

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

ANNA MARIA
LECIS COCCO ORTU

La “*PMA pour toutes*” in Francia:
tante risposte e qualche interrogativo aperto

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

online first
destinato a GenIUS 2021-2

La “PMA pour toutes” in Francia: tante risposte e qualche interrogativo aperto

Sommario

1. Introduzione. L’approvazione della legge e la promessa (tardivamente) mantenuta - 2. Le risposte: l’allargamento dell’accesso alla PMA tra desiderio genitoriale, interesse superiore del minore e tutela della vita familiare: - 2.1. L’abolizione di una discriminazione ingiustificata - 2.2. Le modalità di riconoscimento del legame con la madre intenzionale - 2.3. L’allargamento della possibilità di crioconservazione dei gameti - 3. Alcuni profili problematici della riforma: 3.1. L’irragionevole disparità di trattamento quanto al riconoscimento della maternità intenzionale - 3.2. La marcia indietro sul riconoscimento dei figli nati da GPA - 3.3. La possibilità di accesso all’identità del donatore e i suoi possibili effetti sulla disponibilità di gameti per la PMA eterologa - 4. Il nodo della “mobilità procreativa” e delle sue conseguenze al rientro: spunti conclusivi sull’esigenza di un riconoscimento pieno dei legami di filiazione.

Abstract

L'articolo analizza la recente riforma francese in materia di bioetica che ha esteso l'accesso alle tecniche di procreazione medica assistita a tutte le donne, indipendentemente dal loro stato civile o orientamento sessuale. Dopo aver presentato i principali contenuti della legge, l'articolo evidenzia alcuni aspetti problematici della riforma, riguardanti essenzialmente la discriminazione che persiste nel riconoscimento della filiazione per i figli di coppie di persone dello stesso. L'analisi si conclude con alcune considerazioni sulla necessità di uno standard comune di riconoscimento giuridico della filiazione a prescindere dalle normative nazionali sull'accesso alle tecniche di procreazione, in nome dell'interesse superiore del minore.

The article aims to analyse the French reform on Bioethics which extended access to medical assisted procreation techniques to all women, regardless of their marital status or sexual orientation. After presenting the main contents of the bill, the article highlights some problematical aspects of the reform, essentially concerning discrimination that persists in the recognition of the filiation for children with gay couples. The analysis ends with some considerations on the need for a common standard of legal recognition of filiation regardless of national regulations on access to procreation techniques, in the name of the best interests of the child.

* Maître de conférences en Droit public, Sciences Po Bordeaux. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. Introduzione. L'approvazione della legge e la promessa (tardivamente) mantenuta

Dopo due anni di accesi dibattiti dentro e fuori dall'emiciclo, il Parlamento francese ha approvato la legge che estende l'accesso alla procreazione medicalmente assistita (di seguito PMA¹) a tutte le donne, incluse le donne unite in una coppia omosessuale o le donne non sposate. Sebbene si trattasse di uno degli impegni assunti dall'attuale Presidente Emmanuel Macron durante la campagna elettorale del 2017, la riforma della PMA si è tradotta in legge soltanto lo scorso 2 agosto, a meno di un anno dalla fine della legislatura e del mandato presidenziale.

La "PMA per tutte" ("*PMA pour toutes*") – questo l'appellativo impiegato nel dibattito pubblico e politico per designare la riforma, che riprende il celebre titolo ufficiosamente attribuito ad un'altra grande riforma in tema di uguaglianza e diritti civili, il "*mariage pour tous*", risalente al 2013² – è stata inclusa all'interno della più ampia riforma della legge sulla bioetica³. Definitivamente approvata il 29 giugno dalla sola Camera bassa – l'Assemblea nazionale – dopo il fallimento di ogni tentativo di accordo con il Senato a maggioranza di destra⁴, la legge è stata rimessa al controllo preventivo del Consiglio costituzionale, che si è pronunciato sulla sua conformità alla Costituzione il 29 luglio⁵, e quindi promulgata il 2 agosto. Un primo decreto attuativo è stato pubblicato il 29 settembre ed ulteriori aggiornamenti delle procedure amministrative sono in corso di adozione, affinché possa essere mantenuta la promessa del Governo secondo cui "i primi percorsi di PMA [potranno essere iniziati] entro la fine del 2021"⁶.

Prima della riforma in commento, il ricorso alla PMA era riservato alle sole coppie di persone di

-
- 1 In realtà, la legge impiega l'espressione "assistenza medica alla procreazione", abbreviata nell'acronimo AMP, la quale, seppur sinonima di PMA, è preferita dal punto di vista medico (e etico) in quanto pone l'accento sulla pratica medica dell'assistenza, e non sulla procreazione, che ne è il risultato (peraltro eventuale e non garantito). Tuttavia, ci sembra che l'acronimo PMA sia ancora per il momento più diffuso, in Italia come in Francia, e pertanto più immediatamente comprensibile.
 - 2 Il riferimento è ovviamente alla celebre legge che ha aperto il matrimonio alle coppie di persone dello stesso sesso, la n. 2013-404 del 17 maggio 2013, presentata e fortemente difesa dall'allora Ministra della Giustizia Christiane Taubira sotto la Presidenza socialista di François Hollande.
 - 3 Legge n. 2021-1017 sulla bioetica del 2 agosto 2021. Il progetto di legge era stato presentato dal Governo il 24 luglio 2019. Il dossier legislativo è disponibile all'indirizzo: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043884384>. Sulla pecuniare procedura di adozione della legge, si veda *infra*.
 - 4 Si ricorda che il bicameralismo imperfetto della Quinta Repubblica francese consente che, in caso di disaccordo tra le due assemblee al termine della seconda lettura (o della prima, se il Governo ha attivato la procedura d'urgenza), possa essere riunita una Commissione mista paritaria composta di deputati e senatori incaricata di elaborare un testo di compromesso suscettibile di essere approvato dalle due assemblee. In caso di fallimento di questa procedura, il Governo può dare l'ultima parola all'Assemblea nazionale, nella quale può contare sul sostegno della propria maggioranza per l'approvazione definitiva della legge. Il disaccordo tra le due camere portava in particolare proprio sulle disposizioni concernenti l'allargamento dell'accesso alla PMA e la crioconservazione di gameti senza ragione medica. A seguito del rifiuto da parte del Senato di deliberare sul testo elaborato dalla Commissione mista paritaria, il progetto di legge è stato quindi definitivamente approvato dalla sola Camera bassa il 29 giugno.
 - 5 *Cons. const.* dec. n. 2021-821 DC del 29 luglio 2021.
 - 6 Risposta del ministro della Salute O. Veran alle domande poste in Senato, 13 gennaio 2021, <https://www.publicsenat.fr/article/parlementaire/pma-olivier-veran-espere-lancer-les-premiers-parcours-a-la-fin-de-l-annee-2021>.

nesso diverso - sposate, unite da un PACS⁷ o conviventi in una coppia di fatto - e limitato alle sole ipotesi di sussistenza di problemi di fertilità certificati da un medico ad uno dei membri della coppia ovvero di rischio di trasmissione al nascituro di una malattia grave⁸.

Dal 1994, anno della prima regolamentazione della PMA nell'ordinamento francese, la materia ha conosciuto importanti evoluzioni tecnico-scientifiche e sociali⁹, che hanno infiammato i dibattiti in occasioni delle successive revisioni programmate della legge sulla bioetica, facendo sgretolare progressivamente quel grande consenso politico trans-partisano che aveva accompagnato l'adozione della prima legge del 1994¹⁰. Se alcune modifiche sono state nondimeno adottate, in particolare per andare ad inserire ulteriori divieti e limitazioni¹¹, non si è invece raggiunto il consenso, nel corso degli anni, su nessuna riforma che rispondesse all'evoluzione delle esigenze sociali dettate dal progressivo emergere di nuove forme familiari¹² e dalla conseguente richiesta crescente di accesso all'assistenza medica alla procreazione nell'ambito di un progetto genitoriale monoparentale o omoparentale.

Nonostante un certo indebolimento dell'eteronormatività nel "diritto delle sessualità"¹³, in materia di procreazione assistita vigeva ancora una disparità di trattamento fondata unicamente sull'alterità di sesso tra i genitori (biologico e intenzionale)¹⁴, e ciò sorprendentemente anche dopo l'adozione della legge che aveva introdotto il matrimonio tra persone dello stesso sesso, aprendo contestualmente anche all'adozione piena da parte di tali coppie. Inoltre, il modello tradizionale ed etero-

-
- 7 Il PACS, acronimo di "*Pacte civil de solidarité*", è stato il primo istituto giuridico che ha consentito il riconoscimento legale delle coppie di persone dello stesso sesso da parte dell'ordinamento francese. Istituito con la legge n. 99-944 del 15 novembre 1999 e tuttora in vigore, il Pacs è un contratto - registrato in comune, presso un notaio o in tribunale - sottoscrivibile da due persone di sesso differente o dello stesso sesso per regolare la propria vita in comune secondo una formula intermedia tra il matrimonio e il concubinato (situazione della coppia convivente di fatto). Tra le principali differenze rispetto al matrimonio, si segnalano la possibilità di rottura unilaterale del Pacs e le disposizioni in materia di successione e di filiazione.
- 8 Art. L. 2141-2 del Codice della Salute francese, modificato da ultimo dalla legge sulla bioetica del 2011. La PMA, inizialmente riservata alle sole coppie "in età fertile", sposate o conviventi da almeno 2 anni, era stata introdotta per la prima volta nel 1994, con la legge n. 94-654, per "rimediare all'infertilità il cui carattere patologico sia stato diagnosticato da un medico" oppure "per evitare la trasmissione al figlio di una malattia grave". La disciplina della PMA era stata poi sottoposta a diverse modifiche di disciplina in occasione delle revisioni della legge sulla bioetica che si sono succedute negli anni, da ultimo con la riforma del 2011, che aveva abolito la condizione minima di due anni di convivenza per le coppie di fatto.
- 9 Che avrebbero fatto nascere una vera e propria "cultura della procreazione": M. Iacub, *Penser les droits de la naissance*, PUF, 2002.
- 10 S. Hennette-Vauchez, *Bioéthique, biodroit, biopolitique : politique et politisation du vivant*, in S. Hennette-Vauchez (cur.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique*, LGDJ, 2006, p. 29 ss.
- 11 Ad esempio, il divieto del trasferimento degli embrioni dopo il decesso, la domanda di divorzio o la revoca del consenso di uno dei membri della coppia.
- 12 Sebbene altri modelli familiari esistessero già, lo studio che accompagnava il progetto di legge osservava che negli ultimi decenni, da un lato, sono aumentate le famiglie monoparentali e ricomposte e, dall'altro, hanno acquisito maggiore visibilità e riconoscimento giuridico le famiglie omoparentali e fondate su coppie di persone dello stesso sesso, così che oramai in Francia "circa il 60% delle nascite avviene al di fuori del matrimonio": *Studio di impatto sul progetto di legge bioetica*, 23-07-2019, disponibile all'indirizzo https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b2187_etude-impact.pdf. Si veda altresì I. Théry, A.-M. Leroyer (cur.), *Filiation, origines, parentalité - Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Paris, Odile Jacob, 2014.
- 13 D. Borrillo, *Le droit des sexualités*, PUF, 2009.
- 14 L. Mauger-Vielpeau, J.-M. Larralde, *Les interdits relatifs à la famille homosexuelle*, in A. Betteur (cur.), *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, LGDJ, 2012, p. 222.

normativo della famiglia, fondato sulla "verosimiglianza" tra concepimento "naturale" e concepimento tramite assistenza alla procreazione, si opponeva anche all'allargamento dell'accesso alla PMA alle donne non stabilmente legate ad un uomo.

Sebbene dunque le coppie di persone dello stesso sesso possano adottare congiuntamente un figlio dal 2013, e le persone non coniugate possano (teoricamente)¹⁵ fare altrettanto già dal 1966¹⁶, la possibilità di accesso alla PMA era rimasta riservata alle sole coppie eterosessuali fino alla riforma in commento, in nome di un presunto interesse superiore del minore. Interesse superiore del minore a geometria variabile, che non ostava a che un minore, già nato e versante nella situazione di vulnerabilità e precarietà data dallo stato di adottabilità, potesse essere cresciuto da una persona sola o da due persone dello stesso sesso, ma che invece si opponeva alla possibilità che un figlio potesse venire al mondo in seno ad una famiglia monoparentale o omoparentale.

L'ostacolo normativo non ha tuttavia impedito¹⁷ che numerose coppie di donne e donne single decidessero di ricorrere alla PMA al di fuori dei confini francesi: secondo alcuni studi, sarebbero oltre 2000 le donne che, ogni anno, si recano in Belgio, in Spagna o in altri paesi per avere accesso alla PMA loro preclusa in Francia¹⁸. A queste cifre corrispondono altrettante famiglie che si ritrovano poi potenzialmente confrontate a difficoltà amministrative e burocratiche per poter vedere riconosciuti i propri legami familiari sul territorio francese, con un'evidente limitazione della protezione della loro vita privata e familiare.

Per la sua connotazione "bioetica", la questione dell'allargamento dell'accesso alla PMA suscita interrogativi e riflessioni di varia natura, sotto il profilo medico-scientifico, filosofico, sociologico, politico, giusciviltistico, costituzionale. Scopo del presente contributo è quello di concentrarsi sui profili di diritto costituzionale della riforma, che non possono tuttavia ignorare completamente alcuni degli altri profili, ove richiamati dalle argomentazioni sulla costituzionalità della stessa, in sede istituzionale o dottrinale.

Da questa prospettiva, si intende mostrare che, grazie alla riforma in commento, l'ordinamento

- 15 Nella pratica, le persone sole incontrano molti ostacoli all'adozione. Adito da numerose associazioni che denunciavano discriminazioni nelle procedure di adozione, il Difensore dei diritti, autorità costituzionale indipendente, ha recentemente emesso una decisione (n° 2020-119 del 15 luglio 2020, disponibile all'indirizzo https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=19940) nella quale ha constatato una sola violazione concreta, ma al contempo un sistema radicato di pregiudizi che rendono più complessa la procedura di adozione e sono di ostacolo all'assegnazione di un minore a persone sole considerate idonee. **Sul punto, si veda l'analisi di E. Segonds, S. Benetreau, *Entre pratiques discriminatoires, préjugés et intérêt supérieur de l'enfant : la procédure d'adoption vue par le Défenseur des droits, La Revue des droits de l'homme [Online], Actualités Droits-Libertés*, 29-03-2021.** Sulla differenza di trattamento in funzione dell'orientamento sessuale dell'adottante, poi, si segnalano le celebri sentenze della Corte EDU, *Fretté c. Francia*, n° 36515/97 del 26 febbraio 2002 e *E.B. c. Francia* [GC], n° 43546/02 del 22 gennaio 2008.
- 16 Ai sensi dell'art. 343-1 del Codice civile francese, introdotto dalla legge 66-500 dell'11 luglio 1966, "L'adozione può inoltre essere richiesta da ogni persona di età superiore ai 35 anni. Se l'adottante è sposato e non separato, il consenso del coniuge è necessario". Le persone non coniugate possono quindi accedere all'adozione piena. Ai sensi della legge, le persone che hanno sottoscritto un Pacs sono considerate come non coniugate e possono quindi adottare da sole e non congiuntamente al *partner*.
- 17 Tanto più che al divieto di ricorso alla PMA al di fuori dei casi previsti dalla legge non è correlata alcuna sanzione in caso di violazione, per cui le "uniche" conseguenze legali, non meno pesanti di una sanzione, si traducono negli ostacoli posti al riconoscimento del legame di filiazione, su cui si veda *infra*.
- 18 Parere n. 126 del Comitato consultivo nazionale di etica (CCNE) sulla domanda della società in materia di ricorso all'assistenza medica alla procreazione, 15 giugno 2017, p. 27. Secondo un sondaggio del giornale *La Croix*, il numero sarebbe di oltre 2400. Su queste questioni, si veda anche *infra*, par. 4.

francese potrà offrire una risposta adeguata alle esigenze di tutela della vita privata e familiare di tantissime persone e famiglie, che finora non potevano essere soddisfatte o che potevano esserlo soltanto al prezzo di procedure lunghe, onerose e dall'esito giuridico aleatorio (2). La riforma lascia tuttavia senza risposta qualche interrogativo e ne solleva di nuovi (3), oltre a mantenere accesa l'annosa questione della "mobilità procreativa" (4).

2. Le risposte: l'allargamento dell'accesso alla PMA tra desiderio genitoriale, interesse superiore del minore e tutela della vita familiare

In ragione della sua connotazione "bioetica", la riforma ha fatto l'oggetto di un procedimento particolare, dedicato alle leggi sulla bioetica sin dal 1994¹⁹. Il deposito del disegno di legge all'Assemblea nazionale il 29 luglio 2019 ha perciò costituito il punto di partenza di un lungo *iter* parlamentare, ma altresì il punto di arrivo di un'ampia procedura di concertazione, volta ad approdare ad una sintesi tra le esigenze medico-scientifiche, politico-sociali e giuridiche sollevate²⁰. Una delle questioni maggiormente discusse²¹ è stata proprio l'estensione della PMA a tutte le donne (2.1), accompagnata da altri profili giuridici ad essa collegati, quali le modalità di riconoscimento del legame con la madre intenzionale (2.2) e la possibilità di crioconservazione dei gameti per cause indipendenti da ragioni di salute (2.3).

2.1 L'abolizione di una discriminazione ingiustificata

Sotto il profilo costituzionale, in particolare, la sintesi tra gli interessi costituzionalmente rilevanti in gioco era ricercata sulla questione della disparità di trattamento tra donne in funzione della propria situazione sentimentale o del proprio orientamento sessuale.

Il progetto di legge presentato il 29 luglio 2019 aveva infatti tra i suoi obiettivi quello di mettere fine alla disparità di trattamento tra coppie eterosessuali, coppie omosessuali e donne single nell'accesso all'assistenza medica alla procreazione, conformemente all'impegno assunto dal Presidente Macron che aveva definito tale discriminazione "intollerabile"²² e priva di "giustificazione giuridica"²³. Ed infatti la riforma non solo consente l'accesso alla PMA a tutte le donne, ma precisa altresì che

19 Sin dal 1994 è stato deciso che le leggi sulla bioetica sarebbero state sottoposte a successive revisioni programmate, destinate ad aprirsi con una fase di concertazione che coinvolgesse esperti e cittadini. Tutte le leggi in materia prevedono pertanto una clausola di revisione che prevede la riunione dei cosiddetti "Stati generali della bioetica" entro un dato termine: su tale procedura, si rinvia a S. Hennette-Vauchez, *Dix ans de loi bioéthique*, in S. Hennette-Vauchez (cur.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique*, op.cit., p. 11.

20 Si veda il *Rapport de synthèse du Comité consultatif national d'éthique - Opinions du Comité citoyen* accessibile all'indirizzo <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/184000352.pdf>.

21 *Ibidem*.

22 Messaggio condiviso da Emmanuel Macron sul suo conto *Twitter* ufficiale il 16 febbraio 2017.

23 Punti del programma dettagliati sul sito ufficiale della campagna presidenziale: <https://en-marche.fr/emmanuel-macron/le-programme/familles-et-societe>.

"tale accesso non può fare l'oggetto di alcuna differenza di trattamento, in particolare sulla base dello stato civile o dell'orientamento sessuale dei richiedenti"²⁴.

In realtà, l'esistenza di questa disparità di trattamento è stata a lungo giustificata, quando non addirittura negata. Giustificata, ad esempio, dal Consiglio costituzionale quando, in occasione del controllo di costituzionalità preventivo della legge sul *mariage pour tous*, che consentiva alle coppie coniugate formate da due donne l'accesso all'adozione ma non alla PMA, aveva rigettato le censure fondate sulla violazione del principio di uguaglianza ritenendo 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" e che pertanto "il principio di uguaglianza non si oppone a che il legislatore disciplini in maniera differente situazioni differenti, purché la differenza di trattamento che ne deriva sia coerente con l'obiettivo della legge"²⁵. Prima che ogni riferimento all'infertilità patologica come condizione di accesso alla PMA fosse rimosso, l'obiettivo della legge era in effetti quello di rimediare ad un'impossibilità di procreare senza assistenza medica a causa di una patologia, elemento non necessariamente presente all'interno di una coppia composta da due donne.

Un'analoga posizione era stata assunta dal Consiglio di Stato, che per questo motivo aveva ritenuto di non dover rimettere al Consiglio costituzionale una questione prioritaria di costituzionalità che portava sulle disposizioni che escludevano le coppie di persone dello stesso dall'accesso alla PMA²⁶. Posizione mantenuta dal Consiglio di Stato anche in sede consultiva quando, nel parere emesso sul disegno di legge presentato dal Governo nel 2018, ha affermato che l'apertura dell'accesso alla PMA a tutte le donne, e non condizionata all'alterità sessuale della coppia e all'esistenza di patologie, fosse possibile ma non costituzionalmente obbligata sulla base del principio di uguaglianza²⁷. Secondo i consiglieri di Stato, infatti, la questione della disparità di trattamento si pone unicamente in relazione all'accesso ad un diritto, non configurabile nella fattispecie per l'inesistenza di un "diritto al figlio", giuridicamente inammissibile dal momento che un figlio è un "soggetto di diritto e che non potrebbe essere considerato oggetto del diritto di un terzo"²⁸.

La prospettiva della disparità di trattamento nell'accesso alla PMA è stata così spesso offuscata e negata da una rappresentazione del dibattito sull'accesso alla PMA in termini di contrapposizione tra "diritto al figlio" e "diritti del figlio"²⁹, nella quale ovviamente questi ultimi debbono considerarsi

24 Codice della Salute pubblica, art. L. 2141-2, co. 2.

25 *Cons. const.* dec. n. 2013-669 DC del 17 maggio 2013, par. 44.

26 *Conseil d'État*, dec. n. 421899 del 28-09-2018.

27 *Conseil d'État*, Parere dell'assemblea generale delle sezioni consultive sul progetto di legge sulla bioetica, accessibile all'indirizzo <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes/revision-de-la-loi-de-bioethique-quelles-options-pour-demain>, p. 15.

28 *Ibidem*, p. 50.

29 In questo senso, si veda per tutti il Rapporto a cura di C. Brunetti-Pons, *Le droit à l'enfant et la filiation en France et dans le monde*, Lexis-Nexis, 2018, redatto al termine di uno dei progetti di ricerca collettivi finanziati dalla Missione Diritto e giustizia sotto l'egida del Ministero della giustizia francese et del CNRS. Secondo tale rapporto, "l'espressione 'diritto al figlio' si riferisce ad una rivendicazione che riguarda innanzitutto i casi nei quali 'l'offerta di un figlio' risponde ad una 'domanda' che non è volta a rimediare ad un'infertilità patologica e, più in generale, una 'domanda' emessa da persone che non soddisfano le condizioni legali per accedere all'AMP: quella delle persone sole, delle coppie di persone dello stesso sesso, delle coppie di persone troppo anziane": p. 23. Gli autori non spiegano tuttavia perché si tratterebbe in tal caso di una rivendicazione di un "diritto al figlio", che non sussisterebbe invece negli altri casi di accesso alla PMA previsti dalla legge, né spiega se, di conseguenza, una volta allargato l'accesso alla PMA anche a tali coppie, venga meno la tanto criticata pretesa del diritto al figlio. Accomunando poi, sotto la comune etichetta di "teorie del genere", le rivendicazioni legate al riconoscimento dell'identità di genere e quelle legate ai diritti riproduttivi, gli autori spiegano che "in definitiva, tutte queste

prevalenti.

Si tratta in realtà di una presentazione artificiosa, volta a contrastare sul nascere la legittimità di ogni rivendicazione di parità nell'accesso alle tecniche che la scienza mette a disposizione per agevolare il concepimento e, quindi, la realizzazione di un progetto genitoriale. Se, infatti, chi scrive condivide l'argomento secondo cui il riconoscimento di un "diritto al figlio" non sia concepibile, esso in realtà non sembra nemmeno essere rivendicato da chi richiede l'accesso alla PMA, che richiede invero la possibilità di usufruire di tecniche mediche esistenti ed accessibili ad altri per tentare di agevolare il concepimento di un figlio. Ciò che rileva e che va a configurarsi in diversi ordinamenti³⁰ non è quindi il riconoscimento di un diritto al figlio, né di un diritto di diventare genitore, ma il diritto ad un progetto parentale, ad una libertà sulle scelte procreative quale parte integrante della libertà di autodeterminazione³¹, che costituisce la trasposizione giuridica del riconoscimento del "desiderio" (e non diritto³²) di diventare genitori.

Sotto questo profilo, allora, si pone sicuramente la questione del rispetto del principio di uguaglianza nella disparità di trattamento tra donne, laddove l'ordinamento consenta a talune di accedere ad una procedura medica di assistenza alla procreazione che è invece preclusa ad altre³³. Anche qualora si ammetta che sussistono differenze di situazione tali da giustificare una disparità di trattamento, questa dovrebbe essere fondata su un interesse generale che la giustifichi. Chi si opponeva all'allargamento della PMA a tutte le donne – e, in particolare, alle donne sposate o conviventi con altre donne – invocava l'interesse del minore a fondamento della disparità di trattamento. Nonostante il diritto francese, in linea con la giurisprudenza europea, riconosca che le coppie di persone dello stesso sesso non possono essere ritenute inidonee a crescere un figlio e che pertanto il *best interest of the child* non si opponga, in principio, all'adozione o al riconoscimento del legame di filiazione con due genitori dello stesso sesso, un'obiezione persisteva di fronte alla possibilità che tali coppie possano non solo essere legalmente riconosciute come genitrici di un bambino già nato, ma anche di un bambino che ancora deve nascere. Il Consiglio di Stato, nel parere citato, ha sostenuto a questo proposito che l'accesso all'adozione deve essere distinto dall'accesso alla PMA in quanto, nel primo caso, si tratta di "accogliere un figlio già nato, orfano o i cui genitori non sono in grado di crescerlo a causa di un caso della vita". Le procedure di adozione – prosegue il parere – prevedono inoltre dei controlli di na-

rivendicazioni convergono verso un mondo nel quale gli adulti sono degli individui asessuati e i figli sono fabbricati": p. 302. Il rapporto è accessibile all'indirizzo <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/06/GIP-rapport-final-Le-droit-%C3%A0-lenfant-juin-2017.pdf>.

- 30 Per quanto riguarda l'ordinamento francese e quello della CEDU, si veda S. Hennette-Vaucher, D. Roman, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Dalloz, 2020, p. 534 ss.
- 31 Così come affermato anche dalla Corte costituzionale italiana, per la quale "la scelta di tale coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, [...] riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare": Corte cost. n. 162/2014, par. 6 Cons. in diritto.
- 32 La nascita del figlio non è d'altronde mai garantita, come talune narrazioni sulla presunta "mercificazione" dell'accesso alla procreazione vorrebbero talvolta far credere, bensì è un risultato non sempre facile da raggiungere, al costo di procedimenti fisicamente e psicologicamente impegnativi. Per una testimonianza di tali percorsi, uscendo dalla saggistica scientifica per addentrarsi nella narrativa, si consiglia E. Mazzoni, *Le difettose*, Einaudi, 2012.
- 33 D'altronde l'esistenza di una disparità di trattamento era già stata riconosciuta, in Francia, in occasione della riforma del 2011, quando la condizione della durata minima di due anni di vita comune era stata soppressa proprio in nome della volontà di garantire un'uguaglianza di trattamento alle coppie (di persone di sesso differente) a prescindere dalla natura e dalla durata della loro relazione: si veda la relazione di accompagnamento del progetto di legge sulla bioetica del 2011, e in particolare la spiegazione sull'art. 20.

tura amministrativa e giudiziaria volti ad assicurare "che il progetto genitoriale sia conforme all'interesse del minore", controlli che "non esistono, se non in maniera residuale, nella procedura della PMA"³⁴. Insomma, secondo tale ragionamento, solo le coppie eterosessuali potrebbero beneficiare di una presunzione di idoneità a diventare genitori mediante PMA, mentre per le donne sole o le coppie di donne tale idoneità dovrebbe essere valutata in concreto attraverso lunghe procedure amministrative e giudiziarie, non potendo bastare la procedura di valutazione medica prevista all'uopo dalla legislazione sulla PMA.

Quest'obiezione, così argomentata, sembra in realtà figlia di posizioni ideologiche più che giuridiche. In tal senso, è stato osservato che, non potendosi (più) ammettere la non idoneità delle coppie di persone dello stesso sesso a crescere un figlio, viene trasferito sui possibili effetti sul minore quel "disprezzo" non giuridicamente giustificabile nei confronti delle coppie³⁵. Senza voler riassumere qui i risultati di decenni di studi scientifici – il che sconfinerebbe al di fuori sia delle competenze di chi scrive che dell'oggetto del presente contributo – ci si limita a riassumere i principali elementi scientifici richiamati a supporto di argomenti giuridici nel dibattito politico e dottrinale. L'obiezione più frequentemente invocata contro l'allargamento dell'accesso alla PMA è fondata sui possibili rischi per il minore dovuti alla crescita con un solo genitore, o "senza un padre e una madre"³⁶, rischi legati dunque anche all'adozione e che non sarebbero specifici alla PMA³⁷. D'altronde, anche rispetto a questi presunti rischi, come richiamato nel rapporto della missione di informazione costituita all'Assemblea nazionale, in oltre quarant'anni di studi sul tema, "nessun elemento probatorio è mai stato apportato a sostegno della tesi che paventa il rischio di un figlio disturbato, infelice o limitato nello sviluppo per il fatto di crescere in un quadro familiare non convenzionale" e che pertanto "chiunque si avvalga di una riflessione scientifica dovrebbe convenire, in tutta onestà, che allo stato attuale delle conoscenze l'interesse del minore non è minacciato"³⁸.

L'altro argomento spesso invocato, poi, è il timore che l'allargamento dell'accesso alla PMA agevoli la via per la legalizzazione della GPA, per una sorta di "effetto domino"³⁹. Si tratta, in realtà, di un argomento politico più che giuridico, perché l'estensione dell'ambito di applicazione della PMA

- 34 *Conseil d'État*, Parere, cit. In realtà, l'art. L. 2141-10 del Codice della Salute prevede la tenuta di colloqui tra il personale medico e la coppia che intende intraprendere il percorso di PMA con l'obiettivo, da un lato, di fornire le informazioni generali sull'assistenza medica alla procreazione e, dall'altro, di verificare la motivazione della coppia, con la possibilità di differire il progetto di PMA se il personale medico ritiene che "un periodo di riflessione complementare è necessario ai richiedenti nell'interesse del nascituro".
- 35 M.-X. Catto, *Retour sur les trois rapports de recherche*, in M.-X. Catto, K. Martin-Chenut (a cura di), *Procréation assistée et filiation. AMP et GPA au prisme du droit, des sciences sociales et de la philosophie*, Mare&Martin, 2019, p. 122. L'autrice cita un articolo del quotidiano on line Mediapart secondo il quale "Assistiamo in realtà a uno spostamento sulle coppie omosessuali e le famiglie omoparentali di quella patologizzazione che colpiva in passato le persone dette 'deviate' "(*On assiste au retour du refoulé homophobe*, Mediapart, 14 dicembre 2012). In sintesi, prosegue l'autrice, "non si dice più che gli omosessuali sono dei pervertiti, ma li si accusa di provocare nei loro figli le patologie psicologiche che non si osa più imputare loro direttamente", p. 122.
- 36 C. Brunetti-Pons, *Le droit à l'enfant et la filiation en France et dans le monde*, op.cit., p. "des études révélant la surmorbidity des enfants élevés par une personne seule ou dans des situations atypiques", p. 32 e 310.
- 37 C. Brunetti-Pons, *Le droit à l'enfant et la filiation en France et dans le monde*, op.cit., p. 310 et 331. Più ampia è invece la letteratura citata sui rischi legati alla GPA, sulla quale non ci attarderemo in questa sede.
- 38 *Mission d'information de la Conférence des présidents sur la révision de la loi relative à la bioéthique*, https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/bioethique/l15b1572_rapport-information p. 42.
- 39 Si veda ad esempio il dibattito riportato su <https://www.franceculture.fr/emissions/du-grain-moudre/pma-pour-toutes-gpa-pour-tous>.

non può avere alcuna conseguenza giuridica sulla regolamentazione di una pratica differente come quella della GPA. Per quanto ciò non fosse pertanto necessario, e con il solo obiettivo di privare del loro oggetto le critiche in tal senso, il divieto esplicito di ricorso alla GPA in Francia, già previsto all'interno del Codice civile⁴⁰, è stato tuttavia ribadito all'interno del progetto di legge nel corso della discussione parlamentare.

Al termine dei lavori parlamentari, il progetto di legge proposto dal Governo e approvato dal Parlamento ha così disposto - in sintonia con le conclusioni e raccomandazioni del Comitato consultativo nazionale d'etica⁴¹, della Commissione nazionale consultativa dei diritti dell'uomo⁴² e del Difensore dei diritti⁴³ - la soppressione di ogni differenza di trattamento tra donne sulla base della loro situazione matrimoniale⁴⁴ o del loro orientamento sessuale, nonché la soppressione della condizione di sussistenza di un'infertilità patologica o di una malattia geneticamente trasmissibile.

Il nuovo quadro normativo permetterà quattro tentativi di fecondazione in vitro e sei inseminazioni artificiali rimborsati dal sistema sanitario. Sono rimaste invece vietate la PMA *post-mortem* (mediante l'uso dei gameti del coniuge deceduto) e il dono di ovociti all'interno di una coppia di donne, con l'obiettivo di fare portare avanti all'una la gravidanza di ovuli fecondati dell'altra, permettendo così alla madre intenzionale non partoriente di avere altresì un legame biologico col nascituro. All'interno di una coppia di donne, pertanto, l'unica possibilità ammessa è quella che consente ad una delle donne di portare avanti una gravidanza (con i propri ovuli o con ovuli ricevuti in dono) e di essere pertanto la "madre partoriente", e all'altra di essere madre intenzionale, il che ha richiesto un adeguamento delle disposizioni sul riconoscimento legale del legame di filiazione.

2.2 Le modalità di riconoscimento del legame con la madre intenzionale

Per consentire il riconoscimento della genitorialità intenzionale dal momento della nascita del figlio concepito tramite PMA, diverse opzioni si aprivano al legislatore⁴⁵. In particolare, si sarebbe potuto applicare il principio di presunzione di maternità applicato alle coppie eterosessuali, secondo il quale, se la coppia che effettua la PMA è sposata, genitore intenzionale del figlio concepito tramite PMA è il coniuge della partoriente mentre, se non si tratta di coppia sposata, il genitore è la persona che ha ac-

40 Articolo 16-7 del Codice civile, introdotto dalla legge sulla bioetica del 1994.

41 Si veda il *Rapport de synthèse du Comité consultatif national d'éthique - Opinions du Comité citoyen*, accessibile all'indirizzo <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/184000352.pdf> e il parere n. 126 dello stesso CCNE sulla domanda della società in materia di ricorso all'assistenza medica alla procreazione, cit.

42 *Avis relatif à l'assistance médicale à la procréation*, 20-11-2018, p. 13.

43 Parere n. 15-18 del 3-07-2015.

44 Sulla nozione di "donne non sposate", da preferire a "donne sole o single", si veda il parere del Consiglio di Stato sul progetto di legge, cit., che precisa che la possibilità per una donna di portare avanti da sola un progetto di PMA doveva essere esclusa alle donne sposate, per evitare di imporne gli effetti automatici mediante presunzione della paternità al coniuge che non vi ha preso parte. Tale scelta, d'altronde, consente l'accesso alla PMA non solo alle donne non legate stabilmente in alcuna convivenza, ma anche alle donne che, pur essendo legate in una relazione di fatto o in un'unione civile, desiderino portare avanti da sole una PMA, diventando il solo genitore legale del figlio: così spiega il Rapporto del Senato, n° 237, 8-01-2020, p. 28.

45 Si vedano le opzioni vagliate nello *Studio di impatto sul progetto di legge bioetica*, cit., p. 180 ss.

consentito alla PMA nel quadro di un progetto genitoriale comune⁴⁶.

La soluzione scelta è stata invece quella di permettere alla donna che non ha portato avanti la gravidanza di effettuare un riconoscimento anticipato davanti ad un notaio⁴⁷. A seguito di tale riconoscimento, il doppio legame di filiazione, con la madre partoriente e la madre intenzionale, sarà stabilito nell'atto di nascita.

La legge precisa, inoltre, che le coppie di donne che hanno avuto ricorso alla PMA all'estero prima dell'entrata in vigore della riforma potranno procedere ad un riconoscimento congiunto per vedere stabilita la doppia filiazione entro il termine di tre anni⁴⁸. Questa soluzione mette così fine all'insicurezza giuridica che ha caratterizzato per tanti anni le situazioni familiari delle famiglie omoparentali che, dopo aver avuto ricorso alla PMA all'estero (o talvolta anche in Francia, mediante canali non ufficiali e legali⁴⁹), penavano a veder riconosciuto il legame di filiazione con la madre intenzionale. Tale riconoscimento, un tempo vietato, ha infatti fatto l'oggetto di un'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha portato ad estenderlo alle coppie di donne sposate.

Dal 2013, in virtù della legge sul *mariage pour tous* che ha contestualmente esteso l'adozione piena alle coppie di persone dello stesso sesso unite in matrimonio, la madre intenzionale può legalmente adottare il figlio della coniuge. La Corte di cassazione si è espressa nel 2014, ritenendo che "il ricorso all'assistenza medica alla procreazione, nella forma di un'inseminazione artificiale con donatore anonimo praticata all'estero, non è di ostacolo alla pronuncia dell'adozione da parte della coniuge del figlio nato da tale procreazione, purché sussistano le condizioni legali per l'adozione e che questa sia conforme all'interesse del minore"⁵⁰. Dal momento che la sussistenza del legame matrimoniale è una condizione per l'esercizio congiunto della piena autorità genitoriale tramite adozione, tale soluzione rimaneva preclusa alle coppie di donne non sposate⁵¹. Delle vie alternative sono state cercate, come la domanda di riconoscimento della filiazione per possesso di stato, ma la Cassazione ha rigettato tale soluzione⁵².

La situazione pre-riforma non sollevava quindi soltanto una questione di disparità di trattamento tra donne davanti al diritto di intraprendere il proprio progetto genitoriale, ma anche e soprattutto una discriminazione tra minori nati mediante PMA, a seconda della situazione civile e dell'orientamento sessuale dei propri genitori. Si perpetrava così quell'odiosa disparità di trattamento, constatata anche nell'ordinamento italiano e cui la Corte costituzionale non ha saputo porre efficacemente rimedio⁵³, tra figli nati da PMA ai quali è dato di avere legalmente due genitori e "figli di un

46 In proposito, lo studio di impatto, dopo aver illustrato le soluzioni adottate dai vari ordinamenti esaminati, osserva che solo il Belgio applica tale criterio: *Studio di impatto*, cit. p. 185.

47 Art. 342-11 del Codice civile, introdotto dall'art. 6 della legge di riforma sulla bioetica n. 2021-1017 cit.

48 Art. 6 della legge di riforma sulla bioetica n. 2021-1017 del 2 agosto 2021.

49 Lo studio sull'impatto della riforma allegato al progetto di legge dà atto del fatto che alcune banche dello sperma private situate all'estero affermano di inviare regolarmente in Francia dei campioni forniti da donatori, destinati a dei privati o anche talvolta a delle strutture mediche che agirebbero in violazione della legge: *Studio di impatto sul progetto di legge bioetica*, cit., p. 36-37.

50 *Cour de cassation*, pareri del 22-09-2014.

51 *Studio di impatto sul progetto di legge bioetica*, cit., p. 182.

52 *Cour de cassation, 1ère Chambre civile*, parere n. 17-70.039 del 7-03-2018.

53 Il riferimento è ovviamente a Corte cost. n. 230/2020 e soprattutto a Corte cost. n. 32/2021, nella quale la Corte, pur avendo constatato che "i nati a seguito di PMA eterologa praticata da due donne versano in una condizione peggiore rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo" e che "un intervento [del legislatore] è impellente", si limita a rivolgere un monito al legislatore, ritenendo "di

dio minore"⁵⁴, cui questo diritto non veniva riconosciuto a causa dell'orientamento sessuale e della situazione matrimoniale dei propri genitori.

Sotto questo profilo, la legge dà così finalmente una risposta ad esigenze di tutela di diritti fondamentali che finora potevano essere soddisfatte solo nelle aule giudiziarie, con il giudice posto "nell'imbarazzo di dover reinterrogare il legame di filiazione tra un figlio nato mediante PMA e i suoi genitori"⁵⁵. La filiazione stabilita nell'atto di nascita a seguito del preiconoscimento davanti al notaio avrà infatti la stessa portata e gli stessi effetti della filiazione naturale. Tuttavia, se gli effetti sono gli stessi, la stessa identità non sussiste quanto alle modalità di riconoscimento, il che lascia sopravvivere un profilo di disparità di trattamento sul quale torneremo a breve.

2.3 L'allargamento della possibilità di crioconservazione dei gameti

L'allargamento della PMA a tutte le donne, accompagnato dalla correlata abolizione del riscontro di un'infertilità patologica quale condizione di accesso, ha fatto crollare un altro divieto: quello relativo alla conservazione dei propri ovociti per ragioni diverse da imperativi medici quali una malattia, una terapia o un intervento chirurgico che rischiano di compromettere la fertilità della donna.

Ammettere che il ricorso alla PMA rientra nella libertà di scelta sulle modalità di procreazione davanti a circostanze di varia natura, che possono essere di ostacolo alla procreazione naturale, ha infatti portato a riconoscere altresì la possibilità di prevedere anticipatamente un rimedio a tali difficoltà, mediante la conservazione di gameti⁵⁶.

Si tratta ovviamente di una scelta dall'elevata connotazione etica e politica, che di fatti non aveva fatto l'oggetto di consenso in seno agli Stati generali della bioetica. Al legittimo desiderio di diventare genitori e al correlato diritto alla tutela del proprio progetto genitoriale, hanno potuto essere opposti argomenti legati alla salvaguardia della dignità umana rilevante in ogni tipo di trattamento di materiale biologico umano o argomenti in favore dell'utilità della decrescita demografica e contro il mito della procreazione ad ogni costo. Senza addentrarci oltre nell'analisi dei possibili interessi in conflitto con tale scelta normativa, che peraltro non ha fatto l'oggetto di alcuna contestazione dinanzi al Consiglio costituzionale, ci si limiterà ad osservare che la scelta ci pare coerente con quell'idea di riconoscimento non del diritto ad un figlio, a qualunque costo e a qualunque età, ma con la garanzia del diritto ad un progetto genitoriale, diritto sempre più minacciato nella società attuale da fattori sociologici e biologici che portano a ritardare l'età media della procreazione e ad aumentare le necessità di ricorso

non poter ora porre rimedio", poiché spetta al legislatore "individuare, come già auspicato in passato, un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti".

⁵⁴ Così M. Picchi, "Figli di un dio minore": quando lo status filiationis dipende da luogo di nascita (Brevi riflessioni sulla sentenza n. 230 del 2020), *Forum di Quaderni Costituzionali*, n.1, 2021, a commento della decisione della Corte costituzionale italiana n. 230 del 2020. Il bilancio odierno non è molto più rassicurante, nonostante il forte monito formulato dalla Corte costituzionale nella più recente sentenza n. 32/2021; monito che non è però stato accompagnato da meccanismi decisionali più efficaci per garantire l'esecuzione della sentenza da parte del Legislatore. Sul punto, si vedano anche le considerazioni sulle conseguenze della "mobilità procreativa", *infra* par. 4.

⁵⁵ M.X. Catto, *Avant-propos*, in M.-X. Catto, K. Martin-Chenut (a cura di), *Procréation assistée et filiation*, *op.cit.*, p. 12 e M. Gross, *L'embaras des magistrats français entre l'intérêt de l'enfant et l'ordre public*, *ibidem*, p. 143.

⁵⁶ La nozione comprende qui sia ovociti che spermatozoi, poiché tale possibilità è accordata sia alle donne che agli uomini che desiderino conservare i propri gameti in vista di un'eventuale PMA.

ad una PMA⁵⁷. La possibilità di crioconservazione dei gameti consente di ridurre, in caso di successivo ricorso alla PMA, i disagi e gli ostacoli dovuti alla difficoltà di produzione degli stessi. La legge, tuttavia, in merito al diritto d'accesso alla gratuità delle cure, distingue le procedure di PMA finora analizzate da tale procedura, che è propedeutica ad una PMA eventuale e mira perciò a rimediare a difficoltà non ancora concrete di procreazione: pertanto, mentre l'atto medico di prelievo dei gameti è preso in carico dal servizio sanitario, i costi della conservazione sono a carico del paziente.

3. Alcuni profili problematici della riforma

3.1 L'irragionevole disparità di trattamento quanto al riconoscimento della maternità intenzionale

Come accennato, le modalità di riconoscimento della genitorialità intenzionale non sono le stesse per coppie eterosessuali o omosessuali. Nel caso di PMA portata avanti da una coppia composta da una donna e un uomo, quest'ultimo beneficia della presunzione di paternità se è sposato con la partorientente, oppure, se i due non sono sposati, beneficia del riconoscimento della paternità alla nascita per semplice dichiarazione, senza bisogno di alcun prericonoscimento dinanzi ad un notaio⁵⁸. Nel caso in cui, invece, la PMA sia portata avanti da una coppia di donne, una previa dichiarazione di riconoscimento dinanzi ad un notaio è richiesta affinché sia stabilita la doppia filiazione e la madre intenzionale possa essere iscritta nell'atto di nascita.

Come denunciato da diverse associazioni e contestato in sede di controllo di costituzionalità preventivo⁵⁹, ciò costituisce una violazione del principio di uguaglianza ed un'ingiustificata limitazione del diritto alla tutela della vita familiare nei confronti della madre intenzionale, che non può beneficiare della presunzione di maternità alla nascita né del riconoscimento davanti all'ufficiale di stato civile al momento della nascita o in qualunque momento successivo, com'è invece consentito al padre intenzionale⁶⁰. Tale violazione, inoltre, colpisce ovviamente anche gli altri membri della famiglia e in particolare il figlio, il cui riconoscimento di un legame di doppia filiazione è sottoposto ad un ostacolo

57 Nel 2018, circa 1 nato su 30 in Francia è stato concepito mediante PMA (Fonte: INED, *Population et Sociétés*, juin 2018, n° 556). Dati analoghi sono riportati in S. Hennette-Vauchez, D. Roman, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, op.cit., che parlano di 25 000 nascite all'anno, pari a circa il 3% delle nascite complessive sul territorio francese.

58 Una dichiarazione dinanzi al notaio è tuttavia necessaria in caso di fecondazione eterologa, per esprimere il consenso alla ricezione di gameti o embrioni donati da donatori anonimi. Anche in questo caso, tuttavia, alcuna dichiarazione di prericonoscimento del nascituro è richiesta da parte del padre intenzionale.

59 La contestazione di tale profilo di incostituzionalità è stata fatta mediante il deposito di un "contributo esterno" redatto da un gruppo di universitarie. Si tratta di osservazioni sulla costituzionalità di una legge, denominate anche "portes étroites" (porte strette) inviate in via informale al Consiglio costituzionale nell'ambito della procedura di controllo preventivo, che non prevede formalmente il deposito di osservazioni da parte di terzi o *amicus curiae*. Le osservazioni, benché non ufficialmente parte della procedura, sono tuttavia pubblicate dal *Conseil constitutionnel*: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2021821dc/2021821dc_contributions.pdf.

60 Anche la *Commission nationale consultative des droits de l'homme* auspicava l'adozione dello stesso regime giuridico applicato alle coppie composte da una donna e un uomo, in quanto si sarebbe trattato della soluzione più egalitaria e meno discriminante: *Avis relatif à l'assistance médicale à la procréation*, cit., p.13.

amministrativo, il cui espletamento è per di più oneroso, che non è invece imposto ai nati in seno ad una coppia composta da un uomo e una donna. È pur vero che, da un punto di vista pratico, tale dichiarazione davanti al notaio non si traduce necessariamente in un allungamento delle procedure amministrative, in quanto essa può essere fatta contestualmente alla dichiarazione di consenso alla ricezione dei gameti o degli embrioni, che deve essere espressa dinanzi ad un notaio in tutti i casi di PMA eterologa, che si tratti di coppie di donne, di coppie composte da una donna ed un uomo o di donne sole⁶¹. Tuttavia, da un punto di vista simbolico (e finanziario) si tratta comunque di una condizione supplementare imposta alle sole coppie di donne senza, a parere di chi scrive, alcun fondamento che giustifichi la disparità di trattamento.

Sebbene tale soluzione sia stata scartata in sede di approvazione della legge, sarebbe pertanto auspicabile una modifica delle norme in materia di riconoscimento del genitore intenzionale, che vada ad equiparare le coppie di donne alle coppie composte da un uomo e una donna, estendendo alle prime la regola della presunzione di filiazione (non più soltanto "presunzione di paternità"), seguendo il "modello belga"⁶².

3.2 La marcia indietro sul riconoscimento dei figli nati da GPA

La legge contiene altresì una disposizione sul riconoscimento della filiazione dei nati da GPA all'estero che, andando a modificare l'articolo 47 del Codice civile in materia di trascrizione degli atti civili prodotti all'estero, prevede che la veridicità del contenuto di un atto di stato civile straniero, condizione per la sua trascrizione, "sarà valutata secondo la legislazione francese"⁶³.

Tale disposizione, introdotta per via di emendamento e passata piuttosto in sordina nel dibattito pubblico, ha per obiettivo di mettere fine al più recente orientamento giurisprudenziale che, a seguito di una lunga evoluzione alimentata altresì da un dialogo con la Corte europea dei diritti dell'uomo⁶⁴, aveva consentito la trascrizione integrale dell'atto di nascita estero con l'indicazione di entrambi i genitori, biologico e intenzionale⁶⁵.

Se dapprima la trascrizione integrale sembrava dover costituire, conformemente al parere reso

61 Art. L. 2141-10 del Codice della salute pubblica e art. 342-10 del Codice civile, come modificati dall'art. 6 della legge sulla bioetica.

62 Il modello belga è stato preso in considerazione, ma in definitiva escluso, nello *Studio di impatto*, cit. p. 185. Sull'ordinamento belga, v. A.M. Lecis Cocco Ortu, *La "presunzione di maternità" presto in vigore in Belgio*, *Articolo29*, 22-12-2014.

63 L'articolo 47 del Codice civile dispone che un atto di stato civile redatto all'estero "fa fede, salvo ove emerga [...] che tale atto è irregolare, falsificato o che i fatti ivi dichiarati non corrispondono alla realtà. *Questa sarà valutata conformemente alla legislazione francese*" (in corsivo la modifica apportata dall'art. 7 della legge sulla bioetica del 2 agosto 2021).

64 Si richiamano in particolare le sentenze Corte Edu, *Mennesson c. Francia*, n. 65192/11 e *Labassee c. Francia*, n. 65941/11, entrambe del 26 giugno 2014; Corte Edu, *Laborie c. Francia*, 17 gennaio 2017 e, da ultimo, Corte EDU *Parere consultivo relativo al riconoscimento in diritto interno del legame di filiazione tra un figlio nato da una gestazione per altri praticata all'estero e la madre intenzionale*, 10 aprile 2019. Sul punto, sia consentito rinviare al nostro contributo *L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU: Riflessioni a partire dal primo parere consultivo della Corte Edu su GPA e trascrizioni*, su *Questa rivista*, n. 1/2019, p. 68.

65 Si vedano in particolare *Cour de cass. Civ. 1re*, n° 1111 del 18-12-2019, *Cour de cass. Civ. 1re*, 18-11-2020 e il commento di L. Gareil-Sutter, *GPA et transcription de l'acte de naissance de l'enfant : la Cour de cassation persiste et signe*, *Dalloz actualité*, 3-12-2020.

dalla Corte Edu⁶⁶, l'alternativa all'adozione nei casi in cui quest'ultima si rivelava impossibile o comunque difficoltosa, le più recenti pronunce di sezione della Corte di cassazione avevano fatto della trascrizione integrale la regola. Tale orientamento si fondava su un'interpretazione della "veridicità dei fatti indicati nell'atto civile estero" valutata non secondo la verità fattuale o secondo la legislazione francese, bensì secondo la legge estera del paese nel quale l'atto è stato legalmente prodotto⁶⁷. Pertanto, anche in caso di non conformità alla veridicità *fattuale*, il contenuto dell'atto poteva essere considerato veritiero, e pertanto integralmente trascrivibile, ove conforme alle regole dell'ordinamento nel quale era stato prodotto in merito all'indicazione di entrambe le madri, partorienti e intenzionale.

Il riferimento alla necessità di valutare la veridicità dell'atto "secondo la legge francese" inserito all'articolo 47 del Codice civile è quindi volto a impedire, in sede di trascrizione, l'indicazione del genitore intenzionale che non abbia un legame biologico col figlio, con la conseguenza che il legame di filiazione con quest'ultimo non possa essere riconosciuto che tramite la via dell'adozione, con tutti i problemi che ciò comporta per la tutela della vita familiare di genitori e figlio e soprattutto del diritto del minore ad un'identità anagrafica. La futura prassi potrà dirci se tale disposizione lascerà comunque un margine per la trascrizione integrale degli atti di nascita, secondo un'interpretazione convenzionalmente orientata conforme alla piena tutela dell'interesse superiore del minore⁶⁸.

3.3 La possibilità di accesso all'identità del donatore e i suoi possibili effetti sulla disponibilità di gameti per la PMA eterologa

Un altro aspetto della riforma degno di considerazione è la possibilità per i nati da PMA eterologa con donatore anonimo di poter accedere, alla maggior età, all'identità anagrafica del donatore⁶⁹.

A tale disposizione, che solleva molteplici profili degni di un'analisi più approfondita quanto al bilanciamento degli interessi costituzionali in conflitto, saranno tuttavia dedicate poche righe, al solo scopo di porre l'accento su alcuni interrogativi in merito agli ostacoli che tale innovazione può opporre all'accesso alla PMA. È stato infatti osservato che l'obbligo per i donatori di prestare il consenso alla comunicazione, seppur solo eventuale, dei propri dati anagrafici, è destinato ad avere un effetto dissuasivo, che rischia di compromettere l'effettività dell'accesso alla PMA, già messa sotto tensione dall'estensione della platea delle aspiranti beneficiarie⁷⁰. Considerando che gli stock di gameti maschi-

⁶⁶ Corte Edu, *Parere*, cit.

⁶⁷ *Cour de cass. Civ. 1re*, 18-11-2020.

⁶⁸ A supporto di tale soluzione, si rinvia alle considerazioni già avanzate in merito al parere della Corte Edu che, seppur dispone un obbligo di risultato (il riconoscimento del legame di filiazione con il genitore intenzionale) lasciando agli Stati un margine di apprezzamento quanto alle modalità di esecuzione, impone un limite a tale margine nella necessità di garantire "che ci sia un meccanismo effettivo che permetta, secondo la valutazione delle circostanze del caso, il riconoscimento del legame tra figlio e madre intenzionale al più tardi dal momento in cui esso si è concretizzato" in modo da "evitare che il minore sia mantenuto a lungo in una situazione di incertezza giuridica quanto al legame [di filiazione]" (Corte Edu, *Parere cit.*, par. 52 e 54). Pertanto, la trascrizione integrale ci sembra l'unica soluzione efficace, salvo nei casi in cui essa possa risultare, in concreto, pregiudizievole per l'interesse del minore (si rinvia a *L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU*, op. cit., sul punto p. 76 ss.).

⁶⁹ Art. 3 della legge sulla bioetica del 2 agosto 2021. In realtà, i nati da PMA potranno chiedere di accedere all'identità del donatore ovvero a "dati non identificativi" (quali l'età, le caratteristiche fisiche, etc.). La disposizione precisa che l'accesso a tali informazioni non può condurre ad alcun riconoscimento del legame di filiazione.

⁷⁰ In proposito, il Consiglio di Stato, nel suo Rapporto sul progetto di legge già citato, aveva osservato che l'allargamento

li soddisfano a pena la domanda attuale, l'aumento della domanda, sommato agli eventuali effetti della possibile soppressione dell'anonimato dei donatori, rischia di prolungare i tempi di attesa ben al di là dei 12 mesi attuali⁷¹.

Il rischio di difficoltà nell'accesso concreto all'assistenza medica alla procreazione, malgrado il dato normativo, mantiene quindi viva l'annosa questione dell'attraversamento dei confini nazionali, per poter accedere altrove a procedimenti di assistenza alla procreazione indisponibili nel proprio paese di residenza.

4. Il nodo della "mobilità procreativa" e delle sue conseguenze al rientro: spunti conclusivi sull'esigenza di un riconoscimento pieno dei legami di filiazione

Una questione che resta aperta anche a seguito della recente riforma, in Francia come in altri paesi, è dunque quella delle conseguenze, nel diritto interno, sullo *status* dei nati a seguito di assistenza alla procreazione legalmente posta in essere in un altro paese⁷².

La questione che qui si pone non porta più su come un ordinamento decida di disciplinare tale o tale tecnica di procreazione assistita, e quindi che garanzie intenda dare alle persone che intendano legittimamente ricorrervi sul suo territorio, ma porta piuttosto su quali garanzie lo Stato debba offrire alle persone che subiscono gli effetti di procedure già (legittimamente) poste in essere altrove: in altre parole, non si discute di che tutela accordare al diritto ad un progetto genitoriale (che abbiamo visto essere talvolta criticamente qualificato "diritto al figlio"), ma di che tutela accordare invece ai diritti del figlio, già nato e soggetto di diritto, e non mero risultato eventuale di un progetto genitoriale.

Il composito puzzle di legislazioni in materia⁷³, e gli ostacoli concreti oltre che legali che talvolta si frappongono all'accesso alla PMA⁷⁴, continuano infatti ad offrire terreno fertile al ricorso all'estero a

dell'accesso avrebbe inevitabilmente condotto ad una penuria di gameti e pertanto a termini di attesa più lunghi: p. 15.

71 L'attesa media di 6 mesi sarebbe già aumentata ad un anno a seguito dell'allargamento dell'accesso alla PMA, che ha portato ad un incremento delle domande superiore a quello prospettato (3500 domande contro 1000 attese). Il Governo ha annunciato un piano di investimento che consenta di incrementare mezzi e servizi, ma senza poter avere ovviamente potere di intervento sulle donazioni: https://www.lemonde.fr/societe/article/2021/09/14/pma-pour-toutes-le-gouvernement-veut-reduire-les-delaix-d-attente-d-un-an-a-six-mois_6094624_3224.html.

72 Per quanto riguarda il riconoscimento degli *status* familiari all'interno dell'UE, nelle more della pubblicazione del presente contributo la Corte di giustizia dell'UE ha emesso un'importante pronuncia in materia, stabilendo definitivamente il principio secondo cui "chi è genitore in un paese, è genitore in tutti i paesi". Si veda la decisione CGUE, *V.M.A. c. Comune di Sofia, distretto di Pancharevo, Bulgaria*, C-490/20, e il commento di A. Schillaci, *Genitori in ogni paese: la Corte di Giustizia si pronuncia sulla tutela transnazionale delle famiglie arcobaleno nell'UE*, Diritti comparati, 22 dicembre 2021.

73 Si rinvia ancora allo *Studio di impatto sul progetto di legge bioetica*, p. 185 ss. e, nella dottrina francese, V. Rozée, *Approche démographique: dis-moi qui tu es je te dirais où aller. Les recours transnationaux de l'assistance médicale à la procréation*, in M.X. Catto, *Procréation assistée et filiation*, op.cit., p. 165. Nella dottrina italiana, per quanto non più recentissimo, si segnala l'ottimo volume di S. Penasa, *La legge della scienza. Nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015; più di recente: L. Chieffi (a cura di), *Tecniche procreative e nuovi modelli di genitorialità. Un dialogo italofrancese*, Mimesis, Milano - Udine 2018; S. Aceto di Capriglia, *La stepchild adoption e il fenomeno delle coppie same sex nel diritto europeo contemporaneo*, Federalismi.it, 8/2020, 1° aprile 2020, 1 ss.

74 Come ad esempio la penuria di gameti per l'accesso all'eterologa, che va ad allungare i tempi di attesa, su cui si è detto su-

pratiche mediche riproduttive precluse nel paese di residenza, secondo quello che è spesso definito "turismo procreativo" ma che, per eliminare ogni assimilazione ad un'attività di svago, potrebbe più propriamente essere definito "mobilità procreativa"⁷⁵.

Quali risposte offre l'ordinamento al rientro da tale mobilità procreativa? Quali sono le conseguenze sul piano del riconoscimento della filiazione per i nati a seguito di procedure di assistenza alla riproduzione, non consentite o comunque non concretamente autorizzate nel territorio francese?

Abbiamo visto che la legge in commento offre una soluzione alle coppie di donne che abbiano avuto ricorso alla PMA all'estero prima della sua legalizzazione in Francia, consentendo di procedere ad una dichiarazione di riconoscimento della madre intenzionale davanti ad un notaio. Ma resta da capire quali saranno le soluzioni offerte per il riconoscimento della doppia filiazione dei nati in seno alle coppie che continuano ad avere ricorso alla PMA all'estero, vuoi perché non soddisfano i requisiti imposti dalla legge francese, o perché non vogliono sottoporsi alle lunghe attese o ancora perché preferiscono optare per paesi che consentano tecniche di assistenza alla procreazione che aumentano le *chance* di successo⁷⁶. Se la questione interessa potenzialmente tutte le donne, a prescindere dalla situazione matrimoniale o dall'orientamento sessuale, il problema relativo al riconoscimento della filiazione riguarda principalmente le coppie di donne, nei confronti delle quali il riconoscimento di una doppia filiazione alla nascita incontra più ostacoli. In caso di nascita all'estero, sarà possibile richiedere la trascrizione integrale dell'atto di nascita con l'indicazione di due madri, oppure la modifica apportata all'articolo 47 del Codice civile, secondo cui la veridicità del contenuto dell'atto va valutata conformemente alla legislazione francese, può ostare alla trascrizione laddove la madre intenzionale non abbia proceduto al previo riconoscimento dinanzi ad un notaio, come previsto dalla legge francese? E in caso di nascita sul suolo francese a seguito di PMA portata avanti da una coppia di donne all'estero, sarà possibile l'iscrizione della doppia filiazione nell'atto, anche in assenza di previa dichiarazione davanti al notaio? Si tratta, qui, di una delle ipotesi nelle quali la discriminazione indiretta derivante dall'orientamento sessuale dei genitori quanto alle condizioni di riconoscimento della doppia filiazione manifesta tutti i suoi effetti, malgrado le soluzioni apportate dalla legge sulla "PMA per tutte".

Analoghi problemi, come abbiamo visto, potranno ripresentarsi per il riconoscimento della doppia filiazione nei confronti dei nati da GPA, per effetto della marcia indietro imposta dalla legge in merito alla trascrizione integrale degli atti di nascita.

Nonostante gli evidenti progressi della legislazione francese in merito alla tutela dei minori nati da pratiche di assistenza medica alla procreazione, nell'ordinamento francese continuano tuttavia a persistere alcune delle criticità che osserviamo, con intensità più elevata e su più larga scala, anche nell'ordinamento italiano, e alle quali le recenti sentenze della Corte costituzionale non hanno saputo

pra.

75 Se non addirittura "esilio", come proposto da M. C. Inhorn, P. Patrizio, *Rethinking reproductive "tourism" as reproductive "exile"*, in *Fertility and Sterility*, vol. 92, n. 3/2009, p. 904. L'espressione "turismo procreativo" è comunque, ci sembra, la più ampiamente utilizzata anche con accezione neutra e non necessariamente spregiativa: tra i tanti contributi che impiegano tale espressione, si vedano, in Francia J.-J. Lemouland, *Le tourisme procréatif*, LPA., n. 62/2001, p. 84 e, in Italia, M. C. Venuti, *Coppie sterili o infertili e coppie "same sex". La genitorialità negata come problema giuridico*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2015, p. 259. In maniera critica e spregiativa, altri autori parlano invece di "delocalizzazione procreativa" (J. Mouly, *La délocalisation procréative : fraude à la loi ou habileté permise ?*, *Actualité Dalloz*, 2014, p. 2419) o di « esternalizzazione e delocalizzazione della fabbricazione dei bambini" (J. Hauser, *RTD. civ.*, 2011, p. 340).

76 V. Rozée, *Approche démographique : dis-moi qui tu es je te dirais où aller*, *op.cit.*, p. 165. Per un'analisi delle condizioni di accesso alla PMA in diversi paesi, si veda lo *Studio di impatto sul progetto di legge bioetica*, cit.

apportare una soluzione soddisfacente⁷⁷.

Per quanto la questione della disciplina legale delle tecniche di assistenza alla procreazione⁷⁸ e quella del riconoscimento dei legami di filiazione da queste prodotti siano indubbiamente legate, ci sembra essenziale che gli ordinamenti le trattino in maniera distinta, senza poter fare della seconda il semplice corollario della prima. La legittima – seppur non illimitata – discrezionalità di cui godono gli Stati nella regolamentazione delle tecniche riproduttive non può trovare speculare applicazione nella regolamentazione degli effetti sui nati, se non nei limiti in cui essa possa comunque garantire il diritto del minore al riconoscimento legale dei propri genitori e della propria identità anagrafica, in nome dell'interesse superiore del minore.

La giurisprudenza può continuare ad agire *au cas par cas*, cercando di porre rimedio, nei limiti consentiti dall'ordinamento, agli ostacoli concretamente frapposti all'interesse superiore del minore nel riconoscimento dei legami di filiazione⁷⁹. Ma la legge dovrebbe assicurare il riconoscimento di tali legami, o almeno astenersi dall'ostacolarlo, come ha invece voluto fare il legislatore francese con la modifica del Codice civile volta ad ostacolare la trascrizione integrale degli atti di nascita dei nati da GPA. Si è obiettato che un tale approccio condurrebbe, di fatto, a legalizzare un'elusione della legge, sopprimendo uno dei principali elementi di dissuasione dalle violazioni, ovvero che potrebbe innescare un effetto domino destinato ad agevolare, a termine, la legalizzazione di alcune procedure per il momento vietate. Il rischio, inutile negarlo, esiste. Ma le regole non possono essere difese a costo di più gravi violazioni di diritti fondamentali. Davanti al puzzle variegato della regolamentazione dell'accesso alle tecniche di assistenza alla procreazione, la stessa varietà non deve invece caratterizzare la tutela delle situazioni familiari, la quale deve essere fondata non su esigenze dissuasive e di coerenza dell'ordinamento con i divieti da esso imposti, ma sulla protezione dei legami familiari in nome dell'interesse superiore del minore.

⁷⁷ Il riferimento è ovviamente a Corte cost. n. 230/2020 e soprattutto a Corte cost. n. 32/2021, nella quale la Corte, pur avendo constatato una violazione dei diritti costituzionali dei nati da PMA che non possano vedersi riconosciuto un doppio legame di filiazione, si limita a indirizzare un monito al legislatore, senza assortirlo di meccanismi decisionali più efficaci per garantirne il rispetto, come sperimentato invece in occasione del caso Cappato. In proposito, sull'approccio oscillante della corte, "che quando vuole fa": A. Ruggeri, *Ancora in tema di procreazione medicalmente assistita (chiose minime a margine di un corposo studio recente)*, *ConsultaOnline*, n. 1/2021, e N. Zanon, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, n. 3/2021, 27-01-2021, p. 86, spec. 96 ss. Auspicano l'applicazione di una "soluzione Cappato" in caso di perpetrata inerzia del legislatore: A. Matteoni, *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle "decisioni di incostituzionalità prospettata": verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?*, *ConsultaOnline*, n. 2, 2021, 375 F. Manella, *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, *Nomos*, n. 1/2021, A. Schillaci, *Non imposta, né vietata: l'omogenitorialità a metà del guado, tra Corti e processo politico*, in *Questa Rivista*, n° 2/2021, spec. p. 29. Tuttavia, il monito della Corte offre un margine per un'interpretazione costituzionalmente orientata da parte dei giudici comuni, come attestano alcune pronunce di cui dà atto M. Gattuso, *Cagliari e Roma: le prime due decisioni dopo le sentenze della Corte costituzionale*, in *Articolo29*, 5-05-2021.

⁷⁸ Includendo qui anche le tecniche di GPA, proprio perché riteniamo che, davanti alle esigenze di tutela dei nati, i metodi tramite i quali sono stati messi al mondo, pur potendo essere valutati in concreto nella valutazione del *best interest of the child*, non devono costituire aprioristicamente il criterio di discriminazione.

⁷⁹ Sulla miopia della riflessione politica in materia, che lascia i giudici soli dinanzi alla necessaria regolamentazione delle conseguenze giuridiche sullo *status filiationis* delle pratiche di procreazione assistita attuate all'estero: M. Gross, *L'embaras des magistrats français entre l'intérêt de l'enfant et l'ordre public*, *op.cit.*, p. 143 e, in Italia, tra i numerosi contributi, C. Campigli, *Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri costituzionali: il ruolo creativo della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 481 e G. Luccioli, *Questioni eticamente sensibili. Quali diritti e quali giudici. La maternità surrogata*, *ConsultaOnline*, 2, 2017, p. 325.