i nati fuori dal territorio nazionale, nonché il problema dei nati da gestazione per altri (GPA), pratica vietata e penalmente sanzionata in Italia, e recentemente qualificata come reato universale ai sensi del novellato art. 12, co. 6, l. n. 40/2004[35].

Sulla scia di questi orientamenti, alcuni Comuni hanno assunto iniziative significative nel tentativo di colmare il vuoto normativo e dare attuazione immediata ai principi costituzionali affermati dalla Consulta. Il Comune di Genova, il 27 giugno dello scorso anno ha trascritto undici atti di nascita formati all'estero relativi a coppie dello stesso sesso, riconoscendo nella sostanza la centralità dell'interesse del minore e interpretando estensivamente i principi costituzionali, anche ai casi dei nati all'estero[36].

Pur ricordando che «l'interesse del minore, per quanto centrale, non è un interesse tiranno», la Corte ha voluto precisare che anche l'interesse superiore del minore può essere oggetto di bilanciamento in presenza di controinteressi di pari rango. La Consulta pertanto richiede un'azione amministrativa ispirata a equità, proporzionalità e ragionevolezza, quali criteri imprescindibili per una *governance* sanitaria e civile adeguata ai mutamenti sociali[37].

È chiaro che la questione della trascrizione degli atti di nascita esteri si intreccia non solo con profili di diritto internazionale privato, ma induce

[35] Sulla fondamentale distinzione strutturale tra PMA e GPA, si v. T. Bortolu, *La gestazione per altri tra diritto alla procreazione, dignità umana e superiore interesse del minore. Una riflessione comparatistica*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, 458 ss.; I. Parisi, *La procreazione medicalmente assistita e la surrogazione di maternità*, in *Riv. AIAF Associazione Italiana degli Avvocati per la famiglia e per i minori*, Milano, 2, 2022.

[36] L'iniziativa anagrafica del Comune di Genova del 27 giugno rappresenta un precedente significativo di applicazione estensiva dei princípi di tutela del nato da PMA, confermando come, in assenza di interventi del legislatore, siano le amministrazioni locali a farsi carico di colmare le asimmetrie applicative.

[37] Si richiama la fondamentale precisazione della giurisprudenza costituzionale secondo cui il bilanciamento dell'interesse del minore non può tradursi in una compressione automatica del suo diritto a vedersi riconosciuto lo stato di figlio sin dal momento della nascita se non sussiste un contro-interesse ordinamentale di pari rango costituzionale.

un'analisi comparata: discipline estere offrono soluzioni legislative chiare, costituenti modelli per il legislatore italiano.

Tra questi, la Spagna che con la *Ley* n. 14 /2006*, sobre tecnicas de reproduccion humana asistida,* garantisce accesso a PMA a coppie di donne e *single*, prevedendo che la donna che presta consenso alla fecondazione della partner risulti automaticamente madre del nato sin dalla nascita, con trascrizione immediata negli atti di stato civile senza procedimenti giudiziali o adozioni successive[38].

Il modello spagnolo, fondato sul consenso informato come fonte di responsabilità genitoriale, garantisce certezza giuridica immediata, uniformità nazionale, tutela piena dell'interesse del minore e assenza di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale dei genitori. Analogamente, anche il Portogallo, con l. n. 25/2016 estende l'accesso alla PMA a coppie di donne, garantendo il riconoscimento automatico della cogenitorialità sulla base del consenso manifestato prima della fecondazione.

Questi modelli normativi dimostrano che è possibile conciliare il principio di certezza giuridica, la tutela dell'interesse superiore del minore e il rispetto della volontà procreativa attraverso discipline chiare che eliminano le disparità territoriali.

## 5. *Verso una* governance *amministrativa dei diritti di filiazione e familiari*

L'evoluzione giurisprudenziale italiana mostra timidi segnali di apertura verso i nuovi modelli familiari, in particolare quelli derivanti da percorsi di PMA estera[39].

Tali aperture restano tuttavia episodiche, affidate alla sensibilità dei giudici o alla discrezionalità degli ufficiali di stato civile, in un quadro di passiva presa d'atto del mutamento socioculturale.

Il legislatore riconosce la realtà dei fatti, ma evita di disciplinarla in

[38] Ley 14/2006, de 26 *de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, art. 7.3; E. Farnós Amorós, *Consentimiento a la reproducción asistida*, Barcelona, 2011. Cfr. in questo volume, L.M. García Lozano, *La riproduzione assistita in Spagna: analisi e proposte di cambiamento di fronte alla evoluzione nella regolazione e gestione europea*, 4 ss.

[39] Con la sentenza 30 maggio 2025, n. 570, il TAR Emilia-Romagna ha recentemente annullato il diniego espresso dalla Prefettura di Ferrara, ordinando il riconoscimento del doppio cognome materno per un minore nato all'estero da due donne unite civilmente, valorizzando l'effettività della vita familiare.

modo organico. La persistente assenza di una disciplina sulla genitorialità intenzionale nelle coppie omogenitoriali produce disuguaglianze e incertezze applicative, con effetti lesivi dei principi di eguaglianza sostanziale, dignità della persona e superiore interesse del minore.

Per superare questa frammentazione, la dottrina più attenta suggerisce di accogliere il paradigma della «qualificazione ottimale in concreto» dell'interesse del minore[40].

Secondo questa impostazione, lo *status filiationis* non può essere sacrificato in nome della coerenza astratta di un impianto punitivo normativo rigido, ma deve essere inteso come la veste giuridica di una stabilità razionale già esistente. Proprio alla luce di questo cambio di paradigma, i rimedi tradizionali mostrano la loro insufficienza.

L'adozione in casi particolari (art. 44, lett. *d*, l. n. 184/1983), spesso indicata come unica via, palesa i suoi limiti strutturali in termini di tempestività ed effettività, non riuscendo a garantire pienamente i requisiti di *promptness* ed *effectiveness* richiesti dalla giurisprudenza della Corte EDU (Parere consultivo del 10 aprile 2019)[41]. Questa inadeguatezza rischia di essere ulteriormente esasperata dalla recente introduzione del reato universale di surrogazione di maternità (art. 12, co. 6, l. n. 40/2004): l'instaurazione di un procedimento penale a carico dei genitori intenzionali finisce per proiettarsi negativamente sul giudizio di idoneità all'adozione, traducendosi nel paradosso sistematico per cui il minore diventa il reale destinatario della sanzione ordinamentale, subendo una condizione di cronica precarietà giuridica[42].

La svolta giurisprudenziale è segnata dalla sentenza del 22 maggio 2025, n. 68 della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità dell'articolo 8 della l. n. 40 del 2004 limitatamente al diniego di riconoscimento della madre intenzionale all'interno di una coppia composta da due donne quando la PMA sia avvenuta all'estero conformemente allo *ius loci*.

---

[40] In questo volume S. Deplano, *Sul rapporto di filiazione intenzionale da gestazione per altri tra «qualificazione ottimale in concreto» dell'interesse del minore e novella dell'art. 12, comma 6, l. 40/2004,* 1 ss.; Id., *Appunti intorno al concetto di "genitorialità" nel diritto civile*, in *Riv. giur. Mol. Sannio,* 2023, 62 ss.

[41] Corte EDU, Parere consultivo del 10 aprile 2019 (richiesto dalla Corte di Cassazione francese ai sensi del Protocollo n. 16).

[42] Come evidenziato da S. Deplano, *Sul rapporto di filiazione intenzionale da gestazione per altri,* cit., 15, la pendenza penale derivante dal novellato art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 rischia di paralizzare lo strumento adottivo, lasciando il minore privo di tutele stabili.

Tale esclusione si rivela discriminatoria, atteso che la madre non biologica – partecipe del progetto genitoriale con piena consapevolezza e responsabilità – merita pari tutela della filiazione.

Lungi dal risolversi in una passiva presa d'atto del mutamento socio-culturale, la Consulta ha applicato la funzione promozionale del diritto civil-costituzionale, affermando la primazia del diritto del minore a una stabile relazione giuridica con entrambe le figure genitoriali su impostazioni normative rigide e ormai superate, in linea con la giurisprudenza della Corte EDU e il *best interest of the child*.

La questione era stata sollevata dal Tribunale ordinario di Lucca, il quale – dubitando della compatibilità costituzionale degli articoli 8 e 9 della l. n. 40/2004 nonché dell'art. 250 c.c., nella parte in cui ostacolano il riconoscimento legale della madre intenzionale – ha evocato la Corte per valutare se tali norme contrastino con l'interesse superiore del minore in presenza di un progetto genitoriale comune, stabile e pienamente rispondente a tale interesse.

Questa pronuncia richiama il legislatore alle proprie responsabilità e segna un cambio di paradigma nel diritto di famiglia: la genitorialità non può essere confinata al solo dato biologico o al modello coniugale eterosessuale, ma deve fondarsi sulla volontà procreativa condivisa, nella cura effettiva e nell'assunzione consapevole di responsabilità nei confronti del minore. In quest'ottica, lo *status* del figlio nato con tecniche di PMA – se voluto da entrambe le madri – si emancipa da un riconoscimento meramente morale o affettivo per configurarsi come la veste giuridica di una stabilità relazionale già esistente, assurgendo a diritto pienamente riconosciuto e costituzionalmente garantito.

Tale sentenza costituisce un passo decisivo verso un ordinamento più aderente alla realtà sociale, nonché più equo e più rispettoso della pluralità delle forme genitoriali.

Sebbene resti onere del legislatore tradurre questa svolta in un quadro normativo organico e uniforme – evitando che l'assenza di regole alimenti derive giurisprudenziali disomogenee –, l'effettività dei diritti fondamentali non può rimanere sospesa, ma esige una *governance* dei diritti familiari immediatamente coerente con la dignità della persona e la tutela dei minori, capace di superare la logica astratta degli automatismi normativi o punitivi.

In tale prospettiva, la PMA non riguarda soltanto l'efficienza del siste-

ma sanitario ma interpella la coerenza dell'intero apparato normativo-amministrativo smascherando i limiti della *governance* italiana nella gestione dei diritti familiari e imponendo con forza una riforma complessiva.

Tale percorso, ispirato al modello spagnolo di coesione centralizzata ma ancorato ai princípi repubblicani, dovrà coniugare legalità formale, realtà sociale e tutela effettiva dei diritti fondamentali, superando vincoli economici, limiti organizzativi e discrezionalità locali che, pur in un contesto universalistico, condizionano la centralità del paziente e l'effettività dei diritti alla salute e alla genitorialità.

Da un'analisi amministrativistica e costituzionale, urge dunque un intervento legislativo che disciplini l'accesso inclusivo alla PMA, esteso alle unioni civili e configurazioni affettive stabili; la trascrizione automatica uniforme degli atti esteri, con protocolli vincolanti per gli ufficiali di stato civile che eliminino le discrezionalità e le pressioni locali; l'integrazione dei LEA con profili genitoriali, affidando alle Regioni piani omogenei ma coordinati dal Ministero della salute. Solo così il nostro Paese potrà allinearsi agli standard europei, configurando una *governance* resiliente alle mutazioni familiari e capace di tradurre la qualificazione ottimale in concreto dell'interesse del minore in un principio ordinatore vivente dell'ordinamento.

**Abstract**

Il contributo esamina la *governance* sanitaria e amministrativa della procreazione medicalmente assistita (PMA) in una prospettiva comparata italo-spagnola, assumendo tale istituto come indicatore della capacità dei sistemi giuridici di tutelare i diritti fondamentali di fronte alle trasformazioni sociali. L'analisi prende le mosse dalla sentenza n. 68/2025 della Corte costituzionale italiana per mettere a confronto il modello di accesso inclusivo adottato in Spagna con la persistente frammentazione normativa che caratterizza il sistema italiano, tanto in materia di erogazione dei livelli essenziali di assistenza (LEA) quanto nelle prassi amministrative di trascrizione degli atti di nascita. Si argomenta che le asimmetrie nell'erogazione dei LEA e l'eterogeneità delle condotte delle pubbliche amministrazioni alimentino flussi strutturali di turismo riproduttivo, in contrasto con il principio dell'interesse superiore del minore e con l'uguaglianza sostanziale. Il lavoro approfondisce altresì il conflitto tra genitorialità biologica e genitorialità intenzionale, evidenziando come l'inasprimento del regime sanzionatorio della gestazione per altri (GPA) rischi di privare il minore degli strumenti di tutela giuridica che l'ordinamento gli riconosce. Ne emerge la necessità di una coordinazione centralizzata che, attraverso protocolli vincolanti e il criterio della «qualificazione ottimale in concreto», traduca la volontà procreativa in protezione giuridica effettiva, sottraendo l'interesse del minore alle conseguenze di automatismi punitivi e garantendo uniformità applicativa sull'intero territorio nazionale.

This contribution examines the healthcare and administrative governance of medically assisted procreation (MAP) from a comparative Italian-Spanish perspective, identifying this institution as an indicator of legal systems' ability to protect fundamental rights amidst social transformations.

By analyzing the Italian Constitutional Court's judgment no. 68/2025, the study contrasts Spain's inclusive access model with the persistent regulatory fragmentation in Italy, particularly concerning the provision of Essential Levels of Care (LEA) and birth certificate transcription. It is argued that these asymmetries and the heterogeneity of administrative conduct fuel reproductive tourism, undermining the best interest of the child and substantive equality. The work further explores the con-

flict between biological and intentional parenthood, highlighting how increased penalties for surrogacy risk depriving minors of essential legal protections. Ultimately, the study advocates for centralized coordination, binding protocols, and the «optimal qualification in concrete» criterion to translate procreative intent into effective protection, shielding the child from punitive automatisms and ensuring national uniformity.

# La riproduzione assistita in Spagna: analisi e proposte di cambiamento di fronte alla evoluzione nella regolazione e gestione europea

di Luis Miguel García Lozano

Sommario: 1. Il contesto storico. – 2. Quadro normativo fondamentale per la riproduzione umana assistita (PMA) in Spagna. – 3. *Status* giuridico dell'embrione e del pre-embrione nella legislazione spagnola. – 4. Donazione di gameti ed embrioni: quadro giuridico. – 5. Maternità surrogata e riconoscimento giuridico in Spagna. – 6. Le conclusioni.

## 1. *Il contesto storico*

Come si intende illustrare nel presente articolo, il quadro giuridico spagnolo in materia di riproduzione umana assistita ha subito una significativa trasformazione concettuale a seguito dell'evoluzione scientifica, della ricerca e delle politiche pubbliche. Questa regolamentazione si struttura su un complesso quadro normativo, frutto di un laborioso e trasversale lavoro politico-medico-giuridico che ha accompagnato, non senza tensioni, lo sviluppo scientifico e tecnologico degli ultimi decenni.

A questo proposito, la legislazione spagnola e, più in generale, quella dei Paesi limitrofi[1], ha dovuto rispondere simultaneamente al progresso delle biotecnologie della riproduzione, alla crescente pluralità dei modelli familiari e, soprattutto, alla necessità di assicurare una tutela coerente della dignità umana e dei diritti fondamentali di tutti i soggetti coinvolti.

Pertanto, l'attuale quadro normativo non può essere compreso senza

[1] A questo proposito, si v.: C. Bottari, *Sanidad y derechos fundamentales en el ámbito europeo e italiano. La protección de la salud entre solidaridad y subsidiariedad*, in *Derecho y Salud*, 2014, nº Extra 1, 24, 84-89; D. Adamson, *Regulation of Assisted Reproductive Technologies in the United States*, *Family Law Quarterly*, 2005, 39, 3, 727-744.; H. Blank, Robert, *Assisted Reproduction and Reproductive Rights: The Case of In Vitro Fertilization*, in *Politics and the Life Sciences*, 1997, 16, 2, 279-288.; J. Cantero Martínez, *La intervención administrativa en los derechos fundamentales de las personas por motivos de salud pública*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2021, 210, 79-124.; N. M. Garrido Cuenca, *Seguridad de pacientes y salud mental en la infancia y la adolescencia: apuntes desde el derecho sanitario para una revisión del consentimiento informado, los internamientos y tratamientos involuntarios y la respuesta a las conductas autolíticas*, in *Derecho y Salud*, 2023, vol. 33, nº Extra 1, 48-61.

considerare l'evoluzione della legge 22 novembre 1988, n. 35, punto di partenza della regolamentazione moderna, alla legge 26 maggio 2006, n. 14, attualmente fulcro del sistema.

La sua attuazione è strettamente integrata dalla legge 3 luglio 2007, n. 14 sulla ricerca biomedica, nonché da un insieme eterogeneo di normative e di standard di origine europea che garantiscono la qualità e la sicurezza delle procedure e che riflettono, al contempo, i principi essenziali del diritto internazionale e costituzionale spagnolo.

Nel contesto di questa indagine, vale la pena ricordare che la l. n. 35/1988 ha rappresentato una pietra miliare fondamentale nel riconoscimento giuridico delle tecniche di riproduzione assistita in Spagna, offrendo per la prima volta un quadro giuridico idoneo a legittimarne la pratica e a disciplinarne le implicazioni etiche, sanitarie e giuridiche[2].

Questa ambiziosa legge affrontava l'inseminazione artificiale, la fecondazione in vitro e le principali tecniche esistenti all'epoca, introducendo al contempo concetti che avrebbero plasmato i decenni successivi, come la distinzione tra gameti e pre-embrioni e la previsione di banche di embrioni crioconservati, il cui significato giuridico è stato ampiamente dibattuto, come si vedrà nel corso di questo lavoro, sia in dottrina che nella giurisprudenza costituzionale.

Tuttavia, prescindendo dal merito delle singole questioni di fondo, è stata una convinzione comune tra legislatori, giuristi[3] e operatori sanitari che la legislazione vigente fosse insufficiente ad affrontare il rapido ritmo dell'evoluzione tecnologica. Ciò ha portato alla riforma introdotta dalla legge 21 novembre 2003, n. 45, il cui obiettivo principale era correggere alcune carenze riscontrate nella normativa precedente, in particolare in materia di ricerca e di destinazione degli embrioni, senza tuttavia alterare sostanzialmente il modello stabilito nel 1988.

Questa riforma si è rivelata insufficiente, ed è stata quindi la l. n. 14/2006[4] a stabilire, in un contesto scientifico significativamente più avanzato, il quadro normativo che costituisce ancora oggi il nucleo del sistema giuridico in questo settore, caratterizzato da un approccio più

[2] *BOE*, n. 282, 24 de noviembre de 1988.

[3] M. Palacios Alonso, *Ley sobre técnicas de reproducción asistida* (35/88): de 1988 a 2005, in I. F. Benítez Ortúzar, L. Morillas Cueva, J.M. Peris Riera (coords.), *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro-homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani*, Ponte Caldelas, Spain, 2005, 33-69.

[4] *BOE,* n. 126, de 27 mayo de 2006.

completo, una maggiore precisione concettuale e un'articolazione più coerente delle garanzie etiche, sanitarie e giuridiche[5].

L'attuale legge, oggetto di studio, riconosce la diversità delle strutture familiari, consentendo l'accesso alle tecnologie di riproduzione assistita senza condizionarlo allo stato civile o all'orientamento sessuale. Regolamenta sistematicamente il consenso come elemento strutturale della filiazione derivante da queste tecnologie e stabilisce limiti particolarmente significativi, come la nullità assoluta della maternità surrogata[6].

Tuttavia, questo testo normativo non può essere interpretato isolatamente, poiché ciò comprometterebbe l'integrità del quadro giuridico. Pertanto, per comprendere appieno l'attuale quadro giuridico, è necessario considerare questa evoluzione anche in relazione alla l. n. 14/2007 sulla ricerca biomedica[7], il cui contenuto è indissolubilmente legato alla l. n. 14/2006, poiché entrambe rispondono al medesimo contesto scientifico e condividono l'esigenza di definire lo *status* giuridico dei materiali biologici umani, inclusi i pre-embrioni residui delle tecnologie di riproduzione assistita.

La l. n. 14/2007, infatti, introduce un regime specifico per l'utilizzo dei campioni biologici, regolamenta le biobanche, stabilisce limiti chiari alla ricerca con cellule staminali ed embrionali e definisce meccanismi di controllo etico attraverso i Comitati etici per la ricerca, un requisito derivante anche dalla Convenzione di Oviedo[8]. Inoltre, questa legge

---

[5] J. Cantero Martínez, *Propuestas para el reforzamiento del sistema público sanitario a través de las políticas de salud pública*, in *Derecho y Salud*, 2020, 30, nº Extra 1, 9-21.

[6] Si veda la recentissima sentenza della CGUE, 25 novembre 2025, causa C-XXX/23 (Polonia), relativa al riconoscimento presso l'anagrafe polacca di un matrimonio tra persone dello stesso sesso validamente celebrato in un altro Stato membro, in cui la Corte ha dichiarato che il rifiuto dello Stato violava gli articoli 21 TFUE e 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, impedendo l'effettivo esercizio del diritto di libera circolazione e soggiorno e compromettendo la tutela della vita familiare. La Corte ha chiarito che, sebbene gli Stati membri mantengano la piena competenza a definire il regime interno del matrimonio, non possono negare effetti civili essenziali a un matrimonio tra persone dello stesso sesso validamente costituito in un altro Stato membro quando i loro cittadini esercitano il diritto di libera circolazione. La sentenza afferma che la registrazione o il riconoscimento formale devono essere effettuati attraverso meccanismi equivalenti che producano effetti giuridici sufficienti, senza discriminazioni basate sull'orientamento sessuale.

[7] *BOE*, n. 159, 4 de julio de 2007

[8] Strumento di ratifica della Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e

definisce il concetto di pre-embrione come categoria a tutela giuridica limitata, ribadendo la possibilità di utilizzare quelli non trasferiti per la ricerca, a condizione che vi sia un valido consenso e che siano rispettati i limiti temporali e di finalità imposti dal legislatore.

Una lettura congiunta di entrambe le leggi rivela la necessità di interpretare la riproduzione assistita non come un fenomeno esclusivamente sanitario, ma come un ambito situato all'intersezione tra diritti individuali, progressi biomedici e requisiti costituzionali per la tutela della dignità e dell'integrità umana.

Tuttavia, non è possibile limitare l'ambito di azione a queste due normative; il quadro normativo è ulteriormente integrato da una serie di regolamenti e norme tecniche che sviluppano le disposizioni di legge e sono essenziali per garantire il corretto funzionamento del sistema. Tra questi, spicca il Regio Decreto 10 novembre 2006, n. 1301, che regola la qualità e la sicurezza nella donazione, nell'ottenimento, nella valutazione, nella lavorazione, nella conservazione e nella distribuzione di cellule e tessuti umani[9], e che recepisce nell'ordinamento nazionale diverse direttive europee in materia, formando così un regime di qualità omogeneo all'interno dell'Unione Europea.

Alla luce di quanto precede, non è possibile cadere nella trappola di un'interpretazione limitata e individuale del quadro normativo. Vale a dire, la legislazione nazionale non può e non deve essere interpretata senza considerare la sua posizione all'interno del sistema delle fonti giuridiche. Pertanto, l'attuale sistema normativo è interconnesso con la legislazione europea derivata, in particolare con la Direttiva 2004/23/CE[10] e i suoi regolamenti di attuazione, il cui obiettivo essenziale è garantire standard uniformi di sicurezza e tracciabilità nella manipolazione di cellule e tessuti

della dignità dell'essere umano rispetto all'applicazione della biologia e della medicina (Convenzione di Oviedo), fatta a Oviedo il 4 aprile 1997, Gazzetta Ufficiale dello Stato Spagnolo, n. 251, 20 ottobre 1999.

[9] Regio Decreto 10 novembre 2006, n. 1301, che regola la qualità e la sicurezza nella donazione, nell'ottenimento, nella valutazione, nella lavorazione, nella conservazione e nella distribuzione di cellule e tessuti umani.

[10] Direttiva 2004/23/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che stabilisce norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani, GUUE L 102, 7 aprile 2004. Si v. anche: Direttiva 2006/17/CE della Commissione, dell'8 febbraio 2006, GUUE L 38, 9 febbraio 2006; Direttiva 2006/86/CE della Commissione, del 24 ottobre 2006, GUUE L 294, 25 ottobre 2006.

umani destinati sia alla riproduzione assistita che alla ricerca biomedica. Ciò crea un quadro giuridico[11] multilivello[12] che garantisce uniformità tecnica e tutela della salute, fermo restando il mantenimento da parte della Spagna di una propria normativa su questioni sostanziali quali la filiazione, il consenso e il divieto di maternità surrogata.

Una comprensione completa del sistema richiede attenzione ai principi guida che lo strutturano, senza i quali una mera descrizione normativa risulterebbe incompleta e incoerente. Tra questi, spicca la tutela della dignità umana, riconosciuta come fondamento dell'ordinamento giuridico dall'art. 10.1 della Costituzione[13] e ribadita in numerose pronunce della Corte costituzionale, che ha sottolineato come la dignità costituisca un limite invalicabile, anche di fronte ai più promettenti progressi scientifici[14]. A ciò si collega il principio di autonomia riproduttiva[15], che si incarna nel diritto della donna a decidere della propria maternità e nella centralità attribuita al consenso come prerequisito costitutivo della filiazione nell'ambito della procreazione assistita.

Tale autonomia, tuttavia, non può essere interpretata isolatamente, poiché trova precisi limiti nella tutela del nascituro, seppur in modo diverso a seconda che si tratti di embrioni in vitro o in vivo, nel divieto

---

[11] Si adotta l'espressione nella sua accezione teorica S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Milano, 1918.

[12] N.M. Garrido Cuenca, *Las redes europeas de referencia de enfermedades raras: un hito en la historia de la cooperación transfronteriza en materia de salud. Los retos logísticos, de telemedicina y jurídicos*, in *Derecho y Salud*, 2017, 27, nº Extra 1, 72-95.

[13] A questo proposito, si veda I. Von Münch, *La dignidad del hombre en el Derecho constitucional,* in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2, 1982, 5, 9: «La Costituzione spagnola del 1978 e la Costituzione della Repubblica Federale Tedesca (ufficialmente, la Legge Fondamentale) presentano, oltre a notevoli differenze, interessanti punti in comune. Uno di questi punti consiste nel fatto che sia la Costituzione spagnola sia la Legge Fondamentale tedesca fanno riferimento alla dignità della persona umana in modo preminente: la Costituzione spagnola parla nel preambolo di "garantire a tutti una qualità di vita dignitosa» e nel Titolo I, Articolo 10, della «dignità della persona» come uno dei fondamenti «dell'ordine politico e della pace sociale».

[14] Come vedremo nei paragrafi successivi, la Corte costituzionale ha sviluppato un'evoluzione del concetto adattandolo alla realtà, per questo motivo ci riferiamo al presente lavoro: J. González Pérez, *La dignidad de la persona en la jurisprudencia constitucional*, in *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 1985, 62, 133-148.

[15] M. Macías Jara, *La autonomía y la libertad fáctica como elementos definidores del derecho a la salud sexual y reproductiva ante la intervención restrictiva del Estado*, in *Derecho y Salud*, 2015, Vol. 25, 1, 107 ss.

di pratiche contrarie all'ordine sanitario pubblico come la maternità surrogata e, più in generale, nelle esigenze costituzionali di tutela della salute, dell'integrità fisica e giuridica di tutti i soggetti coinvolti.

L'analisi del quadro normativo mostra che la riproduzione assistita in Spagna si basa su un delicato equilibrio tra autodeterminazione, progresso scientifico e limiti materiali derivanti dalla Costituzione, un equilibrio che è stato plasmato dalla giurisprudenza nazionale ed europea e costituisce il fondamento ultimo per la coerenza del sistema attuale[16].

## 2. *Quadro normativo fondamentale per la riproduzione umana assistita (PMA) in Spagna*

Una volta definito il quadro normativo, emerge che uno dei pilastri più delicati e decisivi del regime giuridico della riproduzione assistita in Spagna risiede nella definizione dello *status* giuridico dell'embrione e, più specificamente, del pre-embrione, una categoria unica che il legislatore spagnolo ha incorporato con una precisione concettuale senza precedenti rispetto ad altri ordinamenti giuridici.

A tal fine, il passaggio dalla l. n. 35/1988 alla l. n. 14/2006, e il suo necessario collegamento con la l. n. 14/2007 sulla ricerca biomedica, non possono essere pienamente compresi senza considerare l'evoluzione dottrinale e normativa che ha portato alla configurazione tecnica del concetto di pre-embrione, una nozione che non è nata spontaneamente. Essa rappresenta una risposta giuridica ai progressi scientifici che hanno permesso di separare il processo riproduttivo in fasi identificabili e manipolabili al di fuori del corpo della donna[17].

[16] E. Lucas Murillo De La Cueva, *Derechos humanos y atención sanitaria ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *Derecho y Salud*, 2019, 29, nº Extraordinario 1, 10. «La conclusión que cabría obtener de esta rápida exposición es que el derecho a la protección de la salud queda relegado en el sistema constitucional español a un segundo plano y que goza de unas garantías debilitadas en comparación con los derechos fundamentales en sentido estricto. Su titularidad, las facultades y obligaciones que conlleva, las prestaciones que permita reclamar a los poderes públicos y su tutela jurisdiccional quedan a merced del legislador ordinario o, lo que es lo mismo, de las mayorías parlamentarias de cada momento».

[17] Art. 1. Scopo e ambito di applicazione della legge. 2. Ai fini della presente legge, per pre-embrione si intende l'embrione in vitro costituito dall'insieme delle cellule risultanti dalla divisione progressiva dell'ovocita dal momento della sua fecondazione fino a 14 giorni dopo.

Per questo motivo, il legislatore spagnolo ha adottato precocemente questa distinzione, consapevole che lo sviluppo extracorporeo dell'embrione richiedeva una categoria *ad hoc* che ne regolasse gli usi, il destino e le responsabilità etiche connesse, senza in alcun modo equipararlo all'embrione impiantato o al feto in via di sviluppo nell'utero, il cui *status* costituzionale ha un peso normativo diverso[18]. Questa differenziazione è definita sia nella letteratura specializzata sia nei lavori preparatori delle leggi che modellano il sistema, ed è stata formalizzata giuridicamente con l'introduzione del pre-embrione come entità biologica fino a quattordici giorni di sviluppo in vitro, fase in cui non si riscontra ancora una vena primitiva o una completa individualizzazione dell'organismo in via di sviluppo[19].

Pertanto, questa categoria normativa acquisisce significato solo se collegata al fondamento costituzionale dello *status* del nascituro, questione trattata in maniera significativa dalla Corte costituzionale.

La giurisprudenza costituzionale spagnola[20] ha delineato un quadro

---

[18] A questo proposito, si veda il Preambolo della legge 21 novembre 2003, n. 45: «Infine, per correggere i problemi sollevati dalla legislazione precedente, la Legge elimina le differenze nel trattamento dei pre-embrioni crioconservati prima dell'entrata in vigore della Legge 45/2003, del 21 novembre, e di quelli che possono essere generati successivamente, per quanto riguarda i loro possibili usi, sempre subordinatamente alla volontà dei genitori e, nel caso di ricerca, a rigorose condizioni di autorizzazione, monitoraggio e controllo da parte delle autorità sanitarie competenti. Pertanto, come in altri Paesi, vengono sviluppati strumenti adeguati per garantire la necessaria protezione del pre-embrione. Vengono eliminati i limiti stabiliti dalla Legge 45/2003, del 21 novembre, per la generazione di ovociti in ogni ciclo riproduttivo; tali limiti devono derivare esclusivamente dalle indicazioni cliniche esistenti in ciascun caso».

[19] A. Pardo Caballos, *Embrión y preembrión*, in *Cuadernos de Bioética*, 1997, 8, 32, 1416-1431.

[20] Nella Corte costituzionale spagnola 19 dicembre 1996, n. 212, emessa nel contesto dell'interruzione volontaria di gravidanza, la Corte ha affermato che la Costituzione impone la tutela della vita umana nelle sue fasi formative, sebbene tale tutela non assuma necessariamente la forma di un diritto fondamentale soggettivo, ma piuttosto si articola come un mandato al legislatore. Tale idea, successivamente sfumata, viene ripresa nella sentenza n. 116/1999, dove la Corte esamina la legittimità costituzionale del regime di embrioni crioconservati previsto dalla l. n. 35/1988 e, pur riconoscendo la necessità di tutelare la vita umana fin dal concepimento, non ritiene contrario alla Costituzione che il legislatore introduca una categoria come quella di pre-embrione con tutela limitata, né che consenta la crioconservazione e l'eventuale ricerca su embrioni non destinati alla riproduzione. In quest'ultima sentenza, la Corte respinge la tesi degli appellanti secondo

che, senza riconoscere la personalità giuridica al nascituro, afferma la necessità di garantirgli una tutela giuridica rafforzata derivante dall'articolo 15 della Costituzione, secondo cui la vita umana costituisce un valore oggettivo che il legislatore deve tutelare. La distinzione tra persona, titolare a pieno titolo dei diritti fondamentali, e *nasciturus*[21], oggetto di tutela costituzionale, sebbene non soggetto di diritto, ha permesso la costruzione di un complesso equilibrio tra diritti delle donne, progresso scientifico e interesse sociale allo sviluppo delle tecnologie riproduttive.

Tuttavia, questa costruzione non può essere automaticamente estrapolata all'embrione extracorporeo, poiché la Corte costituzionale non ha mai equiparato l'embrione in vitro a quello concepito in utero. Tale approccio ha portato alla definizione della categoria normativa del pre-embrione e alla sua specifica tutela giuridica, distinta per intensità e portata da quella attribuita al nascituro intrauterino. A questo proposito, la dottrina della Corte costituzionale è particolarmente evidente nelle sentenze della Corte costituzionale spagnola n. 212/1996[22] e n. 116/1999, decisioni che costituiscono in gran parte il quadro interpretativo su cui si è basata tutta la normativa successiva. A partire da tale dottrina,

---

cui il congelamento degli embrioni costituirebbe di per sé una violazione della dignità umana, presentandola invece come una misura prudente volta a evitare fecondazioni non necessarie e a ottimizzare l'uso degli embrioni esistenti. Questa affermazione ha indubbiamente generato un intenso dibattito accademico, ma la sua portata plasma in modo decisivo tutta la legislazione vigente, poiché definisce costituzionalmente la tutela del pre-embrione extracorporeo e ne consente l'uso scientifico entro i limiti stabiliti dal legislatore.

[21] A. D'ors Y Pérez-Peix, *Título I. Principios Fundamentales: Ley 153 Capacidad para adquirir; Ley 154 Disposiciones a favor del 'nasciturus'; Ley 155 Renuncia a la herencia futura: forma; Ley 156 Renuncia a la herencia futura: efectos; y Ley 157 Derechos de los hijos de anterior matrimonio*, en *Albaladejo García*, Manuel (coord.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, España, 1998, 37, Tomo 1, 33-40.

[22] Tuttavia, la dottrina stabilita dalla sentenza 116/1999 della Corte costituzionale non risolve tutte le questioni controverse. Mentre la Corte conferma la legittimità costituzionale della categoria dei pre-embrioni, la crioconservazione degli embrioni soprannumerari e il loro potenziale sacrificio o utilizzo a fini di ricerca, permangono dubbi significativi sui criteri di vitalità, sui periodi massimi di conservazione, sul destino finale dei pre-embrioni non utilizzati e su come il valore costituzionale della vita debba essere bilanciato con gli interessi scientifici e riproduttivi in gioco in ciascun caso. A questo proposito, si può affermare che la giurisprudenza ha stabilito un quadro generale di tutela "graduale e relativa", ma il legislatore non ha ancora risolto in modo completo e sistematico tutte le implicazioni pratiche dello *status* giuridico del pre-embrione.

l'ordinamento stabilisce un regime specifico per gli embrioni generati nell'ambito delle tecniche di riproduzione assistita, che ha un impatto diretto sulla pratica clinica. La possibilità di crioconservare gli embrioni, il loro utilizzo differito per nuovi trasferimenti, l'opzione di destinarli alla ricerca biomedica o, se del caso, la cessazione della loro conservazione per scadenza dei termini o revoca dei consensi, costituiscono un insieme di decisioni che devono essere adottate nel rispetto di un complesso quadro di garanzie giuridiche.

Da ciò derivano profonde implicazioni pratiche. Nello specifico, i centri sono tenuti a salvaguardare i pre-embrioni in condizioni di sicurezza e tracciabilità, in conformità con il r.d. n. 1301/2006; i genitori o gli utenti devono fornire un consenso informato specifico per ogni possibile utilizzo; e tutte le attività di ricerca richiedono una previa revisione etica da parte dei Comitati etici per la ricerca, in conformità con la l. n. 14/2007[23]. Inoltre, il limite di quattordici giorni impedisce che lo sviluppo in vitro progredisca verso fasi che comprometterebbero l'individualizzazione dell'embrione, un principio ribadito sia dalla normativa spagnola che dalle raccomandazioni scientifiche internazionali. Pertanto, la pratica clinica opera secondo un modello legale di gestione dell'embrione che combina il rispetto dell'autonomia riproduttiva con una limitata protezione del pre-embrione, consentendo al contempo la ricerca biomedica nel rispetto di rigorose condizioni legali.

Tuttavia, senza entrare nel merito della questione, non essendo questa la sede appropriata, questo quadro normativo e giurisprudenziale ha dato luogo a un intenso dibattito dottrinale, particolarmente evidente in opere di analisi di bioetica costituzionale che denunciano la potenziale incoerenza tra l'affermazione costituzionale della tutela della vita umana fin dal concepimento e il trattamento giuridico del pre-embrione extracorporeo. E nella dottrina giuridica specializzata, si evidenzia come la distinzione tra embrioni vitali e non vitali, la distruzione dei pre-embrioni soprannumerari, l'anonimato dei donatori e l'uso degli embrioni a fini di ricerca sollevino problematiche non ancora pienamente risolte dal legislatore[24].

---

[23] F. De Montalvo Jääskeläinen, *La incertidumbre jurídica como respuesta del derecho a los dilemas del avance biotecnológico: ¿paradoja o única solución posible?*, in *Pensamiento. Revista de Investigación e Información Filosófica*, 2022, 78, nº Extra-298, 689-736.

[24] A. Ollero Tassara, *El estatuto jurídico del embrión humano*, en J. Ballesteros Llompart Y E. Fernández Ruiz-Gálvez (coords.), *Biotecnología y Posthumanismo*, 2007,

La stessa Corte costituzionale, nel convalidare la categoria di pre-embrione, evita di pronunciarsi sul suo potenziale *status* morale, il che ha generato opinioni contrastanti: alcuni autori sostengono che il modello spagnolo offre una tutela eccessivamente debole dell'embrione, mentre altri sostengono che solo una tutela limitata consenta di conciliare i diritti delle donne, le esigenze cliniche e il progresso scientifico. In questo quadro, le controversie non riguardano solo la coerenza interna del sistema, ma anche la sua compatibilità con i requisiti costituzionali di dignità e integrità, nonché con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la cui dottrina, sempre più influente, sottolinea la necessità di un equilibrio tra il margine di apprezzamento dello Stato e la tutela dei diritti coinvolti.

## 3. *Status giuridico dell'embrione e del pre-embrione nella legislazione spagnola*

Come illustrato nella sezione precedente, il quadro giuridico che regola lo *status* dell'embrione e del pre-embrione diventa pienamente comprensibile solo se integrato nell'analisi dei soggetti coinvolti nelle tecniche di riproduzione assistita, che in ultima analisi determinano la struttura di diritti e obblighi che soggiacciono a quest'area dell'ordinamento giuridico. A tal fine, la l. n. 14/2006, situata all'intersezione tra bioetica, diritto sanitario e diritto civile, stabilisce un quadro normativo che non solo regola le procedure biomediche, ma definisce anche un insieme di posizioni soggettive il cui equilibrio è essenziale per garantire la legittimità costituzionale delle pratiche riproduttive. L'identificazione di questi soggetti, la determinazione delle loro competenze giuridiche e la delimitazione dei relativi doveri costituiscono, pertanto, il nucleo della dimensione interpersonale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, che si riflette sia nell'accesso alle tecniche sia nella determinazione della filiazione, del consenso, della responsabilità dei centri sanitari o dello *status* del donatore.

Il bilancio di base, in particolare i requisiti di accesso, ha subito una significativa evoluzione rispetto ai criteri iniziali stabiliti nel 1988. Oggi, il legislatore riconosce che le tecniche di procreazione medicalmente assistita possono essere utilizzate da qualsiasi donna maggiorenne e con

331-382. L'autore comincia il suo lavoro con il sillogismo "*in dubio pro vita*".

piena capacità di intendere e di volere, senza che il suo stato civile o il suo orientamento sessuale costituiscano condizioni di legge. Questo riconoscimento implica che donne *single*, coppie eterosessuali e coppie di donne dello stesso sesso siano poste su un piano di parità, coerentemente con il principio di non discriminazione e con l'espansione dei modelli familiari che caratterizza le società contemporanee.

Inoltre, l'eliminazione del requisito dell'infertilità per accedere a queste tecniche rivela una netta transizione verso un modello di sostanziale autonomia riproduttiva, in cui la decisione di diventare madre, e potenzialmente madre in quanto parte di una coppia attraverso un progetto genitoriale condiviso, è direttamente collegata alla libertà personale e al diritto all'autodeterminazione in materia riproduttiva. Questa apertura, non priva di dibattito dottrinale, ha permesso di concepire le tecniche di procreazione medicalmente assistita non solo come risorsa medica per il trattamento delle patologie dell'infertilità, ma anche come strumento per realizzare il progetto di vita della maternità in diversi contesti giuridici.

Tuttavia, l'estensione dell'accesso alle tecniche di procreazione assistita (PMA) richiede, al fine di rimanere entro i parametri costituzionali pertinenti, l'istituzione di un sistema di garanzie che garantisca che la decisione di ricorrere alla PMA sia presa liberamente e con piena informazione, e nel rigoroso rispetto degli standard di tutela dell'integrità e della dignità della persona. Proprio per questo motivo, il consenso informato è il pilastro del modello spagnolo.

Pertanto, la legge 14 novembre 2002, n. 41, che regola l'autonomia della paziente[25], così come la l. n. 14/2006, sottolineano che nessuna procedura riproduttiva può essere eseguita senza che le persone coinvolte, in particolare la donna ricevente e, se del caso, il suo partner, abbiano ricevuto informazioni chiare, sufficienti e appropriate sulle implicazioni mediche, etiche e legali del processo.

Il consenso nelle tecniche di procreazione assistita (ART) acquisisce inoltre una dimensione giuridica peculiare, in quanto non si limita ad autorizzare un intervento clinico, ma costituisce la base per l'accertamento della filiazione quando la procedura coinvolge un donatore terzo. In questo senso, l'espressione di un consenso preventivo, libero e

[25] J. Sánchez Caro, *Autonomía del paciente y ocultación de datos sanitarios*, in *Derecho y Salud*, 2016, 26, nº Extraordinario 1, 93-102.

formalizzato dinanzi alla struttura sanitaria consente di attribuire la filiazione al coniuge o al partner della madre surrogata, anche in assenza di qualsiasi legame genetico, elevando l'intento procreativo a categoria giuridica determinante[26]. La centralità del consenso rivela quindi che la procreazione assistita non si fonda sulla biologia, ma su un intento legalmente dichiarato, rappresentando una delle più profonde trasformazioni del diritto di famiglia contemporaneo.

Questa procedura può funzionare correttamente solo se il centro sanitario rispetta gli obblighi imposti dalla legge, adempiendo al proprio ruolo istituzionale di garante della legalità e della qualità tecnica delle procedure cliniche[27]. I centri autorizzati non sono semplici fornitori di servizi biomedici, ma persone giuridiche con obblighi specifici derivanti dal diritto sanitario, dal diritto amministrativo e dalla normativa che disciplina le tecniche di procreazione assistita (PMA). Pertanto, sono tenuti a verificare la capacità e il consenso degli utenti, a salvaguardare la documentazione clinica, a garantire la tracciabilità di gameti ed embrioni ai sensi del r.d. n. 1301/2006, a mantenere sistemi di qualità che garantiscano la sicurezza biologica del materiale riproduttivo e a sottoporsi a verifiche periodiche da parte delle autorità competenti.

La responsabilità[28] dei centri si estende anche alla conservazione, all'uso e all'eventuale smaltimento dei pre-embrioni crioconservati, nonché al rigoroso rispetto dei limiti di legge, tra cui quelli relativi al numero massimo di embrioni trasferibili, al divieto di manipolazione genetica non autorizzata e all'impossibilità di realizzare pratiche contrarie all'ordine pubblico, come la maternità surrogata. In questo modo, i centri operano come intermediari istituzionali che concretizzano

[26] L. M. García Lozano, *et al.*, *El 'Distrito Sanitario' en España e Italia*, en C. Bottari y P.J. Tárraga López, (dirs.), F. Laus y E. Marcos Martínez (coords.), *Sanidad rural y asistencia sanitaria descentralizada. España e Italia. Experiencia a debate*, Napoli, 2024, 147 ss.

[27] Articolo 3. Definizioni legali. Ai fini della presente legge, si applicano le seguenti definizioni: Centro sanitario: l'insieme organizzato di professionisti, strutture e risorse tecniche che svolge attività e fornisce servizi per la cura della salute dei pazienti e degli utenti.

[28] Sesta disposizione aggiuntiva. Regime sanzionatorio. Le violazioni delle disposizioni della presente legge saranno soggette al regime sanzionatorio previsto dal Capo VI del Titolo I della l. n. 14/1986, Legge generale sulla salute, fatta salva la responsabilità civile o penale e la responsabilità professionale o statutaria applicabile ai sensi di legge.

– e in larga misura garantiscono – la legalità del processo riproduttivo, rendendoli attori essenziali all'interno del sistema.

Infine, occorre soffermarsi brevemente sull'analisi dei soggetti partecipanti. Tale analisi non può prescindere dallo *status* giuridico dei donatori, la cui posizione è caratterizzata da un delicato equilibrio tra la necessità sociale di disporre di materiale biologico sufficiente per eseguire le tecniche e l'obbligo di tutelare i propri diritti e garantire l'assenza di vincoli giuridici con i figli nati. La legislazione spagnola stabilisce che la donazione di gameti è anonima, volontaria, altruistica e formalizzata attraverso il consenso informato. Ciò comporta che il donatore non può conoscere l'identità dei riceventi o dei figli nati, né i figli possono conoscere l'identità del donatore, salvo in circostanze eccezionali di natura strettamente medica.

Questo anonimato, difeso come garanzia di stabilità sociale e familiare, ha generato negli ultimi anni un intenso dibattito dottrinale sul possibile diritto dei bambini nati a conoscere le proprie origini biologiche, una questione ancora irrisolta dal legislatore. Inoltre, la normativa limita il numero massimo di bambini nati da un singolo donatore al fine di evitare rischi genetici e di consanguineità, prevedendo così un meccanismo di tutela collettiva. La normativa impone inoltre obblighi ai centri in materia di registrazione, monitoraggio, tracciabilità e destinazione delle donazioni, garantendo che il coinvolgimento del donatore non produca effetti giuridici in materia di filiazione né costituisca sfruttamento economico del corpo umano, un divieto fondamentale previsto dal diritto europeo e spagnolo[29].

In conclusione, l'analisi delle parti coinvolte nelle tecniche di riproduzione assistita conferma che il modello spagnolo non è concepito esclusivamente come regolamentazione biomedica, ma come un sistema giuridico completo in cui si intersecano libertà fondamentali, responsabilità sanitarie, principi di ordine pubblico familiare e requisiti

[29] Il limite all'anonimato, come indica Igareada, è che «l'unica eccezione consentita a questo anonimato, e quindi alla tutela della privacy del donatore, è il caso della comparsa di qualche tipo di malattia genetica. Anche in questo caso, le persone intervistate durante la suddetta ricerca sul campo sottolineano che esistono meccanismi per garantire queste informazioni senza dover rinunciare a garantire la privacy dei donatori, utilizzando le cliniche stesse come intermediari». N. Igareda González, *La donación anónima de gametos para reproducción humana asistida en España: problemas y retos*, in *Revista de Bioética y Derecho*, 2016, 38, 71-86. DOI: 10.1344/rbd2016.38.17046.

di biosicurezza. Tutti gli attori – utenti, coppie, donatori e centri sanitari – occupano posizioni giuridiche attentamente definite dal legislatore e modulate dall'interpretazione costituzionale. Ciò garantisce un equilibrio tra autonomia riproduttiva, garanzie etiche e limiti costituzionali, coerente con la struttura precedentemente consolidata del quadro giuridico per la riproduzione assistita in Spagna.

## 4. *Donazione di gameti ed embrioni: quadro giuridico*

Come previsto, e alla luce di quanto discusso finora, la donazione di gameti ed embrioni occupa un posto centrale nel quadro giuridico della procreazione medicalmente assistita (PMA), in quanto costituisce il meccanismo che rende possibili molte delle tecniche attualmente utilizzate e, allo stesso tempo, pone le sfide etiche, sanitarie e legali più significative al sistema. Dopo aver esaminato lo *status* dei soggetti coinvolti nella PMA, risulta ora essenziale analizzare lo *status* del materiale biologico umano donato, poiché solo da questa prospettiva è possibile comprendere appieno la costruzione giuridica della filiazione, l'ambito del consenso, la posizione giuridica del donatore e la complessa gestione istituzionale associata alle banche di gameti ed embrioni.

Da una prospettiva giuridica, la natura del materiale biologico umano è una questione che il legislatore spagnolo ha affrontato con un approccio che evita sia la completa oggettivazione sia la personificazione giuridica del gamete o dell'embrione.

Le leggi n. 14/2006 e n. 14/2007 si basano sul presupposto che gameti, embrioni e pre-embrioni non possano essere considerati cose nel senso civilistico classico, poiché originano dal corpo umano e mantengono un potenziale vitale che richiede un trattamento giuridico potenziato; tuttavia, non sono soggetti di diritto, né titolari della dignità umana nel suo senso più pieno, pertanto il loro regime giuridico non deriva dalla titolarità di diritti fondamentali, bensì dalla necessità di garantire un uso etico, sicuro e rispettoso che salvaguardi l'integrità dei partecipanti.

La natura intermedia del materiale biologico umano, rafforzata dal divieto di commercializzazione del corpo umano e delle sue parti sancito dal diritto europeo, spiega perché la regolamentazione di gameti ed embrioni richieda il consenso informato, la supervisione istituzionale

e limiti rigorosi, a differenza dei beni ordinari oggetto di transazioni legali[30]. Il materiale biologico umano si configura quindi come un oggetto giuridico *sui generis*, il cui trattamento normativo si colloca al confine tra la salvaguardia dell'integrità fisica dei donatori e la tutela della salute pubblica. Sulla base di questa configurazione, il legislatore stabilisce una serie di limiti legali[31], già discussi, che definiscono il regime di donazione, tra cui l'anonimato, l'altruismo e il divieto di qualsiasi forma di commercializzazione[32].

L'anonimato[33] rappresenta un elemento fondamentale del sistema: l'identità del donatore può essere rivelata solo per ragioni strettamente mediche e in nessun caso ai fini dell'accertamento della filiazione o dell'identità personale del minore nato[34]. Tale anonimato, essenziale per preservare la stabilità dei rapporti familiari e impedire l'attribuzione della responsabilità genitoriale al donatore, è stato oggetto di dibattito accademico in merito al diritto di conoscere le proprie origini genetiche, una questione non ancora risolta dal legislatore, ma che dimostra la natura dinamica di questa materia giuridica[35]. Inoltre, la donazione deve essere altruistica, con un eventuale compenso economico limitato alla copertura

---

[30] Articolo 5. Donatori e contratti di donazione. 1. La donazione di gameti e pre-embrioni per gli scopi autorizzati dalla presente legge è un contratto libero, formale e confidenziale stipulato tra il donatore e il centro autorizzato. 2. La donazione può essere revocata solo se il donatore necessita dei gameti donati per uso personale, a condizione che i gameti siano disponibili al momento della revoca. In caso di revoca, il donatore è tenuto a rimborsare al centro ricevente tutte le spese sostenute.

[31] I. Pinedo García, *Protección de datos sanitarios: la historia clínica y sus accesos*, in *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, 8, 306-318.

[32] Asociación Médica Mundial (AMM), *Resolución sobre la No Comercialización del Material Reproductivo Humano*, adoptada en la 54ª Asamblea General (Helsinki, septiembre 2003), revisada en la 65ª Asamblea General (Durban, octubre 2014) y reafirmada en la 217ª Sesión del Consejo (Seúl, abril 2021).

[33] I. Alkorta Idiakez y E. Farnós Amorós, *Anonimato del donante y derecho a conocer: un difícil equilibrio*, in *Oñati Socio-Legal Series*, 2017, 7, 1, 148-178.

[34] Comitato spagnolo di bioetica, *Rapporto sul diritto dei bambini nati attraverso tecniche di riproduzione umana assistita a conoscere le proprie origini biologiche*, disponibile all'indirizzo: https://comitedebioetica.isciii.es/wp-content/uploads/2023/10/NOTA-DE-PRENSA-Informe-del-CBE-sobre-el-derecho-de-los-hijos-nacidos-de-las-TRHA.pdf (ultimo accesso: 27/11/2025).

[35] M. De Lorenzi, *El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos en el ordenamiento jurídico español: ¿una materia pendiente?*, in *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 2016, 8, 101-124.

del disagio e delle spese strettamente connesse al processo, in conformità con il mandato europeo per prevenire la mercificazione delle parti del corpo umano.

La legge vieta qualsiasi forma di lucro, acquisto, vendita o intermediazione economica che superi il compenso autorizzato, istituendo un sistema che tutela sia il donatore da potenziali abusi sia il ricevente da pratiche contrarie all'etica biomedica[36]. Infine, questo sistema è completato dall'istituzione di limiti quantitativi alla prole derivata da un singolo donatore, un meccanismo essenziale per prevenire il rischio di consanguineità e garantire un adeguato controllo sanitario della tracciabilità genetica.

Strettamente collegata a questi limiti è la regolamentazione delle banche dei gameti e del sangue del cordone ombelicale, istituzioni la cui funzione non è meramente logistica, ma profondamente giuridica e sanitaria. Le banche dei gameti devono operare in regime di autorizzazione amministrativa, seguendo rigorosi protocolli di qualità, conservazione, tracciabilità e biosicurezza, in conformità con i requisiti della legislazione europea. La loro attività comprende la ricezione, l'analisi, la crioconservazione e la distribuzione dei gameti per uso riproduttivo, implicando una maggiore responsabilità per la custodia del materiale e il rispetto degli usi autorizzati.

Per quanto riguarda le banche del sangue del cordone ombelicale, la loro regolamentazione presenta sfide specifiche derivanti dalla coesistenza di banche pubbliche, orientate alla donazione altruistica ai fini di trapianto, e banche private, destinate alla conservazione autologa delle cellule staminali emopoietiche.

Questa duplice configurazione ha generato controversie applicative, in particolare per quanto riguarda l'autorizzazione alla raccolta del sangue del cordone ombelicale nei centri pubblici, la compatibilità tra il principio di altruismo e la conservazione privata per uso futuro e il rischio di diseguaglianza nell'accesso alle risorse terapeutiche. La regolamentazione ha cercato di risolvere queste tensioni attraverso un sistema che privilegia

[36] Si v. Tribunal Supremo 4 dicembre 2024, n. 1626, Sala I (Civile), ECLI: ES:TS:2024:5879. La Sala ha confermato, senza opinioni dissenzienti, che la sentenza statunitense non poteva essere considerata efficace in sede civile perché contraria all'ordine pubblico nazionale. Juzgado de Primera Istancia n. 1 di San Roque, 20 giugno 2022, che nega l'exequatur della sentenza straniera del Tribunale n. 73 della Contea di Bexar, Texas, USA (numero di causa 2020PA01319) del 20 novembre 2020.

l'interesse sanitario collettivo, imponendo requisiti rigorosi alle attività delle banche private e garantendo la prevalenza delle indicazioni mediche e di salute pubblica sugli interessi privati.

Nel suo complesso, il quadro giuridico per la donazione di gameti ed embrioni rivela la complessità che caratterizza la riproduzione assistita in Spagna: si tratta di un ambito in cui convergono la libertà riproduttiva, la tutela dei partecipanti, la prevenzione dei rischi biologici e la necessità di impedire qualsiasi forma di commercializzazione del corpo umano. La normativa vigente cerca di armonizzare queste dimensioni attraverso un sistema che, senza sacrificare l'efficacia clinica, rimanga fedele ai principi di dignità umana, non mercificazione del corpo, integrità della salute e stabilità familiare, plasmando un modello che mira a garantire che il progresso scientifico si sviluppi entro limiti legali solidi, eticamente legittimi e costituzionalmente compatibili.

## 5. *Maternità surrogata e riconoscimento giuridico in Spagna*

Dopo aver esaminato le parti coinvolte e la struttura dell'ordinamento giuridico spagnolo, è necessario, in questo delicato spazio tra lo strettamente giuridico e l'ontologicamente complesso, approfondire la determinazione della filiazione nel contesto delle tecniche di procreazione assistita. Proprio come intuirono i Greci quando affidarono alle Parche la delicata arte di tessere, misurare e tagliare il filo della vita, anche il diritto contemporaneo è costretto a intervenire in questo sottile tessuto in cui si decide l'origine giuridica dell'esistenza. Ci si trova, infatti, di fronte a uno degli assi concettuali più complessi e trasformativi del diritto di famiglia contemporaneo.

In effetti, il diritto della filiazione ha subito una sostanziale mutazione a seguito dell'incorporazione delle tecniche di riproduzione assistita nell'ordinamento giuridico, poiché la scienza ha permesso di dissociare componenti che per secoli si sono supposte unitarie, gestazione, genetica e intenzione; in virtù di ciò, il Diritto, concepito come garante, è stato costretto a riconfigurare categorie classiche per garantire stabilità familiare, certezza del diritto e coerenza sistematica[37].

[37] Si veda il Ministero della Presidenza, della Giustizia e dei Rapporti con le Cortes, Istruzione sul sistema di registrazione applicabile ai bambini nati da maternità surrogata

Pertanto, si rende necessario uno studio approfondito dei principi generali del sistema, del ruolo centrale del consenso, della costruzione di una seconda maternità per natura nelle coppie femminili e, fatto molto significativo, dell'emergere dell'intento procreativo come criterio giuridico autonomo, un fenomeno analizzato da parte della dottrina più recente[38].

---

all'estero (in attesa di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dello Stato, 2025), che adatta il sistema di registrazione alla Tribunal supremo 4 dicembre 2024, n. 1626, Prima Sezione (Civile), ECLI: ES:TS:2024:5879, in cui la Corte Suprema, per la prima volta, ha negato l'*exequatur* di una decisione giudiziaria straniera che convalidava un contratto di maternità surrogata, considerandolo contrario alla legge spagnola e nullo. L'istruzione stabilisce che l'iscrizione nel registro civile dei bambini nati da maternità surrogata può essere effettuata solo attraverso i canali ordinari di determinazione della filiazione – legame biologico o adozione – impedendo l'iscrizione diretta basata su decisioni amministrative o giudiziarie straniere. L'obiettivo dichiarato è impedire l'elusione del divieto contenuto nella l. n. 14/2006 e tutelare l'interesse superiore del minore, garantendo che né il corpo della madre surrogata né il minore stesso vengano mercificati. Questo approccio è in linea sia con la giurisprudenza costante della Corte suprema sia con quella della Corte europea dei diritti dell'uomo, che riconosce agli Stati un ampio margine di apprezzamento per ostacolare o impedire la maternità surrogata quando è vietata dal loro diritto interno. L'istruzione rileva inoltre che la Spagna, insieme a Germania, Francia e Italia, mantiene il divieto dal 2006 e che, nel 2024, 154 bambini nati all'estero attraverso questa pratica sono stati registrati nel registro civile spagnolo.

[38] Senza entrare troppo nei dettagli, la normativa spagnola sulla donazione di gameti si basava sul principio del rigoroso anonimato, inteso come garanzia di stabilità familiare e come meccanismo per incentivare un numero sufficiente di donatori. Tuttavia, negli ultimi tempi si è assistito a un cambiamento dovuto a una revisione critica e comparativa; ad esempio, Regno Unito, Paesi Bassi, Svezia, Austria e Svizzera hanno adottato sistemi di non anonimato o di anonimato relativo, consentendo ai minori di accedere all'identità del donatore al raggiungimento della maggiore età. L'esperienza comparata dimostra che, sebbene l'eliminazione dell'anonimato possa inizialmente comportare una riduzione del numero di donatori, tale diminuzione viene recuperata entro due-cinque anni, senza influire in modo significativo sulla disponibilità complessiva di gameti. Inoltre, questi modelli hanno aumentato la tracciabilità, l'affidabilità dell'assistenza sanitaria e la trasparenza delle informazioni genetiche disponibili sia ai professionisti che agli utenti. In secondo luogo, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto in diverse pronunce che il diritto di conoscere le proprie origini biologiche rientra nell'ambito di applicazione tutelato dall'articolo 8 della CEDU, relativo al diritto al rispetto della vita privata e dell'identità personale (tra cui *Godelli vrs. Italia*, *Mennesson vrs. Francia*). Sebbene la CEDU non imponga un modello normativo univoco, richiede agli Stati di stabilire un equilibrio proporzionale tra la privacy del donatore e il diritto di chi nasce alla propria identità biologica. Nel contesto nazionale, il Comitato spagnolo di bioetica ha pubblicato un rapporto nel 2023 raccomandando una revisione del sistema

Pur non essendo questo uno studio di diritto privato in senso stretto, possiamo affermare che la filiazione, tradizionalmente, poteva essere stabilita dalla nascita o dall'adozione; tuttavia, nel contesto delle tecniche di procreazione assistita (PMA), si verifica una profonda trasformazione della prima categoria, poiché non corrisponde più necessariamente a un legame genetico tra genitori e figlio, bensì a un atto di procreazione assistita che genera, fin dal momento della sua esecuzione, un vincolo giuridico deliberatamente costruito[39].

La maternità continua a essere determinata dal parto, secondo un principio espressamente affermato dal legislatore. Tuttavia, la determinazione della paternità, o, ove applicabile, di una seconda maternità, non dipende più dalla relazione genetica, ma si basa sul consenso previo, libero e informato della persona che desidera assumere la responsabilità genitoriale[40]. In questo modo, l'ordinamento giuridico stabilisce un modello che preserva la sicurezza giuridica del bambino, scoraggia il contenzioso basato sulla genetica e garantisce la stabilità familiare, nel rispetto della realtà medica che distingue tra genitore genetico, genitore gestazionale e genitore intenzionale.

Questo cambiamento concettuale è chiaramente espresso negli articoli 6 e 7 della l. n. 14/2006, che disciplinano la filiazione derivante dal previo consenso. Il legislatore stabilisce che un uomo sposato con una donna sottoposta alla procedura è considerato padre del bambino se ha prestato il suo consenso prima della fecondazione; e analogamente, nelle coppie omosessuali, la coniuge consenziente sarà considerata madre del bambino da lei nato.

Il consenso, documentato presso la struttura sanitaria, acquisisce

attuale e la valutazione di un superamento dell'anonimato assoluto, istituendo un sistema di accesso all'identità del donatore per le persone nate tramite tecniche di riproduzione assistita (PMA), almeno in determinate condizioni e circostanze.

[39] B. Gregoraci Fernández, *Capítulo II. La determinación de la filiación,* en G. Díez-Picazo Giménez (coord.) y L. Díez-Picazo (pról.), *Derecho de familia*, 2012, 1631-1665.

[40] La legislazione spagnola stabilisce un limite massimo di prole per donatore (generalmente sei nati vivi per comunità autonoma) per prevenire la consanguineità e garantire la diversità genetica. Tale limite può essere monitorato efficacemente solo attraverso un registro nazionale, poiché i centri non dispongono di informazioni interregionali. Pertanto, il registro è uno strumento essenziale per l'integrità del sistema e per la tutela della salute pubblica. La Direttiva 2004/23/CE e i relativi regolamenti di attuazione impongono a tutti gli Stati membri di dotarsi di sistemi completi di tracciabilità, che in Spagna sono attuati tramite il Regio Decreto 1301/2006.

così una forza costitutiva della filiazione che prescinde dalla genetica o dall'evoluzione del rapporto di coppia. Questo quadro giuridico implica un profondo cambio di paradigma: il legislatore abbandona la logica classica secondo cui la filiazione nasce da un fatto biologico verificabile e la sostituisce con un atto di volontà procreativa espresso attraverso una procedura formale. Ciò impedisce contestazioni della filiazione basate sulla mancanza di legame genetico, tutela la stabilità delle famiglie create attraverso le tecniche di procreazione assistita e garantisce la sicurezza giuridica del bambino, il cui rapporto genitore-figlio non può essere sfruttato a seguito di successive rotture del rapporto.

Il quadro generale sopra delineato consente di affrontare uno degli aspetti più controversi e innovativi del sistema: il riconoscimento giuridico di una seconda madre per nascita nel caso di coppie di donne. L'articolo 7, co. 3, della l. n. 14/2006 incorpora espressamente questo concetto, secondo cui il coniuge della donna che partorisce sarà considerato madre se ha prestato il consenso previsto dalla legge. Questa disposizione rappresenta un significativo progresso normativo, in quanto equipara lo *status* giuridico del coniuge maschio a quello della moglie nel contesto delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA), eliminando distinzioni basate sulla biologia e rafforzando il concetto di genitorialità intenzionale.

Tuttavia, questa disposizione ha generato dibattiti dottrinali sulla sua coerenza con la tradizione giuridica della filiazione per nascita, in ordine al suo rapporto con il registro civile e sul suo collegamento con il principio di verità biologica[41]. Per alcuni autori, la norma implica un'estensione della maternità oltre i dati biologici, attribuendo lo *status* di madre a chi non porta avanti una gravidanza né apporta materiale genetico; per altri, rappresenta una necessaria evoluzione del sistema, nella misura in cui la filiazione nelle tecniche di procreazione assistita (PMA) si basa proprio sulla volontà e sulla tutela del minore, e non su elementi puramente biologici. L'articolo 7, co. 3, deve quindi essere interpretato nel più ampio contesto

[41] Fino a poco tempo fa, la giurisprudenza era stata contraddittoria. A seguito del Tribunal Supremo 6 febbraio 2014, n. 835, che ha negato la registrazione diretta, è stata successivamente consentita la registrazione parziale tramite adozione e, occasionalmente, la registrazione di sentenze straniere che riconoscevano la paternità genetica del genitore committente. Tuttavia, questa situazione è cambiata in modo decisivo a seguito dell'importante sentenza Tribunal Supremo 4 dicembre 2024, n. 1626, che rappresenta una vera e propria svolta in questo ambito.

della filiazione consensuale, evitando letture isolate che ne distorcono il significato sistematico. Questo passaggio a un modello basato sulla volontà trova la sua formulazione teorica più coerente nella nozione di intenzione procreativa, la cui analisi è stata sviluppata, e continua a essere sviluppata, da una parte crescente della dottrina giuridica.

L'intento procreativo è inteso come la decisione consapevole di partecipare a un progetto riproduttivo e di assumersi le responsabilità derivanti dall'educazione di un futuro figlio. A differenza della filiazione tradizionale, in cui la legge ricostruisce i legami sulla base di dati biologici, la filiazione nelle tecniche di riproduzione assistita (PMA) viene stabilita attraverso una dichiarazione di volontà che precede la nascita e fonda giuridicamente la genitorialità.

Questa concezione, tuttavia, pone sfide significative: impone un ripensamento dell'equilibrio tra biologia e diritto, mette in discussione il significato della verità biologica come unico criterio per determinare i legami familiari e richiede lo sviluppo di meccanismi di protezione dell'infanzia che impediscano che l'intento venga manipolato o revocato a suo danno. Ciononostante, l'intento procreativo è diventato uno dei quadri interpretativi più solidi del sistema, nella misura in cui armonizza l'autonomia riproduttiva, la parità di accesso alle tecniche e la stabilità delle relazioni familiari instaurate attraverso la riproduzione assistita.

In sintesi, la determinazione della filiazione nel contesto delle tecniche di riproduzione assistita rappresenta un cambio di paradigma nel diritto di famiglia spagnolo. L'attuale sistema abbandona la centralità dei dati genetici per dare priorità al consenso responsabile e legalmente formalizzato, stabilendo un modello che rafforza l'autonomia, garantisce la stabilità familiare e tutela il minore come soggetto centrale della relazione genitori-figli. Questo cambiamento concettuale, lungi dall'indebolire il sistema, gli conferisce coerenza interna, in linea con i progressi scientifici e i requisiti costituzionali contemporanei, consolidando una struttura giuridica in cui la filiazione si fonda su una deliberazione consapevole, e non su una pura biologia.

## 6. *Le conclusioni*

La tutela dell'identità del donatore in Spagna si confronta con una questione particolarmente delicata, legata all'equilibrio tra il diritto alla privacy e il diritto di conoscere le proprie origini biologiche.

Di fronte al crescente numero di argomentazioni a favore dell'eliminazione dell'anonimato dei donatori, non possono essere trascurate le ragioni che hanno indotto il legislatore spagnolo a garantire una rigorosa protezione a tale principio.

La divulgazione dei dati personali del donatore ridurrebbe verosimilmente il numero di persone che donano gameti a fini riproduttivi, causando gravi conseguenze per tutti coloro che desiderano utilizzarli. Al contempo, l'accesso a tali informazioni potrebbe compromettere sull'identità familiare dei nuclei familiari formatisi attraverso tecniche di riproduzione assistita.

L'eventuale introduzione di un sistema ibrido presenterebbe rilevanti difficoltà etiche e legali, poiché rimetterebbe la decisione di condividere o meno la propria identità interamente alla discrezione del donatore. Ciò potrebbe determinare situazioni di disuguaglianza: solo i figli nati da donatori che hanno dato il loro consenso avrebbero accesso alle informazioni sulla loro identità biologica, mentre resterebbero privi di tale possibilità coloro nati da donatori che scelgono di mantenere l'anonimato.

Alla luce di tali considerazioni, e dopo aver esaminato le implicazioni giuridiche delle diverse posizioni esistenti, si può ritenere che un'eventuale riforma della normativa vigente, volta a favorire il diritto alla conoscenza, rischierebbe di incidere negativamente sulla finalità essenziale delle tecniche di riproduzione assistita: la promozione della formazione e del consolidamento dei nuclei familiari.

**Abstract**

Il contributo esamina il quadro giuridico spagnolo in materia di riproduzione umana assistita, ripercorrendo l'evoluzione normativa dalla Legge 35/1988 alla vigente Legge 14/2006, integrata dalla Legge 14/2007 sulla ricerca biomedica e dalla normativa europea derivata. L'analisi si articola attorno ai profili più rilevanti del sistema: lo *status* giuridico del pre-embrione come categoria normativa autonoma, il regime della donazione di gameti ed embrioni fondato sui principi di anonimato, altruismo e divieto di commercializzazione, la disciplina della filiazione nelle tecniche di procreazione assistita con particolare riguardo al ruolo costitutivo del consenso informato e all'emergere dell'intento procreativo come criterio giuridico autonomo, nonché il divieto assoluto di maternità surrogata. Il lavoro evidenzia come il modello spagnolo si strutturi su un delicato equilibrio tra autonomia riproduttiva, tutela della dignità umana e limiti costituzionali, in un quadro multilivello che integra fonti nazionali ed europee. Nelle conclusioni, si affronta la questione aperta del diritto del nato a conoscere le proprie origini biologiche, ritenendo che un superamento dell'anonimato del donatore rischierebbe di compromettere le finalità essenziali dell'intero sistema.

The paper examines the Spanish legal framework governing assisted human reproduction, tracing the legislative evolution from Law 35/1988 to the current Law 14/2006, supplemented by Law 14/2007 on biomedical research and the relevant european legislation. The analysis focuses on the most significant aspects of the system: the legal *status* of the pre-embryo as an autonomous legal category, the regime governing gamete and embryo donation based on the principles of anonymity, altruism and the prohibition of commercialisation, the rules on parentage in assisted reproduction techniques with particular regard to the constitutive role of informed consent and the emergence of the procreative intent as an autonomous legal criterion, as well as the absolute prohibition of surrogacy. The paper highlights how the Spanish model is structured around a delicate balance between reproductive autonomy, the protection of human dignity and constitutional limits, within a multi-level framework that integrates national and European sources. In the conclusions, it addresses the unresolved issue of the child's right to know their biological origins,

arguing that overcoming donor anonymity would risk compromising the essential aims of the entire system.

# La procreazione assistita nel costituzionalismo europeo tra rimedi giurisprudenziali e strumenti partecipativi. Profili di comparazione tra Italia e Francia

di Carmine Petteruti

Sommario: 1. Il rapporto tra diritto e scienza nelle scelte di inizio vita. – 2. La procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento italiano. Un percorso di co-produzione per via giurisprudenziale. – 3. La normazione sulla PMA nell'ordinamento francese: il biocostituzionalismo partecipativo delle *Lois de bioéthique*. – 4. Conclusioni.

## 1. *Il rapporto tra diritto e scienza nelle scelte di inizio vita*

La procreazione medicalmente assistita (PMA) è al centro del vivace dibattito sul rapporto tra scienze e diritto[1], posto che le scelte esistenziali di inizio vita riguardano «decisioni dell'essere umano biologicamente necessitate ma culturalmente demandate alla decisione di ciascun consociato»[2], risentendo inevitabilmente del progresso medico-scientifico.

Questa tensione tra scienza e diritto è contemplata dalla teoria del biocostituzionalismo, che prende in considerazione l'incidenza della tecnica e della scienza sulla vita e sui diritti delle persone.

L'idea del biocostituzionalismo nasce dalla constatazione che la tecnologia interagisce e riconfigura la percezione dei diritti, ponendo in discussione i confini tra ciò che è umano e ciò che non lo è, rimodulando così il perimetro della vita pubblica e di quella privata[3]. L'obiettivo principale degli studi sul biocostituzionalismo è quello di ripensare le forme di

[1] A proposito del dibattito tra diritto scienza in tema di PMA, *ex multis*, L. Chieffi. *La regolamentazione della fecondazione assistita nel difficile dialogo tra le «due culture»*, in L. Chieffi, J.R. Salcedo Hernández (diretto da), *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, Milano, 2015, 157-178, che fa riferimento all'opera di C. Snow, *Le due culture*, traduzione italiana, 1977, in cui l'Autore affronta il problema della perdurante incomunicabilità tra umanisti e scienziati.

[2] S. Agosta, *Bioetica e Costituzione. Tomo I. Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Milano, 19-20.

[3] Sul tema del biocostituzionalismo, diffusamente, M. Tallacchini, *Rewriting Life, Reframing Rights, Review of S. Jasanoff (ed.), Reframing Rights. Bioconstitutionalism in the Genetic Age*, MIT Press, Cambridge MA, 2011. Nella letteratura italiana, C. Casonato, *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita*, in *BioLaw Journal*, 2014, 1.

cooperazione tra scienza e diritto, superando la logica dell'etero-determinazione normativa[4] e ponendo l'attenzione sui processi di co-produzione della regola giuridica che emergono nel punto di intersezione tra diritto e vita[5].

Il biocostituzionalismo si concentra, dunque, sui modi in cui le società contemporanee stanno riformulando le proprie costituzioni e i propri principi fondamentali per rispondere alle sfide provenienti dalle scienze della vita, in particolare dalla biologia e dalla biotecnologia.

Traendo spunto dalle riflessioni proposte in dottrina, le trasformazioni dell'ordinamento costituzionale connesse al progresso tecnologico – che si manifestano attraverso le modifiche formali, il riconoscimento giurisprudenziale di nuovi diritti o l'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme vigenti – possono essere considerate come vere e proprie "transizioni biocostituzionali".

Il biocostituzionalismo si interroga, infatti, su come le società moderne riformulano i loro paradigmi costituzionali e, all'occorrenza, le loro norme fondamentali, per affrontare le sfide poste dalle scienze della vita, come la biologia e la biotecnologia: da queste trasformazioni dell'ordinamento prendono vita le transizioni biocostituzionali, vale a dire quei processi che nascono sull'onda di istanze sociali prodotte dall'evoluzione delle conoscenze scientifiche che conseguentemente mutano anche il rapporto tra scienza e diritto[6].

Quello della procreazione assistita è dunque un tema che rientra a pieno titolo in questa nuova dimensione costituzionale, specie per le implicazioni che comporta sulla salute dei soggetti coinvolti, esistenti e

[4] Si veda sul punto E. Castorina, *La scienza e la tecnica di fronte alla discrezionalità politica e amministrativa: principi di "non contraddizione" e diritto alla salute, in AmbienteDiritto*, 2023, 2, 1 e ss.

[5] J.B. Hurlbut, S. Jasanoff, K. Saha, *Constitutionalism at the Nexus of Life and Law*, in *Science, Technology, & Human Values*, 2020, 45, 6, 979-1000.

[6] S. Jasanoff, *Rewriting Life, Reframing Rights*, in Id. (edited by), *Reframing Rights. Bioconstitutionalism in the Genetic Age*, MIT Press, Cambridge, 2011, 3. Della stessa Autrice si veda anche *In a constitutional moment: Science and social order at the millennium*, in B. Joerges, H. Nowotny (edited by), *Social studies of science and technology: Looking back, ahead, yearbook of the sociology of the sciences* (155-180). In tal senso, S. Jasanoff, *Rewriting Life, Reframing Rights, Review of S. Jasanoff (ed.), Reframing Rights. Bioconstitutionalism in the Genetic Age,* cit., 3, trad. nostra, utilizza l'espressione «bioconstitutional moments» per designare le trasformazioni dell'ordinamento costituzionale legate all'avvento delle tecnologie ed alle interazioni con il mondo delle scienze.

non, con implicazioni di carattere sia fisco che psicologico. Sotto questo profilo è rilevante il ruolo della bioetica, scienza che combina sistemi viventi con il sistema dei valori umani, e che quindi si colloca al punto d'intersezione tra la scienza della natura e la scienza dello spirito[7].

La combinazione tra scienza e diritto nasce allora dalla necessità di "limitare" un potere come la scienza, attraverso un "approccio di tipo separatista", con una tecnocrazia che opera secondo un «modello libertario»[8], ovvero con norme fondate più sull'*expertise* che su processi inclusivi e democratici, considerati inutilmente lunghi se non addirittura irrazionali.

È proprio questo intrecciarsi di valori, di diritti ma anche di doveri che richiede un approccio congiunto di bioetica e diritto e di biocostituzionalismo a cui riservare la preservazione dei valori fondamentali anche nell'ambito delle dinamiche politiche con l'obiettivo di salvaguardare in particolare le posizioni più vulnerabili[9].

L'ordinamento francese e quello italiano offrono due esempi opposti di produzione del biodiritto sul tema delle scelte procreative: uno opera *ex ante*, l'altro *ex post*. L'esempio francese si propone come esempio di biocostituzionalismo partecipativo, di particolare interesse perché – avvalendosi del ricorso a strumenti di democrazia diretta – offre l'occasione di riflettere sulla necessaria inclusione delle diverse istanze sociali all'interno delle scelte politiche su temi eticamente sensibili. All'opposto, l'esempio italiano in cui i numerosi interventi razionalizzatori della Corte costituzionale sulla legge 19 febbraio 2004, n. 40, mostrano il fallimento di una

[7] Ibid., 31. Inoltre, l'Autore propone una ricostruzione della nascita della bioetica (Ibid., 26) evidenziando che la scienza ha visto i suoi albori nel 1700 con l'Illuminismo francese ed anglosassone in risposta al positivismo, per poi consolidarsi alla fine della Seconda guerra mondiale, quando all'indomani del *Processo di Norimberga*, la *World Medical Association* vara la prima codificazione internazionale sui diritti umani nell'ambito della sperimentazione per poi approdare alla Dichiarazione di Helsinki del 1964 nella quale sono declinati i principi etici fondamentali per la ricerca medica che coinvolge esseri umani.

[8] Ibid., 39. La scienza è in grado di incidere in modo decisivo sulla vita delle persone e sui processi decisionali ma anche sulla diversa declinazione dei diritti. Come tutti i poteri richiede, dunque, una regolazione ed una legittimazione che deve necessariamente rientrare nel perimetro costituzionale e nella gerarchia dei valori. La libertà della ricerca scientifica (art. 33 Cost.) e anche un'eventuale costituzionalizzazione della sperimentazione richiedono un giusto bilanciamento con i principi supremi della Costituzione.

[9] Ibid., 44.

scelta legislativa totalmente sbilanciata a favore della tutela dell'embrione, notoriamente influenzata da una precisa connotazione ideologica di influenza cattolica, tesa ad equiparare la tutela del nascituro a quella della gestante. Nell'ordinamento italiano, non va tralasciato anche il contributo della giurisprudenza di merito, tanto che si è parlato di un'inadeguatezza della normativa giuridica in molti settori dell'ordinamento, che ha portato all'esercizio, da parti dei giudici di merito e costituzionali, di un ruolo di supplenza[10].

## 2. *La procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento italiano. Un percorso di co-produzione tra diritto e scienza per via giurisprudenziale*

Con le «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita» (l. n. 40/2004) il Parlamento italiano ha regolato, dopo un tormentato *iter*, una pratica di fatto preesistente che non poteva rimanere sguarnita di tutele – posto il coinvolgimento di diritti ed interessi di rango costituzionale – attraverso una disciplina dettagliata (ma non organica).

Il risultato delle scelte legislative in commento è stato subito criticato dalla gran parte della dottrina e presto sottoposto al vaglio demolitore della Corte costituzionale che ne ha riscritti molti punti fondamentali[11]. La normativa è stata oggetto anche di numerosi giudizi di legittimità e di merito, oltre che di alcune pronunce dei giudici di Strasburgo.

Un'attenta lettura dell'art. 1[12] svela la chiara impostazione ideologica della l. n. 40/2004, insieme all'incoerenza intrinseca che la caratterizza[13].

[10] L. Chieffi, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018, 13.

[11] Di "riscrittura" della legge ha parlato G. Ferrando, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistit*a, in *Famiglia e diritto*, 2011, 5, 520. A. D'Aloia, *Essere genitori. Tra limiti legislativi e interessi (fondamentali) del minore*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto,* 2021, 3, 74.

[12] L'art. 1 della l. n. 40/2004, rubricato «Finalità» recita, al comma 1: «Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità ed infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito».

[13] Che il tema della tutela del concepito sia influenzato da impostazioni ideologiche tutt'altro che laiche è stato sottolineato da S. Prisco, *Laicità*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, 3342: «Da ultimo, la decisione delle gerarchie ufficiali della Chiesa cattolica di sostenere la propaganda astensionistica nella campagna sui quattro *referendum*

La norma si dichiara subito funzionale al superamento di problemi derivanti dalla sterilità ed infertilità umana, lasciando immaginare una tutela forte per la libertà procreativa dei genitori intenzionali e per il loro diritto alla salute, inteso secondo un'accezione ampia di benessere psico-fisico[14]. Tuttavia, la norma riconosce al "concepito" uno statuto di tutela altrettanto forte, equiparandone la dignità a quella degli altri soggetti coinvolti. Questa impostazione è anche foriera di un'incoerenza sistematica rispetto alla legge 22 maggio 1978, n. 194 in materia di interruzione volontaria della gravidanza, una disciplina a "maglie larghe"[15], che garantisce il diritto ad una procreazione cosciente e responsabile accanto alla tutela della vita umana fin dal suo inizio, sulla scia di quanto affermato dalla Corte costituzionale nella dirompente sentenza del 28 febbraio del 1975, n. 27 secondo la quale: «Non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare».

Dall'evoluzione giurisprudenziale sulla legge, emerge una certa inadeguatezza del legislatore[16] nell'affrontare un tema in cui si intrecciano profi-

---

abrogativi – dei cinque richiesti originariamente – ammessi dalla Corte costituzionale su articoli della l. n. 40/2004, relativa alla fecondazione medicalmente assistita e allo statuto dell'embrione umano, è stata ritenuta dagli osservatori fra i fattori determinanti del mancato raggiungimento dei *quorum* necessari per la validità della consultazione». È il caso di ricordare che il potenziale quesito referendario totalmente abrogativo della l. n. 40/2004 fu ritenuto inammissibile dalla Corte costituzionale, con argomenti sostanzialmente riconducibili alla necessità di avere nell'ordinamento una legge (che piaccia o meno) sulla fecondazione assistita, perché costituzionalmente necessaria, per dare un minimo di tutela a delicati interessi di rilievo costituzionale coinvolti (Corte cost. 28 gennaio 2005, n. 45): essa rappresenta la «prima legislazione organica relativa ad un delicato settore [...] che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa». I quesiti parziali invece furono ritenuti ammissibili ma, come accennato poc'anzi, il *referendum* che si svolse il 12 e 13 giugno 2005 non raggiunse il *quorum* richiesto per la sua validità (con una partecipazione dell'elettorato pari al 25,9% degli aventi diritto).

[14] Sul concetto ampio di diritto alla salute, si veda *infra*, quanto affermato dalla Corte cost. nella sentenza del 28 aprile 2014, n. 162 in tema di fecondazione eterologa.

[15] Sulla scarsa restrittività dei limiti opponibili all'interruzione volontaria di gravidanza, R. Fattibene, M.P. Iadicicco, *Il diritto alla vita del concepito e l'interruzione volontaria della gravidanza nella giurisprudenza costituzionale*, in R. Prodomo (a cura di), *La nascita. I mille volti di un'idea*, Torino, 2006.

[16] Concetto sintetizzato con l'espressione del "giudice legiferante" da L. Violini, *La*

li di diversa natura, tanto da dover considerare ancora in corso il processo di definizione della disciplina verso i canoni di equità e ragionevolezza[17].

Le decisioni della Corte costituzionale pronunciate fino al 2015 (8 maggio 2009, n. 151; 8 aprile 2014, n. 162; 14 aprile 2015, n. 96; 6 ottobre 2015, n. 229) attengono principalmente al rapporto tra diritto e scienza.

La prima tappa della storia della legge sulla PMA risale al 2009 e corrisponde alla "caduta" del divieto di crioconservazione degli embrioni. Dopo la sentenza n. 151/2009 della Corte costituzionale, è stata possibile la crioconservazione degli embrioni soprannumerari non destinati all'impianto, sulla scorta della valutazione discrezionale del medico che non lo reputi compatibile con la salute psico-fisica della donna. Con la sentenza è caduto anche il limite di produzione del numero di tre embrioni da destinare (sempre, una volta prodotti) ad un unico e contemporaneo impianto nell'utero materno (così determinandosi il problema di cosa fare degli embrioni soprannumerari, cioè non destinabili all'impianto), oltre al divieto assoluto di crioconservazione degli embrioni. Vale la pena precisare subito che la questione della crioconservazione degli embrioni si collega al problema, tuttora attuale, del divieto di sperimentazione sugli embrioni: con la sentenza del 13 aprile 2016, n. 84, la Consulta ha dichiarato l'inammissibilità della questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Firenze relativa al divieto di utilizzare gli embrioni soprannumerari per

*Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Osservatorio AIC*, 2014, 2, 10.

[17] M.P. Iadicicco, *La lunga marcia verso l'effettività e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in *Rivista AIC*, 2018, 1.

finalità di ricerca scientifica[18], perché tale divieto presidia, secondo il ragionamento della Corte, la dignità dell'embrione[19].

Rispetto a questa scelta è possibile rintracciare approcci diversi in Europa. Ad esempio, l'ordinamento spagnolo prevede una distinzione tra le fasi di sviluppo dell'embrione, cui corrisponde una tutela giuridica differenziata. La *Ley* 26 *mayo* 2006, n. 14*,* utilizza il concetto di «pre-embrione» – criticato da una parte della dottrina[20] – distinguendolo da quello di «embrione» (art. 1)[21]. È proprio la possibilità di operare tale distinzione

[18] L'art. 13 della l. n. 40/2004 recita, al comma 1: «È vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano»; la ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni è infatti ad oggi consentita solo a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, con l'ulteriore condizione che non siano disponibili metodologie alternative. Di fatto, il destino degli embrioni soprannumerari è quello della crioconservazione *sine die*, circostanza che rivela uno dei profili di residuale irragionevolezza della norma in commento e coinvolge il dibattito mai sopito del difficile dialogo tra diritto e scienza medica. L'irragionevolezza della persistenza del divieto è accentuata dalla circostanza che, caduto il divieto (indiretto) di diagnosi genetica preimpianto, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, il numero di embrioni inutilizzabili (perché non impiantabili) è destinato ad aumentare nel tempo. Sul tema del dialogo tra diritto e scienza medica, si veda L. Busatta, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, 1, 151 -156 -157. In commento alla sentenza del 13 aprile 2016, n. 84, M. D'Amico*, La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *Rivista di Biodiritto*, 2016, 2, 173.

[19] In senso critico rispetto alla decisione della Corte, A. Spadaro, *Embrioni criocongelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent n. 84/2016)*, in *BioLaw Journal –Rivista di BioDiritto*, 2016, 2, 263 ss., secondo il quale «la "dignità" degli *spare embryos* non verrebbe meno se, invece di esser lasciati morire, venissero usati per la ricerca scientifico-medica», sottolineando che la Corte non esclude questa possibilità per il futuro, lasciando la scelta di un nuovo possibile bilanciamento degli interessi coinvolti al legislatore.

[20] J.R. Lacadena, *Embrión (técnico)*, in C.M. Romeo Casabona (dir.), *Enciclopedia de bioderecho y bioética*, Granada, 1998, cit., 724, ha sottolineato come il termine *preembrión* stesse cadendo in disuso nella comunità scientifica, nella quale si preferisce utilizzare il termine *embrión preimplantatorio.*

[21] Nella letteratura spagnola, P.J. Femenía López, *Embrión (jurídico)*, in C.M. Romeo Casabona (dir.), *Enciclopedia de bioderecho y bioética*, cit., 704-705, offre una panoramica comparata della definizione giuridica dell'embrione. Il primo modello – rappresentato dagli ordinamenti tedesco e italiano – corrisponde alle legislazioni che adottano una visione unitaria dell'embrione durante tutto il processo di sviluppo, mantenendo quindi uno statuto giuridico uniforme, differenziato esclusivamente tra le fasi di embrione e di feto, mentre il secondo riunisce. Altre legislazioni (tra le quali quella del Regno Unito

da un punto di vista biologico che legittima, come confermato dal *Tribunal Constitucional*, la differenza di livello e modalità di protezione da attribuire all'embrione, a seconda che esso sia riconducibile al periodo *pre* o *post*-impiantatorio[22]. D'altra parte, la legge spagnola del 2006 non si limita ad esprimere chiaramente una definizione di embrione: «*El embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde*» (art. 1); essa introduce un articolato apparato di definizioni di concetti extra-giuridici – *pre-embrión*, *embrión* e *feto* – così operando, di fatto un "rinvio fisso" alla scienza (art. 3). L'analisi della giurisprudenza costituzionale spagnola conferma la piena compatibilità con i principi costituzionali dell'approccio graduale, caratterizzato, anche dal punto di vista delle definizioni, dalla normativa spagnola. Il *Tribunal Constitucional* ha confermato la piena conformità costituzionale del principio di gradualità nella protezione della vita nascente, ritenendo che la vita umana è un processo che inizia con la gestazione, nel quale progressivamente avviene la formazione dell'individuo. È il processo di impianto dell'embrione che genera un'entità esistenzialmente distinta dalla madre e suscettibile di vita autonoma; prima di questa fase di sviluppo biologico, e quindi in riferimento al pre-embrione in vitro, né i pre-embrioni non impiantati né, a maggiore ragione, i semplici gameti possono essere considerati persone umane[23]. A questa ricostruzione della formazione progressiva della vita umana, corrisponde un assetto normativo progressivamente garantista, nel quale il momento dell'impianto in utero assume un ruolo centrale dal punto di vista giuridico, segnando una differenza sostanziale tra i pre-embrioni in vitro e quelli già trasferiti nell'utero materno.

La seconda tappa del percorso di definizione delle pratiche di PMA in Italia è quella segnata dalla sentenza della Corte costituzionale 8 aprile

---

e della Spagna) propongono una differenziazione concettuale delle diverse fasi dello sviluppo embrionario, utilizzandola come fondamento per giustificare una discontinuità nelle categorie etiche e giuridiche corrispondenti. L'ordinamento francese si pone come un modello intermedio, che formalmente aderisce al modello unitario, mediante l'utilizzo dei soli termini di embrione e feto, ma sostanzialmente stabilisce uno statuto giuridico embrionario differenziata in funzione del grado di sviluppo in cui si trova l'embrione.

[22] In tal senso, S. Penasa, *La legge della scienza*, cit., 335-336. In senso contrario, nella letteratura spagnola, C.M. Romeo Casabona, *La cuestión jurídica de la obtención de células troncales embrionarias humanas*, in *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, 2006, 24, 88.

[23] *Tribunal Constitucional*, 17 giugno 1999, n. 116.

2014, n. 162, che ha "demolito" il divieto di fecondazione eterologa, vale a dire il divieto per la tecnica di fecondazione artificiale in cui il gamete maschile o il gamete femminile – o entrambi – provengono da donatori esterni alla coppia[24]. La disciplina dichiarata incostituzionale dava luogo ad una censurabile disparità di trattamento perché il soggetto più debole e più bisognoso di tutela – la persona completamente sterile – si vedeva preclusa la possibilità di ricorrere alle tecniche di fecondazione assistita, in violazione degli articoli 3 e 32 della Costituzione, per aperto contrasto con il principio di autodeterminazione e con il diritto alla salute. In merito al principio di autodeterminazione la Corte ha ritenuto che la decisione di procreare, riguardando «la sfera più intima ed intangibile della persona umana», «non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera». L'altro punto centrale della sentenza n. 162/2014 è il diritto alla salute, da considerarsi, secondo consolidata giurisprudenza, nella sua accezione più ampia, comprensiva del suo significato fisico, ma anche e soprattutto, nella sua componente psichica[25].

Invero, la sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014 assume un rilievo di carattere sistemico che va oltre il caso concreto sottoposto al suo scrutinio[26]: la pronuncia rappresenta un momento di definitiva affermazione di un nuovo approccio del principio di ragionevolezza[27], inteso

[24] La l. n. 40/2004, com'è noto, vietava le tecniche di fecondazione eterologa all'articolo 4, comma 3. Sul punto, *ex multis*, P. Veronesi, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in *Istituzioni del federalismo,* 2015, 1, 13-14.

[25] La Corte stessa ammette che: «L'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio *partner*, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente in misura anche rilevante, sulla salute della coppia»; e che: «in relazione a questo profilo non sono dirimenti le differenze tra PMA di tipo omologo ed eterologo, benché soltanto la prima renda possibile la nascita di un figlio geneticamente riconducibile ad entrambi i componenti della coppia».

[26] S. Penasa, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale,* in *Forum di Quaderni Costituzionali,* 16 giugno 2014, 2.

[27] Il canone della ragionevolezza scientifica era già emerso nella giurisprudenza costituzionale attraverso la sentenza 26 giugno 2002, n. 282, relativa alla c.d. "Terapia Di Bella", per poi conoscere ulteriore e definitivo consolidamento con la sentenza 8 maggio 2009, n. 151 e, soprattutto, con la sentenza 10 giugno 2014, in commento.

come strumento di valutazione della legittimità degli interventi legislativi in ambito medico-scientifico. In relazione al rispetto del diritto alla salute psichica della donna, il giudice delle leggi ribadisce i limiti all'intervento discrezionale del legislatore in ambito medico-terapeutico, affermando che una valutazione del merito delle scelte terapeutiche, in particolare riguardo alla loro appropriatezza, non può essere fondato esclusivamente su valutazioni di carattere discrezionale e politico da parte del legislatore. Al contrario, tale intervento deve considerare anche gli orientamenti basati sulla verifica dello stato attuale delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, attraverso il coinvolgimento di istituzioni e organismi specificamente incaricati di tale attività. In altre parole, mutuando un'espressione molto utilizzata nell'ambito del diritto dell'ambiente relativamente alle strategie di contrasto al cambiamento climatico, la Corte sembra indicare la necessità di un approccio *science-based*[28] nella legislazione su temi eticamente sensibili, ancorando il principio di ragionevolezza scientifica al diritto alla salute dei soggetti coinvolti nel progetto di genitorialità[29]. Le valutazioni condotte dall'*expertise* medico-scientifica appaiono quindi destinate a rivestire un ruolo fondamentale nel garantire l'effettiva attuazione del bilanciamento degli interessi coinvolti svolto dal legislatore.

Attenta dottrina ha ricondotto il rapporto tra diritto e scienza nell'alveo del canone della sussidiarietà, proprio in virtù della giurisprudenza costituzionale sul principio di ragionevolezza scientifica. Tale rapporto segue «una direzione costituzionalmente orientata in cui la scienza si interpone fra Costituzione italiana e legge, riempiendo di significato il bene salute contenuto nella prima (art. 32) e condizionando così la legittimità della seconda»[30], tanto da poter parlare di una "riserva di scienza", secon-

Si veda sul punto R. Bin, *La Corte e la scienza*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 9: «È proibito al legislatore in sé, quale soggetto politico, di intervenire nelle scelte terapeutiche se non quando a guidarlo siano, non la "discrezionalità politica", ma motivazioni fornite dagli organismi tecnico-scientifici».

[28] Su tutti, utilizza l'espressione *science-based* in riferimento al diritto climatico (già nel titolo), A. Bonomo, *L'approccio* science-based *sul cambiamento climatico: quale spazio per il decisore pubblico?*, in *Riv. Quad. Dir. Amb.*, 2024, 1, già nel titolo e in particolare 61, 71-75-78.

[29] Si veda sul punto anche S. Penasa, *La ragionevolezza scientifica delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 2, 817-842.

[30] C. Casonato, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC,* 2016, 2, 6.

do cui l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelare il diritto alla salute (anche psichica) della donna vanno accertate alla luce di valutazioni riservate alla scienza medica[31]. Pertanto, il rispetto del diritto fondamentale alla salute si traduce in un necessario rispetto delle risultanze scientifiche in campo medico, concludendo con il considerare la scienza come parametro interposto di costituzionalità[32]. Non è mancato anche chi abbia inquadrato la clausola di rinvio alla scienza risultante dalla giurisprudenza esaminata nei termini un rinvio mobile[33]: «Secondo la Corte costituzionale italiana, solo un rinvio mobile alla scienza – in questo caso, alla autonomia decisionale del medico che decide il trattamento più adeguato sulla base delle acquisizioni medico-scientifiche consolidate e della specificità del caso concreto – può assicurare il rispetto del principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e della salute della donna coinvolta (art. 32 Cost.)»[34].

La scelta di un rinvio mobile alla scienza sembra in effetti preferibile, stante il rischio di irrigidimento della regola legislativa connaturato all'esistenza di rinvii fissi, evidentemente meno adatti al contesto biomedico in continua evoluzione. Il rinvio fisso alla scienza – di cui un esempio paradigmatico è offerto dalla legislazione spagnola di cui si è detto *supra* – sembra ostacolare, infatti, un'interpretazione dinamico-evolutiva dei contenuti della definizione. La scelta del legislatore spagnolo di cristallizzare la teoria della natura progressiva e crescente della tutela giuridica del prodotto della fecondazione – attraverso l'introduzione di definizioni analitiche delle diverse fasi di sviluppo biologico – ha il pregio di aprire la possibilità di sperimentazione scientifica sugli embrioni crioconservati, ma ha il difetto di porsi come legislazione "a maglie strette", tale da rendere necessaria una modifica legislativa ogni qualvolta si voglia ampliare o restringere il suo ambito di applicazione[35] in virtù del progresso biotecnologico, non essendo praticabile un'estensione per via interpretativa.

Grazie alle sentenze 5 giugno 2015, n. 96 e 11 novembre 2015, n. 229, sono ammesse alle pratiche di fecondazione medicalmente assistita le cop-

[31] Ibid., 7.

[32] Ibid., 8.

[33] Sulla distinzione tra rinvio fisso e rinvio mobile, S. Penasa, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Collana della Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento, 2015, 347 e ss.

[34] S. Penasa, *La legge della scienza*, cit., 392.

[35] S. Penasa, *La legge della scienza*, cit., 348-349.

pie fertili portatrici di malattia geneticamente trasmissibile (rispondente ai criteri di gravità per i quali è ammesso l'aborto terapeutico) ed è correlativamente ammessa la pratica di selezione di embrioni da desinare all'impianto (prima vietata)[36]. Nel caso della sentenza n. 96/2015, ma spesso nelle sentenze dedicate alle questioni biogiuridiche della l. n. 40/2004, il parametro della ragionevolezza ruota attorno ad un nucleo forte di tutela, quello della salvaguardia del diritto alla salute psico-fisica della donna[37]. Lo svolgimento di queste argomentazioni risolve negativamente la questione del riconoscimento dell'esistenza di un diritto al figlio sano, né si avvicina all'affermazione di un diritto di autodeterminazione nelle scelte procreative, evocato in quel passaggio della sentenza n. 162/2014 dove la Corte parla della «incoercibile determinazione di avere o meno un figlio sano», che può prestare il fianco a qualche lettura più estrema in tal senso.

La pronuncia di accoglimento n. 96/2015, avendo natura additiva, ha esposto la Corte al rischio di invadere la discrezionalità del legislatore e si pone al limite di compatibilità con un legittimo riparto di competenze tra legislatore e giudici[38]. Tuttavia, la Corte ha riconosciuto che spetta al legislatore regolamentare le modalità di accesso alla procreazione medicalmente assistita con diagnosi preimpianto, invitando a considerare l'aggiornamento periodico delle patologie genetiche trasmissibili e a prevedere controlli sulle strutture che effettuano gli esami diagnostici, prendendo

[36] Invero, il tema in oggetto era stato già affrontato dal giudice sovranazionale nella sentenza *Costa e Pavan c. Italia*, si veda sul punto B. Liberali, *La diagnosi genetica preimpianto fra interpretazioni costituzionalmente conformi, disapplicazione della legge n. 40 del 2004, diretta esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e questioni di legittimità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2014, 2; M.P. Iadicicco, *La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogo tra le Corti*, in *Quad. cost.,* 2015, 2, 325 ss., e, in prospettiva comparata, F. Merola, *L'accesso alla diagnosi pre-impianto nella comparazione tra l'ordinamento italiano e quello spagnolo*, in L. Chieffi, J.R. Salcedo Hernández (dir.), *Questioni di inizio vita.,* cit.

[37] G. Repetto, *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute (a prima lettura della sentenza n.96 del 2015 della Corte costituzionale),* in *diritticomparati.it*, 11 giugno 2015.

[38] Una parte della dottrina, pur riconoscendo l'esistenza di un potenziale problema di divisione dei poteri, accoglie con favore, in attesa di un intervento legislativo in tema di PMA, l'opera adeguatrice della giurisprudenza di costituzionalità. M.P. Iadicicco, *Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto, in attesa del doveroso intervento del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2015, 3, 797 e ss.

come modello le normative europee che già consentono questa pratica medica[39].

Le tappe successive rivelano la tendenza del giudice delle leggi a preservare, per lo più, i residuali divieti contenuti nell'impianto originario, rimettendo al legislatore – «con la richiesta di un intervento urgente e non differibile» – il compito di adeguare la disciplina esistente in modo più conforme alla rinnovata sensibilità sociale ed alle esigenze della collettività[40].

Con la sentenza 23 ottobre 2019, n. 221, la Corte costituzionale ha dichiarato che il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita (da ottenersi con fecondazione eterologa) alle coppie omosessuali femminili resiste al vaglio di costituzionalità. La Corte costituzionale, nella sua motivazione, ha evidenziato come le modifiche legislative apportate alla l. n. 40/2004 non abbiano mai compromesso i due principi fondamentali su cui si basa, ovvero la finalità esclusivamente medica dell'accesso alla PMA ed il riconoscimento della famiglia "naturale", composta da un padre e una madre, come unica beneficiaria di tale diritto. Al contrario, l'estensione della PMA con fecondazione eterologa alle coppie omosessuali femminili implicherebbe una contraddizione con i principi guida della normativa, basata su un paradigma "volontaristico" non recepito dalla legge stessa. Secondo le argomentazioni svolte dalla Consulta, da un lato, non si configura una discriminazione ai sensi dell'articolo 3 della Costituzione, poiché l'infertilità delle coppie omosessuali femminili (cd. infertilità sociale o relazionale) non è equiparabile a quella delle coppie eterosessuali con patologie riproduttive, dall'altro, la scelta legislativa di limitare il diritto alla genitorialità alle coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, rientra nella discrezionalità del legislatore e non contrasta con l'articolo 2 della Costituzione, considerando la famiglia "naturale" come il contesto più idoneo alla crescita del bambino[41].

---

[39] S. Penasa, *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti rafforzati*, in *Quad. Cost.*, 2015, 3, 755.

[40] A. D'Aloia, *Essere genitori. Tra limiti legislativi e interessi (fondamentali) del minore*, cit., 75, continua affermando che: «In sostanza, siamo di fronte ad una incostituzionalità semplicemente differita, in cui il monito rivolto al legislatore è secco, senza molti margini di manovra; e soprattutto, con una prospettiva temporale che è, almeno implicitamente, molto ravvicinata».

[41] E. Matano, *Corte costituzionale – sent. 221/2019: coppie omosessuali femminili e l. 40/2004*, in *BioDiritto*, *www.biodiritto.org*, 18 giugno 2019. Per considerazioni critiche sulla

Con le sentenze di rigetto del 9 marzo 2021, nn. 32 e 33 – che affrontano rispettivamente i temi della genitorialità omosessuale attraverso fecondazione eterologa e della maternità surrogata, ai fini del riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione tra il minore e il genitore intenzionale – la Corte costituzionale si è trovata a dover chiarire se all'aspirazione alla genitorialità corrispondesse il riconoscimento di un diritto ad essere genitori[42]. Questione risolta in senso negativo, ma possibilista per gli sviluppi futuri dell'ordinamento con argomentazioni guidate dalla ricerca del *best interest* per il minore.

Quanto alla prima pronuncia, va ricordato preliminarmente che la Corte aveva già affermato, nella menzionata sent. n. 221/2019, che il paradigma eterosessuale della genitorialità mantiene una sua "non irragionevolezza" e che, al tempo stesso, «non è configurabile un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere figli, pur spettando alla discrezionalità del legislatore la relativa disciplina», non esistendo peraltro «certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l'inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale abbia ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità del minore».

Con la sentenza n. 33, la Corte costituzionale ha rigettato la questione di costituzionalità relativa al riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione tra il minore nato all'estero mediante maternità surrogata e il genitore intenzionale, invitando il legislatore ad intervenire per garantire la tutela dei minori. La dottrina ha accolto per lo più con favore la conferma

sent. n. 221/2019, si veda M. Trapani, *Il divieto di inseminazione artificiale di tipo eterologo per le coppie omogenitoriali tra scienza e coscienza sociale*, in *dirittifondamentali.it*, 2020, 2, 835 ss. Sulla discrezionalità legislativa sui temi eticamente sensibili connessi alla procreazione assistita, *ex multis*, L. Del Corona, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa? Nota alla sentenza della Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221*, in *Rivista AIC*, 2020, 2, 229-230.

[42] A. D'Aloia, *Essere genitori. Tra limiti legislativi e interessi (fondamentali) del minore*, cit., 76.

del divieto della gestazione per altri, in considerazione dell'argomento "naturale"[43] e della sua relazione con la dignità del corpo femminile[44].

L'intervento legislativo non si è fatto attendere anche se non è andato nella direzione della costruzione di un sistema di tutela del minore nato all'estero da maternità surrogata, come auspicato dalla Corte, bensì del mero inasprimento del divieto di gestazione per altri ("utero in affitto", in senso dispregiativo) già contenuto nell'art. 12, co. 6, della l. n. 40/2004: dopo l'intervento della legge 4 novembre 2014, n. 169 la gestazione per altri è diventata punibile nell'ordinamento italiano anche se effettuata all'estero, in aperto contrasto del fenomeno del cosiddetto "turismo procreativo".

Più di recente, con la sentenza del 22 maggio 2025, n. 68, la Corte costituzionale ha affrontato nuovamente la questione del riconoscimento dello *status* di figlio da parte della c.d. madre intenzionale nei confronti del nato da fecondazione eterologa praticata all'estero da una coppia di donne, questa volta decidendo, data l'inerzia legislativa, per l'accoglimento, così dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 8 l. n. 40/2004. Con la sentenza 22 maggio 2025, n. 69, invece, è stato affrontato il tema del requisito della bigenitorialità, confermando la prospettiva della sent. n. 221/2019 relativa all'accesso alle tecniche di coppie omosessuali femminili. Nel dichiarare l'infondatezza delle censure sollevate sull'articolo 5 della l. n. 40/2004, pur sottolineando come non si tratti di «scelta costituzionalmente obbligata, posto che la Costituzione non abbraccia solo modelli di famiglie composte da una coppia di genitori di diverso sesso uniti da vincoli affettivi», rilevando che resta ferma «l'assenza di impedimenti costituzionali acché il legislatore estenda l'accesso alla procreazione medicalmente assistita anche a nuclei familiari diversi», la Corte ha affermato che la doppia figura genitoriale eterosessuale rappresenta una «soluzione che rinviene le condizioni di accesso nello stesso testo costituzionale, il quale, a sua volta, riflette la stratificazione di modelli sociali storicamen-

[43] Sull'opportunità di interrompere il "legame simbiotico" tra il figlio e la madre biologica, dopo la nascita C. Tripodina, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'incoercibile diritto di diventare genitori (ovvero, di microscopi e telescopi)*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità Filiazione Genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 135 e ss.

[44] I. Carlotto, *La ricerca delle proprie origini nel bilanciamento dei diritti*, Napoli, 2020, 170 e 175.

te affermatisi». Valorizzando l'«interesse dei futuri nati» e il principio di precauzione sotteso, la Corte ha ritenuto che non sia «manifestamente irragionevole e sproporzionata» la «conseguente compressione dell'autodeterminazione procreativa della donna singola»[45].

## 3. *La normazione sulla PMA nell'ordinamento francese: il biocostituzionalismo partecipativo delle* Lois de bioéthique

«*La France a été pionnière en matière de législation dans le domaine de la bioéthique*»[46]. L'affermazione, significativa nella sua fermezza, merita di essere approfondita per comprenderne i motivi. Sicuramente la produzione giuridica francese in materia di bioetica si caratterizza per alcuni tratti distintivi che rendono il quadro normativo di riferimento peculiare sia dal punto di vista sostanziale che procedurale. Infatti, l'innovatività delle soluzioni accolte[47] è accompagnata da un procedimento di approvazione delle leggi in materia che prevede il coinvolgimento e il dialogo di parti pubbliche e private.

Il grande pregio delle leggi di bioetica deriva dalla capacità di adattarsi al progresso scientifico[48], conciliando le istanze conservative di tutela dei valori della dignità, della inviolabilità e della indisponibilità del corpo, con la «domanda sociale che la scienza avrebbe potuto soddisfare molto

---

[45] Analoghe considerazioni sono state svolte da B. Liberali, *Scelte riproduttive e modelli genitoriali ancora davanti alla Corte costituzionale*, in *Associazione dei Costituzionalisti*, *www.associazionedeicostituzionalisti.it.*

[46] Così espressamente il *Rapport de synthése du Comité consultatif national d'éthique – Opinions du Comité citoyen*, giugno 2018, 7 (consultabile al sito *https://www.vie-publique.fr/rapport/37417-etats-generaux-de-la-bioethique-rapport-synthese*), fornito in occasione del dibattito sulla revisione della legge di bioetica del 2011.

[47] Precisa A.M. Lecis Cocco Ortu, *La "PMA pour toutes" in Francia: tante risposte e qualche interrogativo aperto*, in *GenIUS,* 2021, 2, 2, che in realtà la legge utilizza l'espressione «assistenza medica alla procreazione» per evidenziare la decisività nella disciplina della pratica medica dell'assistenza piuttosto che del risultato (eventuale e non garantito) della procreazione.

[48] Tale da far nascere una «cultura della procreazione» secondo la definizione di M. Iacub, *Penser les droits de la naissance*, Paris, PUF, 2002, XXIV, riportata da A.M. Lecis Cocco Ortu, *La "PMA pour toutes" in Francia: tante risposte e qualche interrogativo aperto*, cit., 3.

tempo fa, ma che la morale comune rifiutava»[49]. Si consideri, comunque, che la transizione dalla tradizionale «*bioetique à la francaise*»[50] alla promulgazione di una legge di bio-libertà[51] (più che di bio-etica) nel 2021, non è stata immediata, seppur agevolata dal meccanismo della clausola di revisione periodica delle leggi di bioetica, prevista a partire dalla prima riforma organica in materia[52]. Infatti, con le prime leggi del 1994 la procreazione medicalmente assistita era riservata alle sole coppie eterosessuali in età fertile sposate o conviventi da almeno due anni per rimediare all'infertilità il cui carattere patologico sia stato diagnosticato da un medico o per evitare la trasmissione al figlio di una malattia grave[53]. Dunque, la scelta legislativa, confermata nelle revisioni del 2004 e del 2011, relegava l'utilizzo di tali tecniche a situazioni patologiche, in ogni caso riservandole alle coppie eterosessuali, così creando una evidente disparità di trattamento rispetto alle coppie omosessuali e alle famiglie monoparentali, in virtù

[49] X. Bioy, *La loi de bioéthique 2021, plus sociétale que jamais*, in *AJDA 2021*, 1826 e ss., nonché G. Terlizzi, *La PMA (seulement) pour toutes. L'incompiuta rivoluzione della nuova legge di bioetica francese,* in *GenIUS,* 11 novembre 2022, 3.

[50] Cfr. D. Mehl, *La PMA déconfinée. La révision de la loi de bioéthique en 2020*, Paris, L'Harmattan, 2021, ripresa da G. Terlizzi, *La PMA (seulement) pour toutes. L'incompiuta rivoluzione della nuova legge di bioetica francese*, cit., 3.

[51] G. Terlizzi, *La PMA (seulement) pour toutes. L'incompiuta rivoluzione della nuova legge di bioetica francese*, cit., 4, richiamando X. Bioy, *La loi de bioéthique 2021, plus sociétale que jamais*, cit., afferma che: «La legge di bioetica del 2021 non si occupa più di regolamentare le tecniche biomediche sulla base dei rischi che queste potrebbero comportare, ma, al contrario, pone tali tecniche al servizio delle aspirazioni sociali, che possono essere apprezzate alla luce dei diritti e delle libertà».

[52] Il riferimento è alla Loi n. 94-548 du 1° juillet 1994 *relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant, alla loi n. 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, alla Loi n. 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain ed alla Loi n. 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.* In tali leggi si prevedeva una revisione della materia ad opera del Parlamento nel termine di cinque anni dall'entrata in vigore delle normative. Allo stesso modo la *Loi n. 2004-800 du 6 août* 2004 relative *à la bioéthique* ha previsto un riesame da parte del Parlamento della legge entro cinque anni dalla sua entrata in vigore, dunque, *la Loi n. 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique* all'art. 47 ha optato per un riesame entro il termine massimo di sette anni.

[53] Art. L. 152-2 della Legge n. 564 del 1994. Tale norma è stata trasfusa nell'art. L. 2141-2 del Codice della Salute francese, modificato da ultimo dalla legge sulla bioetica del 2011, che ha eliminato il riferimento al possesso della condizione di coniuge e al periodo di due anni di convivenza obbligatori.

delle preclusioni in tema di accesso alla procreazione medicalmente assistita (e di riconoscimento dei legami familiari in patria qualora la coppia avesse comunque scelto di far ricorso a tali procedure in territorio estero). Disparità acuita, tra l'altro, dall'emergere in Francia di nuovi modelli familiari svincolati da quello tradizionale fondato sul matrimonio tra persone di sesso diverso, e basati sul comune progetto di vita familiare tra i partner. Al riguardo, un punto di non ritorno è stato raggiunto nel 2013 con la promulgazione della legge istitutiva del matrimonio dello stesso sesso[54]. Infatti, il *mariage pour tous* ha offerto un apporto non indifferente al dibattito politico, sociale, giuridico sulle tematiche in oggetto, contribuendo a scardinare i tradizionali modelli francesi e portando a nuove riflessioni sulle prospettive della legge di bioetica[55]. In questo senso, la legge di bioetica del 2021[56], nata dall'impegno politico dell'allora candidato Emmanuel Macron[57], è considerata come la naturale continuazione del programma del Presidente François Hollande. Partendo da queste premesse, la legge del 2021 prosegue nella rivoluzione sociale, anche in mancanza di unanime consenso politico[58], estendendo l'accesso alla procreazione medicalmente assistita a tutte le donne (unite in coppia omosessuale o non sposate), così prevedendo, secondo l'appellativo nato nel dibattito pubblico, la «*PMA pur toutes*»[59].

[54] *Loi n. 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.*

[55] L'importanza della riforma del 2013 è ben evidenziata dal Rapporto di studio del *Conseil d'État* su richiesta del Primo Ministro del 28 giugno 2018. Sul punto, v. *Conseil d'Etat, section du rapport et des études, Étude à la demande du Premier ministre Révision de la loi de bioéthique: quelles options pur demain?*, 46. Nel rapporto si legge che il voto della legge del 17 maggio 2013, permettendo il matrimonio di coppie dello stesso sesso, costituisce un'importante evoluzione a favore della diversificazione dei modelli familiari, le cui conseguenze non sempre sono state tratte dal punto di vista del diritto della filiazione.

[56] *Loi n. 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.*

[57] Parla di scelta politica il *Conseil d'Etat.* V. in particolare*, l'Avis sur un projet de Loi relatif à la bioéthique, séance du 18 juillet 2019,* par. 11, consultabile al sito *https://www.conseil-etat.fr/avis-consultatifs/derniers-avis-rendus/au-gouvernement/avis-surun-projet-de-loi-relatif-a-la-bioethique.*

[58] Infatti, la legge del 2021, a differenza della legge del 1994, è stata approvata dalla sola Assemblea nazionale, secondo la procedura prevista in base al bicameralismo imperfetto della Quinta Repubblica francese. Il Senato, a maggioranza di destra, si è sempre opposto alla riforma. Inoltre, la legge è stata rimessa al controllo preventivo del *Conseil constitutionnel* che, con decisione n. 821 del 29 luglio 2021, ha dichiarato la legittimità costituzionale della stessa.

[59] Parla di sconfinamento della PMA G. Terlizzi, *La PMA (seulement) pour toutes.*

Come detto, il fulcro del cambio di prospettiva è costituito dalla modifica dell'art. L. 2141-2 del *Code de la Santé Publique*, che ammette il ricorso alla PMA[60] non più per superare uno stato patologico, bensì per dare attuazione ad un «*projet parental*» da parte di qualsiasi coppia composta da un uomo e una donna o due donne o qualsiasi donna non sposata[61]. La norma è il risultato di valutazioni di diverso tipo: da un lato, si prende atto del fatto che le condizioni della previgente legislazione erano nella pratica oggetto di elusioni[62]; dall'altro, la stessa ha lo scopo di eliminare le disparità di trattamento esistenti tra coppie eterosessuali, coppie omosessuali e famiglie monoparentali[63]. Sul punto, l'autorizzazione ad accedere alla PMA per le sole coppie eterosessuali è parsa non più giustificata, né giustificabile in virtù di un non meglio specificato interesse superiore del minore, soprattutto tenuto conto che con la legge del 2013 è stata riconosciuta la possibilità di adottare un figlio per coppie di persone dello stesso sesso (mentre le persone non coniugate possono farlo addirittura dal 1966)[64]. Tra l'altro, il superamento della disparità di trattamento in mate-

---

*L'incompiuta rivoluzione della nuova legge di bioetica francese*, cit., 3, che richiama D. Mehl, *La loi de bioéthique, AJ familie,* 2021, 520-522.

[60] Secondo l'art. L. 2141-2 del *Code de la Santé Publique*, la procreazione medicalmente assistita è finalizzata a rispondere a un progetto genitoriale. Qualsiasi coppia composta da un uomo e una donna o da due donne o da qualsiasi donna non sposata ha accesso alla procreazione medicalmente assistita dopo che i richiedenti abbiano sostenuto colloqui individuali con i membri dell'équipe medico-biologica multidisciplinare, svolti secondo le procedure previste dall'articolo L. 2141-10.

[61] Strettamente connessa al riconoscimento del diritto ad un progetto genitoriale è la previsione di cui all'art. L. 2141-12, che prevede la possibilità di crioconservazione dei gameti da parte di entrambi i membri della coppia per ragioni diverse da quelle mediche o connesse alla fertilità della donna.

[62] Secondo l'*Étude d'impact, projet de loi relatif à la bioèthique*, 39, redatto nel corso dei lavori parlamentari (*https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b2187_etude-impact.pdf*), il 10-15% delle coppie eterosessuali ricorreva alla PMA senza che fosse accertata alcuna causa patologica. Inoltre, dal Parere n. 126 del *Comité consultatif national d'éthique* del 15 giugno 2017 è emerso che ogni anno oltre duemila donne si recavano in paesi esteri ove non esistevano limitazioni così stringenti come quelle francesi per accedere alla procreazione medicalmente assistita.

[63] L'art. L. 2141-2, comma 2, del *Code de la Santé Publique* esplicitamente statuisce che l'accesso alla PMA non può essere subordinato ad alcuna disparità di trattamento, in particolare per quanto riguarda lo stato civile o l'orientamento sessuale dei richiedenti.

[64] Art. 341-1 del codice civile francese, introdotto dalla l. n. 66-500. Parla di interesse superiore del minore a geometria variabile, A.M. Lecis Cocco Ortu, *La "PMA*

ria, contraria al principio di uguaglianza, è frutto di una scelta politica del legislatore francese e non un passaggio obbligato, come confermato dalle giustificazioni fornite dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità prima della legge di bioetica del 2021[65].

In ogni caso, la legge prescrive delle condizioni per accedere alla procreazione medicalmente assistita, tra cui il consenso preventivo da parte dei richiedenti – da mantenere fermo in ogni fase del processo[66]– ed il rispetto dei limiti di età stabiliti (opportunamente) con decreto del *Conseil d'État* previa consultazione dell'*Agence de la biomédicine*[67].

*pour toutes" in Francia: tante risposte e qualche interrogativo aperto*, cit., 4.

[65] Sul punto, si veda la decisione del *Conseil constitutionnel* 17 maggio 2013, n. 669 sul controllo preventivo di costituzionalità della legge sul *mariage pur tous*, in cui si afferma la legittimità del divieto di accesso alla PMA da parte delle coppie coniugate formate da due donne, pur a fronte della possibilità di accedere all'adozione, tenuto conto che le coppie formate da un uomo e una donna, per quanto riguarda la procreazione, si trovano in una situazione differente rispetto alle coppie formate da persone dello stesso sesso. Il principio di uguaglianza non si oppone a che il legislatore disciplini in maniera differente situazioni differenti, purché la differenza di trattamento sia coerente con l'obiettivo della legge». Della medesima opinione è stato anche il *Conseil d'État*, che nella decisione 28 settembre 2018, n. 421899 ha ritenuto di non dover sollevare questione di legittimità costituzionale in relazione alle norme che escludevano le coppie omosessuali dall'accesso alla PMA. Inoltre, nel parere consultivo sul progetto di legge sulla bioetica, il *Conseil d'État* ha statuito che le modifiche alle condizioni di accesso alle PMA fossero possibili ma non costituzionalmente obbligate, dal momento che le disposizioni previgenti non violavano il principio di uguaglianza. A giudizio della Corte, un'illegittima disparità di trattamento presupporrebbe la limitazione di un diritto (in questo caso un "diritto al figlio") che in realtà non è configurabile e che comunque sarebbe sub valente rispetto ad un "diritto del figlio". Sul punto, fortemente contraria alla ricostruzione di una contrapposizione tra "diritto al figlio" e "diritto del figlio" A.M. Lecis Cocco Ortu, *La "PMA pour toutes" in Francia: tante risposte e qualche interrogativo aperto*, cit., 6 ss.

[66] A norma dell'art. L. 2141-2 del *Code de la Santé Publique*, nel caso di una coppia, costituiscono ostacoli all'inseminazione o al trasferimento di embrioni: la morte di uno dei membri della coppia; la presentazione di una domanda di divorzio; la presentazione di una domanda di separazione legale; la firma consensuale di un accordo di divorzio o di separazione legale secondo i termini previsti dall'art. 229-1 del codice civile; la cessazione della convivenza; la revoca scritta del consenso da parte di uno o dell'altro membro della coppia.

[67] In passato, il mero riferimento ad una valutazione discrezionale dell'età fertile aveva creato un'assenza di uniformità moltiplicativa del contenzioso. Ora il *Conseil d'État* ha previsto con decreto n. 1243 del 2021 il limite di 45 anni per la donna che porti avanti la gravidanza (con possibile prelievo dei gameti prima dei 43 anni) e di 60 anni per l'altro membro della coppia.

Continuando nella disamina delle disposizioni rilevanti in tema di bioetica, si mantiene fermo il divieto per le donne vedove di inseminazione o trasferimento dei gameti del partner *post mortem,* in virtù della prevalenza (per la verità, non unanimemente accettata[68]) dei diritti della vedova, soggetto vulnerabile che potrebbe subire pressioni dalla famiglia del defunto allo scopo di avere un discendente.

Ulteriori divieti attengono all'ammissibilità delle tecniche di *Rèception de l'ovocyte par le partenaire* (ROPA) e della gestazione per altri (GPA). Quanto alla ROPA, con cui si intende la possibilità per la donna destinata a portare la gravidanza di ricevere gli ovociti da parte della compagna, il governo ha escluso tale pratica in virtù del principio di anonimato tra donatore di gameti e ricevente e del divieto di donazione diretta. In aggiunta, la tecnica è stata classificata come procedura medica non necessaria, eccessivamente invasiva e non giustificabile come diritto di entrambi i partner a contribuire corporalmente alla nascita del bambino. Inoltre, le conseguenze dello sdoppiamento della maternità scaturente da tale tecnica sono state viste come un possibile (e non auspicabile) slittamento verso la maternità surrogata, la cui proibizione è considerata un principio di garanzia etica invalicabile[69]. Su quest'ultimo profilo, premesso che non è mai stata messa in discussione la legalizzazione della pratica[70], il dibattito si è piuttosto soffermato sulla trascrizione degli atti di nascita dei soggetti nati all'estero[71].

---

[68] Sul punto, il *Conseil d'État* nella *Rèvision de la loi de bioéthique* del 28 giugno 2018, n. 71, ha ritenuto preferibile che, a certe condizioni, il bambino nasca da una PMA *post mortem* cosicché possa avere una filiazione bilineare e far parte di una doppia stirpe.

[69] G. Terlizzi, *La PMA (seulement) pour toutes. L'incompiuta rivoluzione della nuova legge di bioetica francese*, cit., 10, che richiama N. Belloubet, *Déclaration de Mmes Nicole Belloubet, garde des sceaux, ministre de la justice, et Fréderique Vidal, Ministre de l'enseignemnte supérieur, de la recherche et de l'innovation, sur le projet de loi relatif à la bioéthique, au Senat le 21 janvier 2020,* consultabile al sito *https://www.vie-publique.fr/discours/273065-nicole-belloubet-21012020-bioethique.*

[70] L'art. 16-7 del Codice civile francese prevede espressamente la nullità assoluta dei contratti di GPA e l'art. 16-9 dello stesso codice precisa che tale nullità è d'ordine pubblico.

[71] L'art. 7 della legge di bioetica ha modificato l'art. 47 del Codice civile francese prevedendo che in materia di trascrizione degli atti civili prodotti all'estero la veridicità del contenuto dell'atto straniero è valutata secondo la legislazione francese. La modifica si oppone apertamente all'orientamento della Corte di Cassazione che prevedeva la trascrizione integrale dell'atto di nascita estero con l'indicazione di entrambi i genitori

Dalla breve analisi compiuta, emerge la *ratio* ispiratrice della riforma, ossia il riconoscimento di un diritto soggettivo basato sulla volontà quale mezzo «per superare i limiti corporei e per dare al sistema di procreazione, filiazione e parentela una dimensione "sociale"»[72]. La riforma, infatti, convoglia (secondo alcuni riduttivamente)[73] le istanze, *in primis* femministe, rivendicate dalla popolazione per restituire una disciplina che rispecchi le scelte compiute dai cittadini in relazione a questioni bioetiche.

A tal proposito, si consideri che i principi indicati e la disciplina descritta sono il risultato di una complessa procedura preliminare che coinvolge soggetti pubblici e membri della società civile. Infatti, a partire dal 2011 è prevista la convocazione, ad opera del *Comitè consultatif national d'éthique* (CCNE)[74], degli Stati generali sulla bioetica, quale forma di

(biologico e intenzionale) ed è finalizzata ad impedire l'indicazione del genitore intenzionale in sede di trascrizione. V. per approfondire A.M. Lecis Cocco Ortu, *La "PMA pour toutes" in Francia: tante risposte e qualche interrogativo aperto*, cit., 13-14. Il *Comité consultatif national d'éthique* si è espresso in senso contrario sia alla legalizzazione della pratica sia alla trascrizione degli atti di nascita dei soggetti nati all'estero. Il *Conseil d'État* ha, invece, evidenziato come la domanda sociale in questo senso sia divenuta particolarmente diffusa. Sul punto, T. Penna, *PMA pour toutes, anonimato di donatori e donatrici di gameti e potenziali conseguenze discriminatorie dell'esclusione della GPA. Prime riflessioni sulla riforma della loi de bioéthique in Francia,* in *BioLaw Journal,* 2021, 3, 444.

[72] Così G. Terlizzi, *La PMA (seulement) pour toutes. L'incompiuta rivoluzione della nuova legge di bioetica francese*, cit., 3.

[73] Non sfuggono, infatti, le critiche che si appuntano sull'estensione delle tecniche di procreazione medicalmente assistite "a tutte le donne", ma escludendo determinate categorie di soggetti. Ci si riferisce, *in primis,* alle donne sposate con un uomo che vogliano comunque realizzare da sole un progetto di PMA. Sul punto, il *Conseil d'État* nell'*Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique* del 18 luglio 2019 ha ritenuto che tale scelta sia giustificata dal fine di evitare qualsiasi effetto sul coniuge, in particolare in materia di filiazione attraverso la presunzione di paternità del marito, non avendo il coniuge partecipato al progetto della donna. In secondo luogo, parte della dottrina ritiene ingiustificata la scelta di non includere tra i beneficiari delle disposizioni in materia di PMA le persone *transgender* e le coppie omosessuali di uomini. Su tale punto, è stata sollevata *question prioritaire de constitionnalité* dell'art. L. 2141-2 del *Code de la Santé Publique* davanti al *Conseil Constitutionnel*, per violazione dei principi di uguaglianza e parità tra uomini e donne nonché della libertà personale e di condurre una normale vita familiare. Tuttavia, il *Conseil Constitutionnel*, con la decisione n. 1003 del 2022 ha ritenuto che la disposizione fosse conforme a Costituzione e che la scelta della disciplina applicabile fosse prerogativa esclusiva del legislatore.

[74] A ben vedere, la nascita del CCNE è strettamente connessa alla storia giuridica della bioetica in Francia. Infatti, in occasione della nascita nel 1982 del primo bambino

consultazione pubblica su tematiche proposte dal CCNE stesso[75]. Relativamente alla legge del 2021, per garantire la massima partecipazione dei cittadini al dibattito in tema di bioetica, il CCNE ha aperto i lavori degli Stati generali nel 2018 con la domanda: «*Quelle options pur demain?*», così dando avvio al dibattito pubblico. Sono stati elaborati nove temi di discussione[76] ed il funzionamento della procedura è stata facilitata dall'apporto di comitati costituiti con funzioni di coordinamento ed organizzazione dei lavori[77]; sono stati previsti plurimi canali di consultazione, tra cui audizioni, incontri con esperti e comitati etici istituzionali, comunicazioni ed informazioni attraverso i media tradizionali e digitali. Inoltre, è stata data la possibilità ai privati di esprimere la propria opinione registrandosi su una piattaforma interattiva dedicata alle proposte formulate dal CCNE[78]. In aggiunta, sono stati istituiti organi intermedi con il compito di favorire la consapevole informazione della popolazione, tra cui si segnalano in

concepito per fecondazione *in vitro* in Francia, nel 1983 venne istituito con decreto presidenziale il CCNE, un organo consultivo, indipendente e multidisciplinare senza poteri decisionali che elabora raccomandazioni e pareri su questioni etiche. È formato da membri volontari ed indipendenti provenienti da diversi ambiti (appartenenti ad ambienti spirituali e filosofici; membri scelti per le loro competenze e il loro interesse in questioni etiche; soggetti provenienti da settori medici o di ricerca in discipline che spaziano dalle scienze naturali alle scienze sociali) nominati dal Presidente della Repubblica.

[75] Le tematiche proposte dal CCNE sono inerenti a problemi etici e questioni sociali connessi ai progressi delle conoscenze nei campi della biologia, della medicina e della salute (Art. 1412-1 CSP). In particolare, la *loi de bioéthique* n. 814 del 2011 ha apportato modifiche al *Code de la Santé Publique* (con l'introduzione degli artt. L. 1412-1-1 e L. 1412-3-1), prevedendo un procedimento cui devono prendere parte cittadini scelti per rappresentare la società nella sua diversità previa formazione preliminare anche ad opera di esperti scelti in base a criteri di indipendenza, pluralismo e multidisciplinarietà (art. L. 1412-3-1 CSP).

[76] I temi prescelti sono i seguenti: ricerca sull'embrione e sulle cellule staminali embrionali; screening genetici e medicina genomica; dono e trapianto di organi; neuroscienze; dati sanitari; intelligenza artificiale e robotica; salute e ambiente; procreazione e società; accompagnamento di fine vita

[77] Il CCNE ha organizzato un comitato di direzione dei lavori (*Comité de pilotage des États généraux de la bioéthique*) ed un *Comité plénier du CCNE* (di cui hanno fatto parte quaranta esperti di diverse discipline come diritto, filosofia, religione e medicina) con il ruolo di comitato scientifico.

[78] In particolare, le tematiche *de quibus* sono state oggetto di commento da parte degli interessati, che hanno avuto la possibilità di elaborare risposte aperte non vincolate ad una scelta minimale tra "favorevole" e "contrario".

particolare gli *Espaces de réflexios éthique régionaux* (ERER)[79] ed il Comitato dei cittadini[80]. Infine, quale figura di raccordo tra popolazione ed istituzioni in un'ottica reattiva piuttosto che proattiva, è stata previsto l'ausilio di un mediatore indipendente con il compito di raccogliere reclami riguardanti gli eventi regionali, le consultazioni on-line e le audizioni.

I lavori degli Stati Generali si sono conclusi con una relazione di sintesi del CCNE, inviata, unitamente ad un parere inerente a proposte e riflessioni sulle future azioni legislative in materia, all'*Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques* affinché il disegno di legge venisse elaborato tenendo conto dei risultati raggiunti in sede di consultazione pubblica. Ai soggetti indicati, infine, va aggiunto il *Conseil d'État*, il quale deve dare il proprio parere prima che il disegno di legge sia presentato ad una delle due Camere[81].

Dunque, la complessità del procedimento in esame, che prevede un continuo scambio di informazioni tra società civile e organo politico, pur con l'ausilio e l'intermediazione di organismi indipendenti dotati di particolari competenze in materia e composti da diverse personalità che danno un quadro d'insieme del pluralismo insito nella popolazione francese, evidenzia delle peculiarità dell'approccio francese che meritano di essere approfondite. Da un lato, si delinea un modello di elaborazione di scelte legislative in materia bioetica che si pone come un «esercizio di democrazia»[82], espressivo di quello che in questa materia andrebbe indicato

[79] Si tratta di organi in stretto contatto con centri universitari ospedalieri e sotto la responsabilità dell'*Agences Régionales de Santé* (ARS). Avendo il compito di portare il dibattito nelle province francesi, gli ERER sono stati considerati attori chiave della consultazione e sono stati dotati di vasti poteri, godendo di piena indipendenza.

[80] Si tratta di un comitato di cittadini, formato da membri rappresentativi della popolazione francese: 22 cittadini di differente età, sesso, categorie professionali e provenienti da diversi luoghi del paese, che riunisce per fornire un parere critico sull'avanzamento dei lavori e sui metodi impiegati.

[81] Art. 39 della Costituzione francese. In questo caso, il Consiglio di Stato ha pubblicato il proprio parere sul progetto di legge relativo alla bioetica in data 18 luglio 2019 affermando la regolarità della procedura seguita per la redazione del progetto di revisione. A ben vedere, il *Conseil d'Etat* era già stato adito nel 2017 dal Primo Ministro francese per condurre uno studio sull'opportunità della revisione della legge di bioetica (studio pubblicato in data 28 giugno 2018).

[82] L'espressione è utilizzata nel *Rapport de synthése du Comité consultatif national d'éthique – Opinions du Comité citoyen,* 12.

come "biocostituzionalismo partecipativo"[83], foriero di plurimi vantaggi in termini di rappresentatività dei cittadini, di considerazione nel dibattito pubblico del pluralismo culturale della società francese, e di risultati conseguibili alla luce di una attenta ponderazione operata anche dagli esperti. Dall'altro, soffermandoci più nello specifico sulle leggi di bioetica, è chiaro a primo impatto il rapporto osmotico esistente tra istanze sociali e sviluppi della normazione giuridica in materia[84]. Quanto detto è tanto più vero se si considera che il consenso raggiunto (*rectius,* la sintesi delle riflessioni dei soggetti pubblici e privati) in sede di consultazione è, invece, mancante in sede politica. La circostanza non è passata inosservata, tanto che ha portato la dottrina francese ad affermare che la *loi relative a la bioéthique* del 2021, è una legge «*plus societale que jamais*»[85].

## 4. *Conclusioni*

La comparazione del caso italiano con il caso francese, che si staglia, nel panorama europeo, come un esempio virtuoso di *biocostituzionalismo partecipativo*, offre spunti di riflessione in merito alla necessità di ripensare i rapporti tra diritto costituzionale e scienze della vita, nel segno della maggiore inclusione delle conoscenze scientifiche e biotecnologiche nei processi normativi, specie quelli che coinvolgono temi a rilevanza bioetica.[86] Le questioni bioetiche di inizio vita ruotano attorno alla tutela della salute dei genitori intenzionali – in particolare, della gestante o, prima della gravidanza, della madre intenzionale – e dell'embrione, laddove

[83] Per biocostituzionalismo partecipativo si intende un approccio in cui la partecipazione della popolazione alla fase di *decision making* propria dell'organo politico è massimizzata in ragione dell'alta sensibilità sociale su scelte legate a tematiche di bioetica.

[84] Nel Rapporto di studio del *Conseil d'État à la demande du Premier ministre Révision de la loi de bioéthique: quelles option pur demain? Étude adoptêe en assemblêe générale*, del 28 giugno 2018, 47-49, si evidenzia come gli sviluppi sociali più che giuridici stiano mettendo in discussione il concetto di assistenza medica alla procreazione destinata ad alleviare l'infertilità patologica. Cfr. sul punto, G. Terlizzi, *La PMA (seulement) pour toutes. L'incompiuta rivoluzione della nuova legge di bioetica francese*, cit., 2.

[85] Espressione di X. Bioy, op. cit.

[86] Con riferimento alle scelte esistenziali di inizio vita, a sottolineare la particolare necessità di un legislatore accorto, M.P. Iadicicco, *La «scelta tragica» sul desti- no degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto,* 2016, 2, in particolare, 193.

l'ordinamento lo riconosca come centro di imputazione di aspettative di diritto, come nel caso italiano.

Un'interessante proposta dottrinale – conferente con le criticità che ancora accompagnano la l. n. 40/2004 – sviluppata nel campo delle scienze sociali, mirerebbe a collocare la sperimentazione scientifica tra i valori costituzionali da tutelare al fine di coadiuvare un proficuo e costante dialogo tra diritto e scienze dure[87]. La proposta appare coerente con il quadro teorico del biocostituzionalismo perché lo studio delle interazioni tra istanze sociali (determinate dallo sviluppo delle biotecnologie) e principi costituzionali può mirare ed esprimere la centralità della ricerca scientifica per la tenuta dello stato costituzionale.

Volendo sviluppare ulteriormente questo aspetto, si potrebbe arrivare a discutere della possibilità di una costituzionalizzazione della sperimentazione, ipotesi che, calata nell'ordinamento italiano parallelamente alla libertà della ricerca scientifica già contemplata dall'art. 33 Cost., aprirebbe alla possibile incostituzionalità dell'art. 13, commi da 1 a 3, della l. n. 40/2004 che vieta qualsiasi forma di sperimentazione sugli embrioni soprannumerari.

Vale la pena ricordare, infatti, che il divieto di sperimentazione sugli embrioni è stato sottoposto al vaglio di legittimità costituzionale e, per effetto della pronuncia di rigetto della Corte costituzionale (sentenza 13 aprile 2016, n. 84) è tuttora in vigore, a scapito della ricerca scientifica e dello sviluppo di ulteriori possibilità mediche e riproduttive nell'interesse della collettività.

Con la sentenza n. 84/2016, la Consulta ha escluso il proprio intervento razionalizzatore in merito ad «uno degli aspetti più irragionevoli e ideologici della legge n. 40 del 2004»,[88] quello che vieta qualsiasi forma di sperimentazione e ricerca sugli embrioni, ancorché inutilizzati ed inutilizzabili (per volontà della coppia o per impossibilità medicata accertata), che rimangono pertanto destinati al congelamento *sine die* e quindi ad un possibile deterioramento.

La previsione della sperimentazione scientifica nella Costituzione

[87] Sul tema della costituzionalizzazione della sperimentazione scientifica, nell'ambito dell'idea della scienza post-normale, sebbene con particolare riferimento al *climate change*, si veda diffusamente S. Funtowicz, J.R., Ravetz, *Science for the post-normal age*, in *Futures*, 1993, 27, 7, 739-755.

[88] M. D'Amico, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, cit., 171.

dovrebbe allo stesso tempo agevolare la possibilità di una partecipazione nei processi decisionali, come emerge dall'esperienza francese, agevolando l'acquisizione di informazioni, ma in ogni caso facendo ricadere sul legislatore la responsabilità delle scelte normative in un sistema in cui il diritto mantenga la funzione di strumento di democratizzazione della scienza.

**Abstract**

Il contributo indaga l'evoluzione della procreazione medicalmente assistita (PMA) attraverso la lente del biocostituzionalismo, analizzando la tensione tra progresso scientifico e regolamentazione giuridica in Italia e Francia. L'indagine evidenzia il contrasto tra il modello italiano, caratterizzato da una "coproduzione" per via giurisprudenziale volta a emendare i limiti ideologici della legge n. 40/2004, e quello francese, fondato su un approccio partecipativo e riforme periodiche. Viene approfondito il ruolo della "ragionevolezza scientifica" come parametro di costituzionalità, distinguendo tra rinvii fissi e mobili alla scienza nelle diverse architetture normative. Il lavoro esamina la transizione francese verso un modello di genitorialità fondato sulla volontà sociale, contrapposto alle persistenti criticità italiane in materia di sperimentazione embrionale. In conclusione, appare necessario un nuovo paradigma nel dialogo tra diritto e bioscienze, promuovendo una democratizzazione della scienza che veda nella libertà di ricerca un pilastro dello Stato costituzionale

This paper investigates the evolution of assisted reproduction techniques (ART) through the lens of bioconstitutionalism, analyzing the tension between scientific progress and legal regulation in Italy and France. The investigation highlights the contrast between the Italian model, characterized by a jurisprudential "co-production" aimed at amending the ideological limits of Law No. 40/2004, and the French model, which is founded on a participatory approach and periodic reforms. Furthermore, the role of "scientific reasonableness" as a parameter of constitutionality is explored in depth, distinguishing between fixed and mobile references to science within the different normative architectures. The study examines the French transition toward a model of parenthood based on social will, contrasting it with

the persistent critical issues in Italy regarding embryonic experimentation. Ultimately, a new paradigm in the dialogue between law and the biosciences appears necessary, promoting a democratization of science that views the freedom of research as a fundamental pillar of the constitutional State.

# Relazione conclusiva

di Franco Gaetano Scoca

È difficile, e forse persino inopportuno, trarre delle conclusioni definitive sulla base di un convegno che si è esteso per due giorni e al quale sono pervenute esperienze scientifiche tra loro molto diverse per metodologia, prospettive e ambiti disciplinari.

Credo tuttavia di poter affermare, senza tema di smentita, che questo incontro è stato un vero inno alla multidisciplinarietà, un momento raro e prezioso in cui saperi e competenze differenti – giuridiche, mediche, bioetiche, filosofiche – si sono incontrati e hanno dialogato proficuamente, superando quella frammentazione che spesso caratterizza il dibattito scientifico contemporaneo. La ricchezza degli interventi che si sono susseguiti ha dimostrato quanto sia indispensabile, su temi così delicati e complessi, evitare approcci mono disciplinari che inevitabilmente conducono a semplificazioni fuorvianti. Per questa occasione ringrazio la Professoressa Lamberti che ha guidato questo progetto e organizzato questo incontro.

Vorrei ora concentrare la mia riflessione conclusiva su tre nuclei tematici emersi con particolare forza nel corso dei lavori: il diritto alla salute nella sua configurazione costituzionale, la procreazione medicalmente assistita e la gestazione per altri, e infine il ruolo e le criticità del Servizio sanitario nazionale.

L'articolo 32 della Costituzione, come noto, afferma solennemente che «la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività». Ma qual è la reale portata precettiva di questa disposizione? È davvero possibile, sul piano tecnico-giuridico e costituzionale, parlare di un autentico "diritto alla salute"? E soprattutto: quale contenuto concreto possiamo attribuire a tale diritto? Queste domande, che possono apparire astratte o persino cavillose, hanno in realtà implicazioni pratiche rilevantissime, come è emerso chiaramente dagli interventi che si sono succeduti in questi giorni.

In realtà, a ben vedere, la salute non dipende direttamente – o quantomeno non esclusivamente – da un diritto giuridico in senso stretto: essa

è piuttosto uno stato di fatto, una condizione psicofisica che dipende da molteplici fattori biologici, ambientali, sociali ed economici. Probabilmente, sul piano della tecnica costituzionale, sarebbe stato più corretto e più preciso parlare di "diritto alle cure" o di "diritto all'assistenza sanitaria", piuttosto che di diritto alla salute in senso lato.

A mio avviso, infatti, non si tratta di un diritto soggettivo perfetto e pienamente azionabile in via immediata davanti al giudice, bensì di un obiettivo costituzionale, di un fine che il legislatore ordinario è chiamato a concretizzare attraverso scelte normative, organizzative e finanziarie. È un'impostazione, questa, per certi versi analoga a quella che si riscontra nell'articolo 4 della Costituzione, il quale riconosce il diritto al lavoro, ma che, di fatto, pone soprattutto un obiettivo programmatico per il legislatore e le istituzioni, senza creare un diritto soggettivo immediatamente azionabile all'occupazione.

Come ha magistralmente osservato la Corte costituzionale in numerose pronunce, a partire dalla storica sentenza n. 275 del 1989, i diritti sociali – tra cui rientra certamente quello alla salute – si collocano in un'area peculiare dell'ordinamento, caratterizzata dalla necessaria mediazione legislativa e dalla ineludibile considerazione delle risorse disponibili. Non si tratta, dunque, di diritti assoluti, ma di diritti "finanziariamente condizionati".

Per rendere effettivo il cosiddetto "diritto alla salute" serve dunque necessariamente l'intervento del legislatore, che deve definirne il contenuto concreto, individuare (e modificare nel tempo) le prestazioni esigibili, organizzare le strutture sanitarie e stanziare le risorse economiche necessarie.

Un esempio particolarmente chiaro ed eloquente di questa dinamica ci è stato fornito dalla professoressa Cacciavillani, che ha ricordato come i LEA (Livelli Essenziali di Assistenza) siano soggetti a periodiche modifiche: alcune prestazioni entrano o escono da tali livelli nel corso del tempo, in relazione sia all'evoluzione delle conoscenze mediche sia, purtroppo, alle disponibilità finanziarie. Ciò significa, in termini brutalmente concreti, che il contenuto effettivo del diritto alla salute può ampliarsi o restringersi in base alle decisioni legislative e, in ultima analisi, alle scelte politiche di allocazione delle risorse pubbliche.

Quando i LEA si riducono – come è accaduto in alcuni periodi della storia recente del nostro Paese – anche il diritto alla salute, nei fatti, si impoverisce. E questo pone interrogativi costituzionali di non poco momento.

Dal punto di vista strettamente costituzionale, dunque, non possiamo considerare quello alla salute un diritto pienamente e immediatamente garan-

tito in tutte le sue possibili declinazioni. Non si tratta nemmeno, tecnicamente parlando, di un "interesse legittimo" in senso proprio, ma piuttosto di un obiettivo che lo Stato si impegna a perseguire attraverso la propria legislazione ordinaria e le proprie politiche pubbliche.

Una volta che il legislatore ha definito il contenuto concreto del diritto – stabilendo quali prestazioni devono essere garantite, con quali modalità e a quali condizioni – emergono tuttavia due grandi aree di incertezza che sono state ampiamente discusse nel corso di questo convegno: il profilo finanziario, legato alle risorse economiche effettivamente disponibili e alla loro allocazione tra i diversi capitoli di spesa pubblica; il profilo organizzativo, cioè l'efficienza, la capacità e l'effettiva funzionalità delle strutture sanitarie nel garantire concretamente le prestazioni previste dalla legge.

E qui sorge un interrogativo fondamentale, che ha importanti riflessi sulla tutela giurisdizionale: quando vi è disorganizzazione amministrativa o mancanza di risorse finanziarie, si tratta di una limitazione intrinseca del diritto oppure di un inadempimento dell'obbligo giuridico che grava sull'amministrazione?

La distinzione non è meramente teorica. Se si trattasse di un vero e proprio inadempimento, allora spetterebbe al giudice intervenire per far rispettare la legge e imporre all'amministrazione l'erogazione delle prestazioni previste dall'ordinamento. Ma è davvero possibile che il giudice – in particolare il giudice amministrativo – possa spingersi fino a questo punto?

Questa soluzione significherebbe, infatti, consentire al giudice di incidere direttamente sul bilancio dello Stato, determinando l'allocazione di risorse pubbliche, e cioè di intervenire su una sfera che, in base all'assetto costituzionale delineato dagli articoli 81 e seguenti della Costituzione, è riservata in via esclusiva al legislatore e al Governo, quali organi della decisione politica democraticamente legittimati.

La Corte costituzionale, in quanto organo di garanzia costituzionale, può certamente intervenire su questioni che coinvolgono esigenze di bilancio, operando il necessario bilanciamento tra diritti fondamentali e vincoli finanziari. Lo ha fatto, ad esempio, nelle sentenze sulla non autosufficienza e sulle prestazioni assistenziali.

Ma il giudice ordinario o amministrativo non dispone di analogo potere. Esso non può, in linea di principio, imporre all'amministrazione una prestazione sanitaria che richieda risorse non previste o non disponibili, né può sostituirsi alle scelte organizzative dell'amministrazione stessa, salvo casi di evidente irragionevolezza o arbitrarietà.

E questo rappresenta un limite concreto, forse doloroso ma costituzionalmente necessario, nell'attuazione giurisdizionale del diritto alla salute.

Passando ora al tema specifico dei LEA, i Livelli Essenziali di Assistenza introdotti dalla riforma del Titolo V della Costituzione e disciplinati dalla legislazione ordinaria, vorrei soffermarmi su alcuni aspetti problematici emersi nel dibattito.

I LEA rappresentano, almeno in teoria, i nuclei essenziali delle prestazioni sanitarie, i livelli minimi che devono essere garantiti uniformemente su tutto il territorio nazionale a tutti i cittadini, in attuazione del principio di uguaglianza sostanziale e del principio di universalità del servizio sanitario.

Spesso, però, il legislatore utilizza termini differenti – "nucleo essenziale", "nucleo incomprimibile", "nucleo minimo", "contenuto essenziale", "livello minimo" – e questa varietà terminologica può generare ambiguità interpretative e incertezze applicative.

C'è davvero una differenza sostanziale tra queste locuzioni e tra questi aggettivi? Oppure si tratta di sinonimi utilizzati in modo intercambiabile? A mio avviso, nella mente del legislatore non sempre c'è piena consapevolezza concettuale: in linea teorica, "essenziale" e "incomprimibile" dovrebbero significare la stessa cosa, cioè ciò che non può essere ulteriormente ridotto senza snaturare il diritto stesso o senza violare il nucleo irriducibile della dignità umana.

Tuttavia, la differenza terminologica lascia intuire una certa incertezza concettuale, forse il riflesso di una difficoltà reale nell'individuare con precisione il confine tra ciò che è davvero essenziale e indispensabile e ciò che è invece importante ma non strettamente necessario.

Il nodo centrale, a mio avviso, resta in ogni caso il rapporto problematico tra prestazioni e risorse: i LEA individuano le prestazioni che devono essere garantite, ma la loro effettiva erogazione dipende, alla fine, dalle risorse finanziarie concretamente disponibili e dalla loro distribuzione tra le varie Regioni.

In teoria, i nuclei essenziali non dovrebbero mai essere sacrificati per mere ragioni economiche, poiché essi rappresentano il *minimum* costituzionalmente necessario per garantire la tutela della salute. Tuttavia, nella pratica quotidiana, il problema del finanziamento rimane drammaticamente cruciale, come dimostrano le croniche difficoltà di numerose Regioni italiane nel rispettare i LEA.

Devo ammettere con franchezza che, da giurista, non possiedo le competenze tecniche specifiche per valutare a fondo gli aspetti medici e clinici della definizione dei LEA. Ritengo però che il tema abbia un grande rilievo non soltanto giuridico, ma anche etico, sociale e perfino psicologico: stabilire quali cure sono "essenziali" e quali no significa, in ultima analisi, tracciare un confine – inevitabilmente mobile e contestabile – tra ciò che la società considera degno di tutela prioritaria e ciò che viene relegato in secondo piano.

A questo proposito, mi sono interrogato anche sulla differenza concettuale e giuridica tra PMA (procreazione medicalmente assistita) e GPA (gestazione per altri), temi che sono stati al centro di appassionati interventi durante questo convegno.

Nel caso della PMA, si tratta essenzialmente di un intervento medico che consente alla coppia di ottenere un supporto tecnico-scientifico per diventare genitori, pur restando sostanzialmente all'interno del legame biologico o affettivo originario. La PMA si configura come un ausilio alla procreazione naturale, che viene facilitata o resa possibile grazie al progresso scientifico.

Nel caso della GPA, invece, entra in gioco un'altra persona – la donna gestante – che porta avanti la gravidanza per conto di altri soggetti. Si tratta, quindi, di una relazione triangolare molto più complessa, in cui il ruolo tradizionale di "genitore" viene in qualche misura "delegato" o "scorporato" e, almeno in parte, scisso dal dato biologico della maternità gestazionale.

Questa scissione pone problemi giuridici, etici e psicologici di straordinaria complessità. E solleva una domanda radicale: la genitorialità può essere considerata un vero e proprio diritto soggettivo?

Essere genitori è, innanzitutto e prima di tutto, una capacità di fatto, una dimensione esistenziale, una relazione umana, non un diritto in senso tecnico-giuridico. Il diritto può certamente garantire strumenti, facilitazioni o condizioni favorevoli per esercitare tale capacità – come fa, appunto, la legislazione sulla PMA – ma non può, a mio avviso, creare o costituire la genitorialità come diritto soggettivo assoluto e incondizionato.

Non esiste, cioè, un "diritto ad avere un figlio" che possa essere fatto valere *erga omnes* e che imponga allo Stato o a terzi obblighi corrispondenti. Esistono, invece, una serie di libertà e di facoltà che l'ordinamento riconosce e tutela, nei limiti imposti da altri valori e interessi costituzionalmente rilevanti.

C'è poi una riflessione che considero fondamentale e che è stata più volte richiamata nel corso dei lavori: il fatto che un bambino non conosca le proprie origini biologiche – cioè non sappia chi siano i suoi genitori genetici o la donna che lo ha portato in grembo – può incidere profondamente e durevolmente sulla costruzione della sua identità personale e sulla sua capacità di sviluppare pienamente e armoniosamente la propria personalità.

In altre parole, il diritto del figlio a conoscere le proprie origini – riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – è parte integrante del suo diritto alla salute psicologica, del suo diritto all'identità personale e, in ultima analisi, del suo diritto allo sviluppo della personalità garantito dall'articolo 2 della Costituzione.

Non esiste, dunque, soltanto un eventuale "diritto dei genitori" alla genitorialità (la cui configurabilità, come ho detto, è quanto meno problematica), ma anche – e forse soprattutto – un diritto del figlio a conoscere la propria storia, le proprie radici, la propria provenienza biologica.

Questo diritto del figlio deve essere attentamente bilanciato con altri interessi e valori in gioco, ma non può essere ignorato o sacrificato sull'altare delle aspirazioni genitoriali degli adulti.

Un altro interrogativo che merita attenzione riguarda l'interesse pubblico in relazione a queste tematiche apparentemente d'interesse privato. Perché lo Stato dovrebbe occuparsi, finanziare e regolare questioni intime come la PMA o la GPA? La risposta non può limitarsi al richiamo al diritto individuale alla salute in funzione della riproduzione.

Forse, come è stato evidenziato, da un punto di vista pubblicistico più ampio, esiste anche un interesse generale della collettività a che la popolazione non diminuisca in modo eccessivo, a che vengano garantiti adeguati tassi di natalità, a che venga preservato l'equilibrio demografico necessario per la tenuta del sistema previdenziale e assistenziale.

L'intervento pubblico in questo ambito, dunque, può essere giustificato non solo come tutela di un diritto individuale alla procreazione assistita, ma anche come strumento di politica demografica e sociale, volto a preservare l'equilibrio generazionale e la sostenibilità del *welfare state*.

Naturalmente, questo non significa che qualsiasi intervento pubblico sia giustificato, né che l'interesse demografico possa prevalere sui diritti fondamentali della persona. Ma significa che la dimensione pubblicistica e collettiva di questi temi non può essere ignorata.

Vorrei ora riprendere il terzo grande tema emerso nel corso del convegno, quello del Servizio sanitario nazionale e delle sue attuali criticità.

Il SSN, come è noto, è un sistema organizzato su base pubblica e finanziato attraverso la fiscalità generale, in cui convivono molteplici attori e competenze: lo Stato, le Regioni, le Aziende Sanitarie, le strutture private accreditate.

Si tratta di un sistema complesso, articolato su più livelli di governo, che ha rappresentato per decenni un modello di eccellenza a livello internazionale e un pilastro fondamentale del nostro Stato sociale.

Negli ultimi anni, tuttavia, questa struttura è stata oggetto di ripetute critiche – alcune fondate, altre meno – anche a causa delle crescenti differenze territoriali e dell'ineguale accesso ai servizi sanitari tra le diverse aree del Paese.

In alcune Regioni, infatti, i cittadini possono ancora godere di prestazioni sanitarie efficienti, tempestive e di alta qualità; in altre, invece, si registrano gravi disorganizzazioni, carenze di personale, liste d'attesa interminabili, strutture obsolete.

Si creano così profonde disuguaglianze orizzontali, che minano alla base il principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e ai servizi pubblici, solennemente affermato dall'articolo 3 della Costituzione.

Come insegna la migliore dottrina costituzionalistica, trattare in modo rigidamente identico situazioni di fatto profondamente diverse non realizza la vera uguaglianza, ma produce, paradossalmente, disuguaglianza sostanziale e ingiustizia.

Occorre, invece, perseguire un'uguaglianza sostanziale, che tenga conto delle differenze territoriali, economiche, sociali e culturali, e che adotti strumenti di riequilibrio e di perequazione per garantire a tutti, ovunque risiedano, condizioni di vita dignitose e accesso effettivo ai diritti fondamentali.

Nel nostro ordinamento costituzionale, del resto, esiste già un principio consolidato di progressività nella partecipazione dei cittadini alle spese pubbliche, espresso dall'articolo 53 della Costituzione: chi ha di più contribuisce di più, secondo criteri di capacità contributiva.

Allo stesso modo, anche l'erogazione delle prestazioni sanitarie dovrebbe essere calibrata tenendo conto delle effettive condizioni economiche e sociali di ciascuno, per garantire un equilibrio solidale tra le diverse categorie di cittadini e tra le diverse aree territoriali.

Ciò potrebbe comportare, ad esempio, forme di contribuzione differenziata per l'accesso a determinate prestazioni non essenziali, oppure meccanismi di premialità per le Regioni più virtuose, o ancora strumenti di finanziamento aggiuntivo per le aree più svantaggiate.

La sfida, in definitiva, è quella di coniugare universalità, eguaglianza e sostenibilità finanziaria del sistema sanitario, senza sacrificare nessuno di questi tre pilastri fondamentali ma cercando, al contempo, un punto di equilibrio dinamico e ragionevole.

Vorrei concludere questa mia relazione con una riflessione di carattere metodologico e, se mi è consentito, anche personale.

Questo convegno ha dimostrato con chiarezza quanto il dialogo tra discipline diverse – giuridiche, etiche, mediche, sociologiche, economiche – sia non solo utile, ma assolutamente necessario per affrontare in modo adeguato temi così complessi e multiformi come la tutela della salute, la genitorialità, l'organizzazione dei servizi sanitari.

Si tratta di questioni che toccano direttamente la vita concreta delle persone, le loro speranze e le loro sofferenze, ma che investono anche la tenuta complessiva dei principi costituzionali fondamentali su cui si regge la nostra democrazia: la dignità umana, l'eguaglianza, la solidarietà, la tutela dei diritti inviolabili della persona.

Non possiamo illuderci di trovare risposte semplici a domande complesse. Non possiamo pensare che il diritto, da solo, possa risolvere dilemmi che affondano le radici nella dimensione più profonda dell'esistenza umana.

E, come accade in ogni autentica discussione interdisciplinare, le domande che restano aperte – i dubbi, le incertezze, le tensioni irrisolte – sono forse la parte più preziosa e feconda del confronto che abbiamo avuto in questi giorni.

Sono queste domande che ci accompagneranno nel prosieguo della nostra ricerca, nella consapevolezza che la verità, in ambiti così delicati, non è mai definitivamente acquisita ma va continuamente ricercata attraverso il dialogo, il confronto e l'ascolto reciproco.

Vi ringrazio per l'attenzione e per il contributo che ciascuno di voi ha offerto a questo importante momento di riflessione collettiva.

*I curatori e gli autori:*

Cristina Agliata, *Dottoranda di ricerca in diritto comparato e processi di integrazione Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*

Tommaso Belfiore, *dottore in Giurisprudenza e in Scienze della Politica*

Ludovico Castiglione, *Dottore di ricerca in diritto amministrativo, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*

Paola Corradino, *Dottoranda di ricerca in diritto, mercato e persona, Università degli Studi Ca' Foscari Venezia*

Maria Pia d'Antuono, *Dottoranda di ricerca in scienze giuridiche e sociali per l'innovazione, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*

Valeria De Oto, *Ricercatrice di diritto privato, Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Stefano Deplano, *Professore associato di diritto privato, Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Micaela Di Giorgio, *Dottoressa di ricerca in diritto comparato e processi di integrazione, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*

Marco Francesco Errico, *Dottore di ricerca in architettura, disegno industriale e beni culturali, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*

Fortunato Gambardella, *Professore associato di diritto amministrativo e pubblico, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*

Loredana Giani, *Professoressa ordinaria di diritto amministrativo e pubblico, Università Europea di Roma*

Maria Pia Iadicicco, *Professoressa ordinaria di diritto costituzionale e pubblico, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*

Laura Lamberti, *Professoressa associata di diritto amministrativo e pubblico, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*

Luis Miguel García Lozano, *Professore associato di diritto amministrativo, Universidad de Granada*

Vanessa Manzetti, *Professoressa associata di diritto amministrativo e pubblico, Università di Pisa*

Donatella Morana, *Professoressa ordinaria di diritto costituzionale e pubblico, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"*

Carmine Petteruti*, Professore associato di diritto comparato, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*

Alessandra Piconese, *Assegnista di ricerca in diritto amministrativo, Università degli Studi Magna Græcia di Catanzaro*

Ludovica Russo, *Dottoressa di ricerca in diritto comparato e processi di integrazione, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*

Franco Gaetano Scoca, *Professore emerito di diritto amministrativo, Sapienza Università di Roma*

Simona Terracciano, *Ricercatrice di diritto amministrativo e pubblico, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*

Antonio Tisci*, Professore associato di storia del diritto medievale e moderno, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*