

# **LA FECONDAZIONE ETEROLOGA**

*a cura di P. Passaglia*

*con contributi di E. Bottini, C. Guerrero Picó, S. Pasetto e M. T. Rörig*

## ***Introduzione***

### **FRANCIA**

1. Il quadro normativo e giurisprudenziale
2. Le tecniche di fecondazione eterologa ammesse
  - 2.1. La donazione di gameti maschili
  - 2.2. La donazione di gameti femminili
  - 2.3. La donazione di embrioni
3. Principi ed argomenti evocati in relazione alla fecondazione eterologa
  - 3.1. Le ragioni del riconoscimento
  - 3.2. Il principio dell'anonimato nella donazione di gameti
  - 3.3. Le conseguenze della legge sul matrimonio omosessuale sulla fecondazione eterologa

### **GERMANIA**

1. Premessa
2. Le previsioni costituzionali e delle fonti sovranazionali
3. La normativa di rango legislativo e regolamentare
  - 3.1. La legislazione in materia di fecondazione artificiale

- 3.1.1. *L'ovodonazione*
- 3.1.2. *La fecondazione eterologa*
- 3.2. Aspetti civilistici
- 3.3. Le linee guida dei medici
- 4. La prassi giurisprudenziale
- 5. Le tecniche di fecondazione eterologa ammesse

## **REGNO UNITO**

- 1. Il quadro normativo
- 2. La fecondazione eterologa
  - 2.1. La fecondazione artificiale per mezzo di gameti maschili provenienti da un donatore
    - 2.1.1. *La paternità*
      - 2.1.1.1. I genitori transessuali
      - 2.1.1.2. Risarcimenti per errori nell'espletamento della procedura
      - 2.1.1.3. Nuove prospettive per la paternità? Il caso Re G; Re Z
    - 2.1.2. *Il donatore*
    - 2.1.3. *L'anonimato del donatore*
  - 2.2. La fecondazione artificiale per mezzo dell'ovodonazione
    - 2.2.1. *La maternità*
    - 2.2.2. *La donatrice*
    - 2.2.3. *L'anonimato della donatrice*
- 3. La donazione di embrioni
- 4. La maternità surrogata
  - 4.1. Il riconoscimento della maternità
  - 4.2. La paternità
  - 4.3. Il trasferimento della genitorialità: a) il *parental order*
  - 4.4. Segue: b) l'adozione
- 5. Principi ed argomenti evocati in relazione alla fecondazione eterologa
  - 5.1. In generale
  - 5.2. Sulla fecondazione eterologa
  - 5.3. Sull'ovodonazione (e sulla donazione di embrioni)
  - 5.4. Sulla maternità surrogata
  - 5.5. La fecondazione eterologa con "tre genitori"

## SPAGNA

1. Il quadro normativo della procreazione medicalmente assistita
2. La fecondazione eterologa
  - 2.1. Le tecniche ammesse
  - 2.2. I requisiti soggettivi per l'accesso alle tecniche di PMA
  - 2.3. La determinazione della filiazione
  - 2.4. La fecondazione eterologa al vaglio del Tribunale costituzionale
3. La donazione di gameti e preeembrioni
  - 3.1. Il contratto di donazione
  - 3.2. I donatori
  - 3.3. Anonimato del donatore *versus* diritto a conoscere la propria identità biologica
4. Il divieto della c.d. maternità surrogata
  - 4.1. La nullità dei contratti
  - 4.2. Problemi di filiazione: l'iscrizione all'anagrafe di figli nati all'estero a seguito di maternità surrogata
    - 4.2.1. *La resolución della Dirección General de los Registros y del Notariado del 18 febbraio 2009 e la sentenza del Juzgado de Primera Instancia n. 15 di Valencia, del 15 settembre 2010*
    - 4.2.2. *La instrucción della Dirección General de los Registros y del Notariado del 5 ottobre 2010*
    - 4.2.3. *La sentenza del Tribunale supremo del 6 febbraio 2014*

## APPENDICE (MATERIALI SU ALTRE ESPERIENZE)

1. Austria
  - 1.1. Stralci della sentenza della prima sezione della Corte EDU nel caso *S.H. e altri c. Austria* (ric. n. 57813/00) del 1° aprile 2010
  - 1.2. Stralci della sentenza della Grande camera della Corte EDU nel caso *S.H. e altri c. Austria* (ric. n. 57813/00) del 3 novembre 2011
  - 1.3. Informazioni sulla sentenza della Corte costituzionale austriaca del 10 dicembre 2013 (G 16/2013 u.a.)
2. Costa Rica
  - 2.1. *Il decreto legislativo n. 24029-S del 3 marzo 1995 e la sentenza n. 2306 del 15 marzo 2000 della Sala costituzionale della Corte suprema di giustizia*

*2.2. Il caso Artavia Murillo ed altri (“fecondazione in vitro”) vs. Costa Rica*

*2.3. Il seguito della decisione della Corte interamericana*

3. Portogallo

4. Stati Uniti

## ***Introduzione***

L'interesse che è proprio di una indagine comparatistica incentrata sulla fecondazione eterologa è testimoniato dal brano che segue, tratto dalla sentenza resa dalla Grande camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *S.H. e altri c. Austria* (ric. n. 57813/00), del 3 novembre 2011, nella traduzione italiana a cura del Ministero della giustizia:

### **B. La situazione in altri paesi**

35. Il seguente quadro generale del diritto e della prassi in materia di procreazione artificiale in Europa si basa essenzialmente sui seguenti documenti: "Procreazione medicalmente assistita e Tutela dello Studio Comparato dell'Embrione Umano sulla Situazione di 39 Stati" (Consiglio d'Europa, 1998), le risposte degli Stati Membri del Consiglio d'Europa al "Questionario sull'Accesso alla Procreazione Medicalmente Assistita" del Comitato Direttivo di Bioetica" (Consiglio d'Europa, 2005) e un'indagine condotta nel 2007 dall'IFFS (Federazione Internazionale delle Società di Fertilità).

36. Secondo tali documenti, sembrerebbe che in Austria, Azerbaijan, Bulgaria, Croazia, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Germania, Grecia, Ungheria, Islanda, Italia, Lettonia, i Paesi Bassi, Norvegia, Federazione Russa, Slovenia, Spagna, Svezia, Svizzera, Turchia, Ucraina e Regno Unito la fecondazione in vitro era (fino al 2007) regolata da una normativa primaria e secondaria. In Belgio, Repubblica Ceca, Irlanda, Malta, Lituania, Polonia, Serbia e Slovacchia questo tipo di trattamento era regolato da prassi cliniche, linee guida professionali, regi decreti o decreti amministrativi o da principi costituzionali generali.

37. Lo studio spiega in particolare la posizione degli ordinamenti interni rispetto a sette tecniche diverse di procreazione assistita: l'inseminazione artificiale all'interno della coppia, la fecondazione in vitro all'interno della coppia, l'inseminazione artificiale con sperma donato, la donazione di ovuli, la donazione di ovuli e sperma, la donazione di embrioni e l'iniezione intracitoplasmica di sperma (una procedura di fecondazione in vitro in cui un singolo sperma è iniettato direttamente in un ovulo).

38. Come si può notare, la donazione di sperma è attualmente vietata solo in tre Paesi: Italia, Lituania e Turchia, i quali vietano nel complesso la fecondazione assistita eterologa. In generale, i Paesi che permettono la donazione di sperma non distinguono nel loro ordinamento tra l'utilizzo di sperma ai fini di un'inseminazione artificiale o di una fecondazione in vitro. La donazione di ovuli è vietata in Croazia, Germania, Norvegia e Svizzera, oltre ai tre Paesi sopra menzionati.

39. In molti Paesi, come Cipro, Lussemburgo, Malta, Finlandia, Polonia, Portogallo e Romania, dove la materia non era regolata (fino al 2007), viene praticata sia la donazione di sperma che di ovuli.

40. Un raffronto tra lo studio del 1998 del Consiglio d'Europa e un rapporto del 2007 condotto dalla Federazione Internazionale delle Società di Fecondazione mostra che nel campo della procreazione medicalmente assistita le disposizioni di legge sono in rapida evoluzione. In Danimarca, in Francia e in

Svezia la donazione di sperma e ovuli, che era precedentemente vietata, è ora permessa a partire dall'entrata in vigore di nuove normative rispettivamente nel 2006, nel 2004 e nel 2006. In Norvegia la donazione di sperma per la fecondazione in vitro è stata permessa sin dal 2003, ma non la donazione di ovuli.

# FRANCIA

di *Eleonora Bottini*

## 1. Il quadro normativo e giurisprudenziale

La procreazione medicalmente assistita (o assistenza medica alla procreazione) designa l'insieme delle tecniche mediche che permettono la fusione di un ovulo e di uno spermatozoo umani senza rapporto sessuale.

Negli anni settanta, sono state effettuate le prime sperimentazioni di procreazione medicalmente assistita c.d. eterologa, con donazione sia di gameti maschili che femminili, nell'ambito dei centri di studio e di conservazione degli ovuli e dello sperma (CECOS). Il primo di questi centri è stato fondato nel 1973, e in Francia se ne contano ormai 23, generalmente facenti parte degli ospedali pubblici. Questi centri, nati come associazioni, sono stati integrati nel settore pubblico solo nel 1994 con le prime leggi di bioetica. Dagli anni settanta al 1994, le fecondazioni eterologhe sono dunque avvenute in Francia al di fuori di un quadro legislativo preciso. La legislazione del 1994, che consiste nelle cc.dd. leggi di bioetica, relativamente alla procreazione medicalmente assistita (ma non solo), ha disciplinato molte pratiche sviluppate negli anni settanta che non erano state ancora regolamentate dalla legge, tra cui la fecondazione eterologa.

Queste leggi coprono un ambito nel quale possono inserirsi le donazioni degli elementi e dei prodotti del corpo umano (ed in particolare quelle di gameti e di organi), la ricerca sull'embrione e sulle cellule staminali, i *tests* genetici nonché i brevetti sui prodotti del corpo umano, le implicazioni etiche delle nanotecnologie e le neuro-scienze, etc. La Francia – si tratta probabilmente di una peculiarità a livello europeo – ha in effetti scelto di riunire questi temi in un grande dibattito sociale, con il Parlamento al centro, ma con la partecipazione di numerosi soggetti, specialisti (scienziati, medici, sociologi, antropologi, Comitato consultivo nazionale di etica, Consiglio di Stato, Agenzia della bio-medicina, ecc.) e non (con gli *Etats généraux de la bioéthique*).

Così le leggi di bioetica sono state adottate nel 1994, per poi essere modificate (ma non nei principi basilari) nel 2004<sup>1</sup> e nel 2011<sup>2</sup>, onde tener conto dell'evoluzione scientifica ed etica. La circostanza che l'impianto del 1994 sia stato confermato nel corso degli anni, anche al mutare delle maggioranze di

---

<sup>1</sup> Legge n. 2004-800 del 6 agosto 2004, relativa alla bioetica.

<sup>2</sup> Da notare è che, tra l'altro, l'articolo 1 della legge n. 2011-814 del 7 luglio 2011 ha autorizzato la ratifica della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e della biomedicina firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997.

governo, è indice dell'ampio consenso su di esso registrato, confermato anche nell'*iter* parlamentare delle leggi più recenti<sup>3</sup>.

Le disposizioni introdotte dalle leggi di bioetica sono collocate in parte nei primi articoli del codice civile (d'ora in poi, cod.civ.) ed in parte nel codice della salute pubblica (d'ora in poi, cod.s.pub.). Benché non collocate in una fonte costituzionale, “il loro carattere fondamentale deriva dal fatto che costituiscono uno degli elementi della terza generazione dei diritti dell'uomo, sorti dopo le libertà politiche ed i diritti economici e sociali”, sicché si è potuto affermare che, da un punto di vista sostanziale, “hanno un valore superiore a quello di una semplice legge”, anche perché le disposizioni sulla bioetica si collegano strettamente con “la nozione di dignità della persona umana, che ha valore costituzionale”<sup>4</sup>.

Le leggi sulla bioetica del 1994 sono tre: legge n. 94-548 del 1° luglio 1994, *relativa al trattamento dei dati nominativi avente come finalità la ricerca nel settore della salute e la modifica della legge n. 78-17 del 6 gennaio 1978 relativa all'informatica, agli schedari e alle libertà*; legge n. 94-563 del 29 luglio 1994 *relativa alla protezione del corpo umano*; legge n. 94-564 *relativa alla donazione ed all'utilizzo degli elementi e dei prodotti del corpo umano, all'assistenza medica, alla procreazione ed alla diagnosi prenatale*.

Quest'ultima legge è di particolare importanza in quanto ha inserito all'interno del codice civile i seguenti principi: primato della persona e salvaguardia della dignità della persona; rispetto dell'essere umano dall'inizio della vita (articolo 16); rispetto del suo corpo, attraverso la sua inviolabilità e la non commerciabilità, che si estende ai suoi elementi ed ai suoi prodotti (articolo 16-1); nullità di ogni contratto che organizzi la procreazione o la gestazione per conto di terzi (c.d. utero in affitto); divieto di ledere l'integrità della specie umana attraverso pratiche eugenetiche che portino alla selezione di persone ed attraverso la clonazione riproduttiva (16-4); nullità di ogni contratto avente come effetto quello di dare un valore patrimoniale al corpo umano, ai suoi elementi o ai suoi prodotti (articolo 16-5); divieto di remunerazione per chi si sottopone a sperimentazioni, ad interventi di prelievamento di elementi del proprio corpo o di raccolta di prodotti di esso (articolo 16-6), principio dell'anonimato nelle donazioni di elementi del corpo umano, quando ammesse (articolo 16-8).

Con precipuo riguardo alla procreazione medicalmente assistita, il legislatore la ha ammessa solo per le coppie eterosessuali, ammettendo sin dall'inizio la fecondazione eterologa con donazione sia di spermatozoi che di ovociti, nonché (a certi condizioni) di embrioni.

In linea teorica, la procreazione medicalmente assistita può essere qualificata come un trattamento sanitario ovvero come (semplicemente) una nuova forma di procreazione. Secondo quest'ultima impostazione, l'assistenza medica alla procreazione costituisce una nuova forma di riproduzione che appare distinta dalla forma naturale. Così intesa, l'assistenza designa – né più e né meno – semplicemente

---

<sup>3</sup> ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport n. 3111 fait au nom de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique (n. 2911) par J. Leonetti*, 26 gennaio 2011, vol. 1, 17, disponibile *on line* (in lingua francese) alla pagina <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r3111-tI.asp>.

<sup>4</sup> *Ibid.*, 16.



un metodo di riproduzione alternativo rispetto a quello naturale. Secondo la diversa concezione, invece, la procreazione assistita è un trattamento terapeutico sostitutivo di un processo naturale. Così intesa, la procreazione assistita rappresenta un rimedio eccezionale cui si può ricorrere in caso di impossibilità (sterilità o infertilità) o inopportunità (rischio di trasmettere malattie ereditarie) fisica di procreare naturalmente. L'ordinamento giuridico francese ha optato per una configurazione di questo tipo, enfatizzando la concezione strettamente terapeutica della procreazione assistita.

Due delle tre leggi evocate (non la legge n. 94-548) sono state oggetto di scrutinio da parte del *Conseil constitutionnel*, che si è pronunciato al riguardo con la decisione n. 94-343/344 DC del 27 luglio 1994, sulla *Legge relativa al rispetto del corpo umano* e sulla *Legge relativa alla donazione ed all'utilizzo degli elementi e dei prodotti del corpo umano, all'assistenza medica, alla procreazione ed alla diagnosi prenatale*.

Tali leggi sono state oggetto di ricorso sia da parte del presidente dell'Assemblea nazionale che da parte di oltre sessanta parlamentari (appartenenti – eccezionalmente – alla maggioranza di governo, analogamente a quanto si era verificato nel 1974 per la legge che introduceva l'interruzione volontaria della gravidanza). Il primo chiedeva di accertare che non ci fossero dubbi di costituzionalità, i secondi, al contrario, denunciandone.

Le prime doglianze avevano riguardo agli embrioni<sup>5</sup>: era contestata, innanzi tutto, una violazione del diritto alla vita, in quanto la legge autorizzava, in presenza di alcune condizioni, la distruzione degli embrioni soprannumerari concepiti per la procreazione medicalmente assistita; inoltre, si deduceva la violazione del principio di eguaglianza tra i soggetti concepiti prima della legge e quelli concepiti dopo, in relazione alle disparità di trattamento che emergevano *ratio temporis*; infine, si denunciava la violazione del principio – asseritamente di valore costituzionale – della protezione del patrimonio.

Un secondo gruppo di doglianze concerneva i figli nati dalla procreazione medicalmente assistita con terzo donatore. I deputati invocavano la violazione dei diritti garantiti alla famiglia dal Preambolo (ancora vigente) della Costituzione del 1946, perché la legge riconosceva la possibilità di avere figli, tramite procreazione medicalmente assistita, il cui genitore naturale fosse un terzo. Una tale possibilità si riverberava altresì in una violazione del diritto alla salute ed a quello al libero sviluppo della personalità dei bambini nati con fecondazione *in vitro* con terzo donatore, non essendo loro possibile conoscere la loro identità genetica ed i loro genitori naturali. Ancora, si invocava il principio fondamentale riconosciuto dalle leggi della Repubblica che sancisce il principio di responsabilità personale (posto dall'articolo 1382 del cod.civ.), in quanto la legge dispone che non si possa dedurre alcun legame di filiazione tra il donatore terzo e il bambino nato dalla procreazione medicalmente assistita<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Per le disposizioni che non riguardano la procreazione medicalmente assistita, la lesione del diritto alla vita era invocata anche in quanto la legge facilitava l'aborto per motivi legati alla diagnosi prenatale. Era anche denunciata la violazione dell'integrità della persona e del corpo umano in quanto era permessa la ricerca sugli embrioni.

<sup>6</sup> L. FAVOREU – L. PHILIP (a cura di), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 12<sup>a</sup> ed., Dalloz, Parigi, 2003, 859 ss.

Il *Conseil constitutionnel*, pur negando rilievo costituzionale a taluni principi invocati (segnatamente, quello della protezione del patrimonio genetico dell'umanità ed il principio di responsabilità personale), ha concordato con i ricorrenti circa il ricorrere di vari principi idonei ad integrare il parametro di costituzionalità. In particolare, il *Conseil* ha posto in rilievo la prima frase del Preambolo della Costituzione del 1946, che consacra la dignità della persona umana<sup>7</sup>, i capoversi 10 ed 11 dello stesso Preambolo, che riconoscono alla madre ed al bambino il diritto alla protezione della salute ed alla famiglia il diritto alla sua formazione ed al suo sviluppo; infine, è stata evocata la libertà individuale contenuta negli articoli 1<sup>8</sup>, 2<sup>9</sup> e 4<sup>10</sup> della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.

Facendo leva su queste norme costituzionali, e tenendo ferma la insopprimibile discrezionalità del legislatore, il *Conseil constitutionnel* ha ritenuto che l'embrione, a differenza della madre, del fanciullo e della famiglia non sia titolare di diritti e non gli si applichino, quindi, né il principio del rispetto dell'essere umano dall'inizio della vita né il principio di eguaglianza<sup>11-12</sup>.

Con riferimento alle censure inerenti alla fecondazione eterologa, il *Conseil* ha affermato che “nessuna disposizione del Preambolo della Costituzione del 1946 impedisce che le condizioni di sviluppo della famiglia siano assicurate attraverso la donazione di gameti o di embrioni alle condizioni previste dalla legge”; inoltre, “il divieto di dare gli strumenti, ai bambini così concepiti, per conoscere l'identità dei donatori non può essere visto come lesivo della protezione della salute come garantita da questo Preambolo”<sup>13</sup>.

---

<sup>7</sup> “All'indomani della vittoria riportata dai popoli liberi sui regimi che hanno tentato di asservire e di degradare la persona umana, il popolo francese proclama di nuovo che ogni essere umano, senza distinzione di razza, di religione e di credenza, possiede inalienabili e sacri diritti”. Il principio di tutela della dignità è stato affermato ed utilizzato dal *Conseil constitutionnel* per la prima volta proprio nella decisione in discorso.

<sup>8</sup> “Gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti. Le distinzioni sociali non possono essere fondate che sull'utilità comune”.

<sup>9</sup> “Il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo. Questi diritti sono la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione”.

<sup>10</sup> “La libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri: così, l'esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo ha come limiti solo quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti. Tali limiti possono essere determinati solo dalla Legge”.

<sup>11</sup> È stato evidenziato come il *Conseil* abbia evitato di pronunciarsi sul punto se l'embrione sia una persona e se esista un diritto a nascere (cfr. L. FAVOREU – L. PHILIP (a cura di), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, cit., 862).

<sup>12</sup> La posizione del *Conseil* sarebbe forse stata diversa se una delle redazioni dell'articolo 23 della prima Costituzione del 1946 fosse stata adottata e poi inclusa nel preambolo della seconda Costituzione dello stesso anno (quella effettivamente entrata in vigore). Si sarebbe sancito, in effetti, che “la protezione della salute comincia dal concepimento”. Cfr., nuovamente, L. FAVOREU – L. PHILIP (a cura di), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, cit., 860, 867 ss.

<sup>13</sup> Dal Consiglio di Stato è emerso, di recente, un dubbio circa il possibile contrasto tra il principio dell'anonimato dei donatori e l'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti umani. La questione non è venuta in rilievo, tuttavia, in sede giurisdizionale (ciò che avrebbe potuto condurre ad un vero e proprio controllo di conformità), ma soltanto in un contesto di approfondimento scientifico: cfr. CONSEIL D'ETAT, *La révision des lois de bioéthique. Etude adoptée par l'assemblée*

## 2. Le tecniche di fecondazione eterologa ammesse

Per procreazione medicalmente assistita si intendono, nel diritto francese, le pratiche cliniche e biologiche che permettono il concepimento *in vitro*, la conservazione dei gameti, dei tessuti germinali, degli embrioni, il trasferimento di embrioni e l'inseminazione artificiale (articolo L 2141-1 cod.s.pub., come da ultimo modificato dalla legge n. 2011-800 del 7 luglio 2011).

Essa può avere soltanto due finalità: (1) rimediare all'infertilità il cui carattere patologico sia stato medicalmente accertato o (2) evitare la trasmissione al bambino o ad un membro della coppia di una malattia particolarmente grave. Il legislatore ha escluso di considerare la procreazione medicalmente assistita come un nuovo modo di procreazione che colmerebbe le impossibilità di procreare di ordine fisiologico o sociale<sup>14</sup>.

L'accesso alla procreazione medicalmente assistita è, conseguentemente, limitato alle coppie, sposate, legate in un PACS o di fatto<sup>15</sup>, composte da un uomo ed una donna. Il legislatore, con il riferimento ad un certo schema familiare, ha escluso sia i *singles* che le coppie omosessuali<sup>16</sup>, optando per una disciplina più restrittiva di quella che caratterizza l'adozione, che è aperta ai *singles* ed alle coppie dello stesso sesso, dopo il riconoscimento del loro diritto a contrarre matrimonio con la legge del 2012<sup>17</sup>.

La coppia che può beneficiare della procreazione medicalmente assistita deve essere in età idonea alla procreazione. Non esistendo, tuttavia, soglie rigide fissate dal legislatore, si è permesso ad una donna di avvalersi della tecnica a 59 anni<sup>18</sup>. Un *discrimen* significativo è però fissato a 43 anni, età al di sotto della quale sono rimborsate le spese per ricorrere alla procreazione medicalmente assistita<sup>19</sup>.

La centralità della "coppia" come soggetto che ricorre alla procreazione medicalmente assistita fa sì che una richiesta di separazione o di divorzio o la fine della vita comune implichi la fine del trattamento. In questa prospettiva, è ovviamente vietata l'inseminazione *ex mortuo*.

---

*générale plénière le 9 avril 2009*, La documentation française, Parigi, 2009, 53 ss. Questo rapporto è disponibile *on line* alla pagina <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/094000288/0000.pdf>.

<sup>14</sup> ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport n. 3111 fait au nom de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique (n. 2911) par J. Leonetti*, cit., 58.

<sup>15</sup> La legge n. 2011-814 ha soppresso l'esigenza di vita comune per almeno due anni.

<sup>16</sup> Non è infatti stata accolta, nel corso del dibattito prodromico all'approvazione dell'ultima legge in materia di bioetica, la proposta del Partito socialista di estendere l'accesso alla procreazione medicalmente assistita anche alle coppie omosessuali.

<sup>17</sup> Legge n. 2013-404 del 17 maggio 2013. Cfr. SERVIZIO STUDI, Area di diritto comparato, *Dossier di attualità costituzionale "Il matrimonio tra coppie omosessuali: un inquadramento comparatistico della più recente evoluzione"*, luglio 2013, disponibile sul sito *Intranet*.

<sup>18</sup> CONSEIL D'ETAT, *La révision des lois de bioéthique, Etude adoptée par l'assemblée générale plénière le 9 avril 2009*, cit., 48.

<sup>19</sup> ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport n. 3111 fait au nom de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique (n. 2911) par J. Leonetti*, cit., 54.

La fecondazione eterologa è ammessa con donazione di gameti (sia di spermatozoi che di ovociti), ma non è possibile ricorrere ad una doppia fecondazione eterologa con donazione di entrambi.

È invece possibile per una coppia accettare un embrione concepito nell'ambito di un trattamento di procreazione assistita destinata ad un'altra coppia non più impegnata in un progetto genitoriale ma che ha acconsentito alla donazione degli embrioni (spesso soprannumerari).

Disposizioni del cod.s.pub. definiscono la donazione di gameti come “l'apporto da parte di un terzo di spermatozoi o di ovociti al fine di una procreazione medicalmente assistita” (articolo L 1244-1 cod.s.pub.). La disciplina della donazione è largamente comune ai due tipi di donazione (consenso, anonimato, gratuità, etc.). In entrambi i casi, una donazione non può dare luogo a più di dieci nascite (articolo L 1244-4 cod.s.pub.).

Le tecniche realizzate per la fecondazione eterologa sono: l'inseminazione intrauterina, l'inseminazione intracervicale, la fecondazione *in vitro* “classica”, la fecondazione *in vitro* con ICSI (iniezione intracitoplasmica di spermatozoi) ed il trasferimento di embrioni congelati<sup>20</sup>. L'articolo L 1244-3 cod.s.pub. vieta l'inseminazione artificiale con sperma fresco o con miscela di sperma. La legge n. 2011-814 ha ammesso una nuova tecnica di conservazione degli ovociti, che dovrebbe permettere di diminuire il numero di embrioni concepiti.

Secondo il rapporto annuale dell'Agenzia della biomedicina del 2012<sup>21</sup>, nel 2011 in Francia sono nati 23.127 bambini (su 141.277 tentativi) – di cui 3.977 con fecondazione eterologa – grazie alle tecniche della procreazione medicalmente assistita, ovvero il 2,8% dei bambini complessivi nati quell'anno. Più specificamente, i bambini nati con donazione di spermatozoi rappresentano il 4,8% delle nascite derivanti da una procreazione medicalmente assistita, quelli derivanti da donazione di ovociti lo 0,9% e quelli con trasferimento di embrione lo 0,1%.

I dati suffragano ampiamente l'affermazione secondo cui “i progressi tecnici considerevoli realizzati da una quarantina d'anni in materia di assistenza medica alla procreazione hanno scombuscolato il concetto stesso di filiazione nei suoi fondamenti socioculturali e giuridici”<sup>22</sup>.

## 2.1. La donazione di gameti maschili

In Francia, la donazione di spermatozoi ha sollevato maggiori problemi dell'ovodonazione, dal punto di vista giuridico, in quanto l'elemento biologico può rientrare nelle procedure che possono stabilire i legami di paternità, a differenza di quelle dirette al riconoscimento della maternità.

---

<sup>20</sup> Per maggiori dettagli, v. AGENCE DE LA BIOMEDECINE, *Rapport annuel 2012*, in [http://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/rapport\\_annuel\\_vdef.pdf](http://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/rapport_annuel_vdef.pdf).

<sup>21</sup> AGENCE DE LA BIOMEDECINE, *Rapport annuel 2012*, cit., 67 ss.

<sup>22</sup> ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport n. 3111 fait au nom de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique (n. 2911) par J. Leonetti*, cit., 39.

La donazione è disciplinata dal cod.s.pub., che impone il consenso sia della “coppia donatrice” che di quella “ricevitrice”. L’articolo L 1244-2, comma 1, cod.s.pub. prevede, in effetti, sia il consenso del donatore di spermatozoi (e di ovociti) ma anche quello dell’altro componente di una eventuale coppia. I consensi sono prestati con scrittura privata (registrata da un notaio o da un tribunale civile, il *tribunal de grande instance*) e possono essere revocati in ogni momento anteriore al trattamento.

Alcune difficoltà sono nate prima della legge del 1994, in quanto alcuni uomini che avevano fatto ricorso, con la loro moglie o compagna, a tecniche di procreazione medicalmente assistita, hanno poi contestato in sede civile la paternità del bambino.

Ora, poiché il codice civile, per il riconoscimento e/o la contestazione della paternità, ammette le prove biologiche, le giurisdizioni avevano ammesso dette azioni legali, con esiti facilmente immaginabili (ad es., TGI di Nizza, 30 giugno 1976 e Cass. Civ., 10 luglio 1990)<sup>23</sup>.

La legge del 1994 ha quindi stabilito, all’articolo 311-19 del cod.civ., che “nessun legame di filiazione [può] essere stabilito tra il donatore ed il bambino nato della procreazione” e che il consenso prestato da una coppia sterile o con problemi di fertilità vieta ogni azione in contestazione di paternità, legittima o naturale.

Dato che la paternità è presunta solo per le coppie sposate, alcuni problemi si ponevano per le coppie di fatto. Il consenso alla procreazione medicalmente assistita non è infatti assimilato ad un riconoscimento prenatale di paternità. La legge n. 2004-800 del 6 agosto 2004 ha quindi previsto, all’articolo L 311-20, commi 4 e 5, del cod.civ. che la madre ed il bambino possono avviare un’azione risarcitoria contro colui che, dopo aver acconsentito al trattamento procreativo, non riconosca il bambino che ne nasca. L’ordinanza n. 2005-759 del 4 luglio 2005 ha poi modificato gli articoli 328 e 331 del cod.civ., nel senso di consentire di adire la via giudiziaria per far dichiarare la paternità di colui che ha acconsentito con la compagna alla procreazione medicalmente assistita.

## **2.2. La donazione di gameti femminili**

La fecondazione eterologa con donazione di ovociti non ha posto, da un punto di vista giuridico, particolari problemi, essendo stata assimilata alla fecondazione omologa<sup>24</sup>.

Per il diritto francese, la madre del bambino è quella che ha partorito (articolo 325, comma 2, del cod.civ.): a differenza di quanto può (o poteva) avvenire per la donazione di gameti maschili, la “verità biologica” non è quindi un criterio atto a determinare il legame di filiazione.

Da questo principio derivano anche gli ostacoli giuridici alla maternità surrogata, che è stata fortemente avversata dal Comitato consultivo di etica, sia nel 1984 che nel 1986. La Corte di cassazione, in una

---

<sup>23</sup> Più ampi ragguagli in G. TAORMINA, *Le droit de la famille à l'épreuve du progrès scientifique*, in *Recueil Dalloz*, 2006, 1071.

<sup>24</sup> *Ibid.*

sentenza del 31 maggio 1991<sup>25</sup>, ha considerato illecito un contratto che la prevedeva ed ha conseguentemente annullato l'adozione del bambino. La legge n. 94-563 del 29 luglio 1994 ha vietato siffatti contratti all'articolo 16-7 del cod.civ.

La maternità surrogata integra un reato penale, punito con una pena detentiva fino a tre anni ed una multa fino a 45.000 euro (articolo L 227-13 del codice penale, d'ora in poi cod.pen.), in quanto è assimilata alla "supposizione di bambino", che consiste nell'attribuire alla madre di un bambino che non ha partorito, passibile di tre anni di prigione e di una multa di euro 45.000,00. Sono considerati come coautori di questo reato la "madre gestante", la "madre intenzionale", che simula il parto, e il marito o compagno che ha dichiarato allo stato civile una falsa filiazione<sup>26</sup>. Il falso in scrittura pubblica è invece punito con una pena detentiva fino a dieci anni di prigione ed una multa di 150.000 euro. E' sanzionato anche il tentativo e l'ausilio (con pene fino a sei mesi di reclusione e multe fino a 7.500 euro), nonché l'organizzazione (con pene fino ad un anno di reclusione e multe fino a 15.000 euro); queste sanzioni sono raddoppiate se gli atti sono compiuti a scopo di lucro (articolo L 227-12 del cod.pen.).

Alcuni problemi si sono posti per il riconoscimento della maternità surrogata effettuata all'estero e le conseguenze della trascrizione dello stato civile del bambino nato con questo metodo. La giurisprudenza ha, non di rado, negato l'adozione del bambino da parte della madre, mentre ha più facilmente ammesso la paternità<sup>27</sup>.

Una delle problematiche più importanti per quanto riguarda la fecondazione eterologa con donazione di ovociti è la carenza di donazioni: queste non sono sufficientemente sviluppate in Francia per rispondere alla domanda delle coppie in attesa di una donazione, ciò che provoca lunghe attese. Le coppie devono aspettare tra i due ed i cinque anni prima di avere un ovocita, un lasso di tempo assai rilevante, visto anche che la percentuale di successo della gravidanza diminuisce con l'età della donna. Alla fine del 2011, erano 1806 le coppie sulla lista d'attesa dei centri francesi.

### **2.3. La donazione di embrioni**

L'accoglimento di un embrione altrui da parte di una coppia è subordinato alla procreazione medicalmente assistita di un'altra coppia<sup>28</sup>. In effetti, il cod.s.pub. prevede che, nell'esecuzione delle tecniche di procreazione assistita, i membri della coppia possano consentire, tramite scrittura privata, al

---

<sup>25</sup> Cass. Ass. Plen., 31 maggio 1991, Bull. 1991, n. 4, 5.

<sup>26</sup> CONSEIL D'ETAT, *La révision des lois de bioéthique, Etude adoptée par l'assemblée générale plénière le 9 avril 2009*, cit., 61.

<sup>27</sup> Sulle oscillazioni giurisprudenziali al riguardo, v. CONSEIL D'ETAT, *La révision des lois de bioéthique, Etude adoptée par l'assemblée générale plénière le 9 avril 2009*, cit., 64 ss. La questione dell'adozione si pone anche per quanto riguarda i figli nati da inseminazione artificiale eterologa fatta all'estero da donne omosessuali: su questa problematica si veda *infra*, par. 3.3.

<sup>28</sup> Possono, peraltro, anche essere congelati embrioni di una coppia qualora la donna si debba sottoporre ad una cura che provoca infertilità.



tentativo di fecondazione di un certo numero di embrioni da trasferire in utero. Gli embrioni rimanenti, il cui sviluppo sia soddisfacente, sono invece congelati. La legge non impone alcun limite numerico agli embrioni da congelare<sup>29</sup>.

La costituzione e la conservazione degli embrioni soprannumerari è stata giustificata in base al diritto alla salute della donna. Infatti, considerando il basso tasso di successo della gravidanza dopo una fecondazione *in vitro*, gli embrioni soprannumerari permettono di evitare la fase di stimolazione ovarica e di prelievo e, al contempo, riducono i casi di gravidanze pluri-gemellari, più rischiose per la donna<sup>30</sup>.

Le coppie da cui hanno origine gli embrioni sono sollecitate, annualmente, a manifestare le loro intenzioni concernenti il loro progetto genitoriale. Quando si abbia una rinuncia (in caso di successo o meno della procreazione medicalmente assistita), possono scegliere tra diverse ipotesi: (1) donare gli embrioni ad altre coppie nell'ambito di un'altra procreazione medicalmente assistita; (2) destinarli alla ricerca scientifica; (3) distruggerli.

In caso di disaccordo nella coppia sul futuro degli embrioni, quando la conservazione è ultraquinquennale, essi vengono distrutti.

L'accoglimento dell'embrione, a differenza della donazione di sperma o dell'ovodonazione, è subordinata ad una decisione giudiziaria, il che fa sì che si utilizzi sovente la denominazione di "adozione dell'embrione".

Per quanto riguarda gli embrioni, la legge del 2011 ha esteso le possibilità di donazione, eliminandone il "carattere eccezionale" (articolo L 2141-6 cod.s.pub.), che aveva creato diversi problemi interpretativi, permettendo la donazione ogni volta in cui la coppia che ha concepito l'embrione non abbia più un progetto genitoriale e vi rinunci.

Le stesse problematiche relative alla filiazione paterna si possono porre con questo procedimento; per la filiazione materna, invece, come per l'ovodonazione, la madre sarà la persona che ha partorito.

---

<sup>29</sup> Dato che numerosi problemi etici si pongono relativamente agli embrioni, la vitrificazione ovocitaria dovrebbe permettere di limitare il concepimento degli embrioni soprannumerari.

<sup>30</sup> ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport n. 3111 fait au nom de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique (n. 2911) par J. Leonetti*, cit., 51.

### 3. Principi ed argomenti evocati in relazione alla fecondazione eterologa

#### 3.1. Le ragioni del riconoscimento

Nel diritto francese, le ragioni addotte per il riconoscimento della fecondazione eterologa, come accennato, erano focalizzate soprattutto sul principio di solidarietà<sup>31</sup> e sulla necessità di dare un inquadramento legislativo a pratiche già ammesse.

Principi come la tutela del diritto alla salute della donna<sup>32</sup>, del bambino<sup>33</sup> o del diritto ad una famiglia, sono stati quindi presi in considerazione e tra loro bilanciati, principalmente nella precitata decisione del *Conseil constitutionnel*.

Il diritto alla tutela della salute è previsto dal comma 11 del Preambolo della Costituzione del 1946, secondo il quale: “[la Nazione] garantisce a tutti ed in particolare ai bambini, alle madri ed agli anziani lavoratori, la tutela della salute, la sicurezza materiale, il riposo ed il tempo libero”. Questa disposizione, che sembrava presentare un carattere essenzialmente programmatico, è stata considerata dal *Conseil constitutionnel* come dotata, quanto meno a certi fini, di efficacia precettiva (dec. n. 74-54 DC, 15 gennaio 1975). In applicazione di questo principio, il *Conseil* ha accettato di controllare la legittimità costituzionale di una legge alla luce di tale disposizione (dec. n. 77-92 DC, 18 gennaio 1978). Il contenuto del diritto alla tutela della salute è assai eterogeneo ed implica, tra l’altro, anche un diritto alle cure. Come è stato rilevato in precedenza, l’ordinamento giuridico francese considera la procreazione assistita alla stregua di un trattamento sanitario cui si può ricorrere solo in caso di impossibilità (o di inopportunità) fisica di procreare naturalmente. In questa prospettiva, l’assistenza medica alla procreazione interessa, dunque, il diritto alla tutela della salute, e segnatamente quello della donna.

La necessità di rispettare norme internazionali in materia non è stata determinante, a quanto risulta dai lavori parlamentari. Alcuni riferimenti al diritto comparato sono stati operati, ma non hanno inciso in maniera significativa sulla legislazione.

Il principio di eguaglianza, invocato dalla minoranza parlamentare al fine di aprire dette tecniche ai *singles* ed agli omosessuali, non è stato accolto, in quanto è stato ribadito che si poneva una problematica concernente il diritto di “famiglia” che doveva inserirsi in una riflessione distinta da quella della bioetica. Il primo ministro, al momento del dibattito sulla redazione del progetto di legge sul matrimonio

---

<sup>31</sup> CONSEIL D’ETAT, *La révision des lois de bioéthique, Etude adoptée par l’assemblée générale plénière le 9 avril 2009*, cit., 62.

<sup>32</sup> Questo diritto è stato, ad esempio, determinante per gli embrioni, al fine di evitare il ricorso sistematico alla stimolazione delle ovaie e l’inseminazione di tutti gli embrioni concepiti. Da ciò deriva, altresì, l’accettazione del congelamento degli embrioni ed il loro eventuale utilizzo, previa donazione, a coppie affette da problemi di sterilità.

<sup>33</sup> Quello di evitare il contagio della donna e del bambino è proprio uno dei motivi fondanti del ricorso alla procreazione medicalmente assistita.



omosessuale, ha infatti rimandato l'esame di una possibile estensione della procreazione medicalmente assistita ad una legge complementare sulla famiglia, il cui esame è stato, tuttavia, recentemente rinviato *sine die*<sup>34</sup>.

Di fronte alla limitatezza di donazioni di ovociti, è emerso dai rapporti parlamentari<sup>35</sup> che numerose sono le coppie che si recano all'estero (in Grecia, in Repubblica Ceca, in Danimarca e, soprattutto, in Spagna) per ottenerli, innescando pratiche dette di "turismo procreativo"<sup>36</sup>, con una possibile diversificazione tra le coppie che possono recarsi all'estero per fruire di tali tecniche, ove esse siano praticate nel modo più ampio, e coloro che, invece, non potranno disporre – per ragioni essenzialmente economiche – di questa possibilità. Contro tali pratiche si cerca di sviluppare campagne di informazione e modalità di accelerazione della procedura per ridurre i tempi di attesa. Una di queste modalità consiste nella "donazione incrociata": una coppia in attesa di una donazione può presentarsi in un centro CECOS con un donatore (più spesso con una donatrice): l'ovocita non sarà destinato direttamente alla coppia in questione, poiché si perderebbe il carattere anonimo della donazione, ma questo permette alla coppia di avanzare nella lista d'attesa, riducendo i tempi da alcuni anni ad alcuni mesi<sup>37</sup>.

Sempre in vista dell'aumento delle ovodonazioni e della riduzione del ricorso alle fecondazioni all'estero, nel corso dell'*iter* legislativo del 2011 sono state formulate diverse proposte volte a favorire la donazione di ovociti<sup>38</sup>. Ad esempio, la donatrice di ovociti può beneficiare di un'autorizzazione all'assenza dal luogo di lavoro del datore di lavoro per effettuare gli esami e sottoporsi agli interventi necessari alla sua donazione. Inoltre, una nuova tecnica, la "congelazione rapida (vitrificazione)" degli ovociti, è stata autorizzata, per migliorare i risultati della conservazione. Ancora, per estendere il numero dei possibili donatori, la nuova legge di bioetica ha aperto alla possibilità di donare gameti anche senza avere già avuto figli, ciò che, in base alla legge del 2004, era obbligatorio. Questa disposizione è ancora in attesa di entrare in vigore a causa della mancanza, ad oggi, del previsto decreto di attuazione.

Per quanto riguarda, invece, la questione del rispetto dell'autonomia professionale del medico, la normativa recata dalle leggi sulla bioetica permette generalmente di prendere in considerazione le nuove tecniche della procreazione assistita. Le variazioni ed i miglioramenti di una tecnica già ammessa dalla legge possono essere integrate e autorizzate con semplice norma regolamentare. La difficoltà risiede,

---

<sup>34</sup> *Loi sur la famille: les élus du PS mécontents, le gouvernement se justifie*, in *Le Monde*, 4 febbraio 2014, [http://abonnes.lemonde.fr/societe/article/2014/02/04/les-deputes-ps-presenteront-des-lois-initialement-prevues-dans-la-loi-famille\\_4359931\\_3224.html](http://abonnes.lemonde.fr/societe/article/2014/02/04/les-deputes-ps-presenteront-des-lois-initialement-prevues-dans-la-loi-famille_4359931_3224.html).

<sup>35</sup> ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport n. 3111 fait au nom de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique (n. 2911) par J. Leonetti*, cit., 54.

<sup>36</sup> AGENCE DE LA BIOMEDECINE, *Rapport annuel 2012*, cit., 72.

<sup>37</sup> V. SIMOGLU, *De la Grèce en France et au-delà: quelles «politiques» pour le don d'ovocytes?*, in *Champ Psy*, 2013/2, n. 64, 41 ss.

<sup>38</sup> In particolare, si è parlato di sviluppare le azioni di informazione e di promozione della donazione; di rendere più efficaci le procedure di rimborso delle spese sostenute dalle donatrici; di aumentare i centri autorizzati ad effettuare i prelievi di ovociti.

tuttavia, nella qualificazione di una certa tecnica come nuova ovvero puramente migliorativa di altra già esistente<sup>39</sup>.

### 3.2. Il principio dell'anonimato nella donazione di gameti

Nella fecondazione eterologa si è posto, *ab initio*, il principio dell'anonimato del donatore, come corollario della gratuità della donazione. Questo principio è stato oggetto di dibattiti durante l'*iter* parlamentare che ha condotto all'adozione della legge sulla bioetica del 2011, soprattutto per quanto riguarda la donazione di spermatozoi.

Alcuni paesi europei hanno scelto di eliminare l'anonimato sulle donazioni di gameti. La Francia ha invece optato per una concezione assai rigorosa, "assoluta"<sup>40</sup>, del principio dell'anonimato, che vale sia per l'identità del donatore che per i suoi "dati non identificativi" (informazioni concernenti la storia medica o genetica della famiglia del donatore; informazioni varie che il donatore abbia fornito al proposito). Se è impossibile per il figlio nato a seguito di procreazione medicalmente assistita conoscere l'identità del donatore, il principio dell'anonimato ha carattere solo relativo nei confronti del personale medico: in caso di necessità terapeutica, i medici possono avere accesso alle informazioni mediche non identificative (articoli L 1241-6 cod.civ. 4 e L 12446 del cod.s.pub.). Qualora fosse necessario avere maggiori informazioni biologiche sul donatore, ad esempio in caso di malattia del bambino, esse sono dunque reperibili da parte dei medici, perché conservate dai centri di assistenza alla procreazione. La legge sulla bioetica del 2011 ha, al riguardo, previsto che la conservazione sia sottoposta al controllo della Commissione su informatica e libertà, garante della conservazione dei dati personali (articolo L 1244-6 del cod.s.pub.).

Il principio di anonimato del donatore è sempre stato considerato come la componente di una posizione etica che protegge tutti i protagonisti della procreazione medicalmente assistita: il donatore, posto al riparo da ogni tentazione pecuniaria e pressione psicologica (anche in relazione al principio di non patrimonialità del corpo umano); la società, evitandosi una politica eugenetica che tenderebbe a sviluppare una selezione dei donatori in virtù di criteri fisici e sociali, anche se una certa selezione si effettua, da parte dei medici dei centri CECOS, tramite l'uso della tecnica dell'"appaiamento"<sup>41</sup>; i genitori, cui consente di costruire più serenamente la loro famiglia (senza temere l'irruzione di un terzo soggetto). Per quanto riguarda i figli nati

---

<sup>39</sup> ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport n. 3111 fait au nom de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique (n. 2911) par J. Leonetti*, cit.

<sup>40</sup> CONSEIL D'ETAT, *La révision des lois de bioéthique, Etude adoptée par l'assemblée générale plénière le 9 avril 2009*, cit., 52.

<sup>41</sup> "L'appaiamento (*appariement*) tra la coppia donatrice e la coppia ricevente non è previsto per legge, ciononostante, l'insieme dei centri realizza un appaiamento secondo l'origine etnica delle coppie. A seconda dei centri, l'appaiamento può essere effettuato riguardo al gruppo sanguigno, alle caratteristiche fisiche o all'età della donna. Per i centri che realizzano un appaiamento che riguarda in particolare i gruppi sanguigni, lo scopo è di lasciare la libertà alle coppie riceventi di scegliere se informare i figli o meno sulle loro origini", C. WITTEMER – K. BETTAHAR-LEBUGLE, *Etat des lieux de l'accueil d'embryons en France*, in *MT / Médecine de la reproduction, gynécologie et endocrinologie*, vol. 10, n. 1, 2008.

da fecondazione eterologa, la questione che riguarda la loro impossibilità di conoscere l'identità dei donatori è assai controversa. Diversi studi, soprattutto psicoanalitici<sup>42</sup>, affrontano la questione della ricerca delle proprie origini con visioni diametralmente opposte, sollevando un dibattito che ha portato all'inserimento di alcuni articoli (dal 14 al 18), nel progetto di legge di revisione delle leggi bioetiche del 2011, che prevedevano la possibilità di eliminare l'anonimato del donatore e di dare accesso almeno ad alcuni suoi dati (anche se non direttamente al nominativo) da parte dei figli che ne facessero richiesta, una volta raggiunta la maggiore età. Il Consiglio di Stato aveva dato un parere positivo a questa soluzione. Temendo sia la diminuzione del numero delle donazioni<sup>43</sup> sia il turbamento della pace delle famiglie, le due camere del Parlamento hanno rigettato questi articoli fin dalla prima lettura del testo di legge. L'eliminazione dell'anonimato avrebbe avuto, per il legislatore, conseguenze negative. Una persona priva di qualunque progetto genitoriale al momento della donazione avrebbe potuto trovarsi a doversi confrontare con la domanda di uno o più bambini inerente la ricerca delle loro origini, ciò che avrebbe potuto danneggiare il suo equilibrio familiare. Il relatore del progetto di legge sulla bioetica del 2011 si era chiesto altresì se non facesse sviluppare un senso di colpevolezza nel donatore il rifiuto di corrispondere alla domanda di un altro soggetto nato grazie alla sua donazione, e ciò anche se non si sentisse investito di alcun ruolo "paterno". Il Comitato consultivo nazionale di etica temeva, poi, le "diseguaglianze", dannose, che avrebbero potuto discendere dall'abbandono dell'anonimato assoluto, in quanto l'accesso ai dati del donatore sarebbero dipese dalla prestazione o meno del consenso da parte di quest'ultimo.

Il Consiglio di Stato ha più recentemente confermato l'approccio del Parlamento francese in un parere che nega l'incompatibilità del principio dell'anonimato dei donatori di gameti con l'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti umani, che sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare<sup>44</sup>.

La giustificazione dell'anonimato, in definitiva, è di ordine pratico, ma non solo. Oltre alle argomentazioni sopra esposte, giova sottolineare come la posizione maggioritaria in Francia tenda a rimarcare la chiara distinzione tra donazione di gameti e filiazione. Altrimenti detto, la filiazione non può non basarsi su un legame affettivo. Una concezione che avesse riguardo al fattore genetico "ridurrebbe la

---

<sup>42</sup> Per una posizione favorevole all'eliminazione dell'anonimato da parte di una nota psicanalista francese, v. G. DELAISI DE PARSEVAL, *Comment entendre les demandes de levée du secret des origines?*, in *Revue Esprit*, maggio 2009. Dal punto di vista giuridico, gli argomenti contro l'anonimato della donazione di gameti sono enumerati da I. THERY, *L'anonymat des dons d'engendrement est-il vraiment éthique?*, in *La revue des droits de l'homme*, n. 3, giugno 2013.

<sup>43</sup> Da alcune indagini compiute è emerso che, se il principio dell'anonimato non fosse stato iscritto nella legge, il 61,8% dei donatori non avrebbe effettuato donazioni.

<sup>44</sup> CONSEIL D'ETAT, *avis* n. 362981, *du 13 juin* 2013.

filiazione umana a quella degli animali o delle piante”<sup>45</sup>. Il Comitato consultivo nazionale di etica ha affermato, in questo senso, che “i genitori non sono dei gameti”<sup>46</sup>.

### **3.3. Le conseguenze della legge sul matrimonio omosessuale sulla fecondazione eterologa**

Nel 2013, la Francia ha visto l’introduzione della possibilità per le coppie dello stesso sesso di contrarre il matrimonio<sup>47</sup>. Questa possibilità implica allo stesso tempo l’apertura dell’adozione a queste stesse coppie, in quanto per adottare è necessario essere sposati; le possibilità di adozione riguardano sia l’adozione congiunta sia l’adozione all’interno della coppia da parte di uno dei coniugi del figlio dell’altro coniuge. Dal 14 ottobre 2013, quando la prima adozione in seno a coppie omosessuali è stata pronunciata dal tribunale di Lilla<sup>48</sup>, almeno una ventina di adozioni sono state recensite dalle principali associazioni di genitori omosessuali, e tra di queste nessuna sembra essere stata un’adozione congiunta. Se, in alcuni casi, i bambini adottati sono i figli di un membro della coppia e di un *ex*-coniuge, nella maggior parte dei casi si tratta di figli nati con fecondazione eterologa effettuata all’estero, in paesi che, diversamente dalla Francia, permettono anche ai *singles* di accedere a questa pratica. In questa situazione, i figli hanno un solo genitore legale (la madre che ha partorito), e possono essere adottati dalla coniuge della madre biologica, previa istanza al tribunale competente. In certi casi, recentemente segnalati dai media francesi<sup>49</sup>, alcuni tribunali sembrano però poter dare un esito negativo alla istanza di adozione del figlio del coniuge da parte di donne omosessuali sposate. I pareri di alcuni procuratori della Repubblica, notificati alle coppie richiedenti l’adozione, sono negativi, a causa della “filiatura materna stabilita in maniera fraudolenta”, e tramite “aggiramento della legge” francese. La madre biologica, recandosi in Spagna o in Danimarca (come nei casi evocati dalla stampa francese), avrebbe, infatti, insieme con la coniuge, “agito in frode alla legge, corrompendo il legame giuridico tra la madre ed il figlio”; tale frode sarebbe “d’ostacolo alla pronuncia di un’adozione” da parte del tribunale competente. Non è dato sapere, per il momento, se i tribunali in questione, di Aix-en-Provence, Marsiglia e Tolosa, seguiranno il parere del procuratore nelle loro decisioni, attese per i mesi di aprile e maggio 2014.

---

<sup>45</sup> È, questa, la posizione di Axel Kahn, in ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport n. 3111 fait au nom de la Commission spéciale chargée d’examiner le projet de loi relatif à la bioéthique (n. 2911) par J. Leonetti*, cit., 42.

<sup>46</sup> COMITE CONSULTATIF NATIONAL D’ETHIQUE, *Avis n. 90 sur l’accès aux origines, l’anonymat et le secret de la filiation*, novembre 2005. Il rapporto è disponibile *on line* alla pagina <http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis090.pdf>.

<sup>47</sup> V. *supra*, nota 17.

<sup>48</sup> J. SAULNIER, *Famille homoparentale: un premier cas d’adoption d’enfants de conjoint*, in *L’Express*, 21 ottobre 2013.

<sup>49</sup> G. DUPONT, *Couples gays: la justice bloque des adoptions d’enfants nés par PMA*, in *Le Monde*, 24 febbraio 2014; L. MARTINET, *Mariage gay: pourquoi la justice bloque encore certaines adoptions*, in *L’Express*, 25 febbraio 2014.

# GERMANIA

di Maria Theresia Rörig

## 1. Premessa

Nell'ordinamento tedesco non esiste una legge specifica sulla procreazione medicalmente assistita. Parte degli aspetti della fecondazione artificiale sono tuttavia disciplinati, in generale, nella Legge per la tutela dell'embrione (*Embryonenschutzgesetz* – in breve *ESchG*) del 13 dicembre 1990, entrata in vigore il 1° gennaio 1991. In concreto, peraltro, sono piuttosto le Linee guide e direttive dei medici a rilevare. Dal momento che la disciplina relativa alla procreazione assistita non può essere ricondotta ad un unico settore del diritto, essa deve peraltro essere analizzata partendo da diversi ambiti giuridici<sup>1</sup>.

## 2. Le previsioni costituzionali e delle fonti sovranazionali

La normativa costituzionale ha un impatto notevole sulla disciplina della fecondazione artificiale. In particolare, vengono in rilievo la tutela della dignità umana (art. 1, comma 1, della Legge fondamentale [LF]), il diritto generale allo sviluppo della personalità (di cui all'art. 2, comma 1, in combinato disposto con l'art. 1, comma 1), il diritto alla vita ed all'incolumità fisica (art. 2, comma 2), il principio di uguaglianza (art. 3, comma 1) nonché l'art. 6, che tutela il matrimonio e la famiglia<sup>2</sup>. Nell'ambito della fecondazione eterologa sono principalmente la dignità<sup>3</sup>, la vita e l'integrità fisica dell'embrione ovvero del figlio, che devono essere bilanciati, in particolare, con il diritto alla personalità ed all'autodeterminazione (art. 2, comma 1, in combinato disposto con l'art. 1, comma 1), che include “il diritto alla procreazione” dei genitori<sup>4</sup>, nonché con i diritti alla dignità personale, alla vita ed all'integrità fisica della donna che porta in grembo l'embrione creato attraverso la fecondazione artificiale; vengono, infine, in gioco anche i diritti alla personalità,

---

<sup>1</sup> Cfr. anche R. ARNOLD, *Questioni giuridiche in merito alla fecondazione artificiale nel diritto tedesco*, in C. CASONATO – T.E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2006, 5 ss.

<sup>2</sup> Nell'ambito della procreazione assistita possono, inoltre, rilevare la libertà di professione di cui all'art. 12, in capo ai medici coinvolti, nonché la libertà della scienza e della ricerca di cui all'art. 5, comma 3. Cfr. per il testo vigente della Legge fondamentale: <http://www.bundestag.de/parlament/funktion/gesetze/grundgesetz/index.html>; una traduzione italiana (sebbene non aggiornata) è disponibile online alla pagina: <http://www.comites-monaco.de/documentazione/60 Costituzioni.pdf>.

<sup>3</sup> Al riguardo, si richiede una “considerazione olistica” delle condizioni della creazione del nascituro e delle prospettive di vita.

<sup>4</sup> Tale diritto sembra emergere dall'art. 6, commi 1 e 2, o, almeno, dal diritto generale alla personalità di cui all'art. 1, in combinato disposto con l'art. 2, comma 1.

all'autodeterminazione ed alla procreazione, nonché alla dignità personale del donatore di liquido seminale.

Sembra comunque che, con la Legge per la tutela dell'embrione del 1990, il legislatore tedesco abbia optato – per quanto riguarda le fattispecie regolamentate – per la prevalenza della tutela della vita prenatale rispetto alla libertà di autodeterminazione della madre ovvero dei genitori<sup>5</sup>.

Ad oggi, la giustizia costituzionale non si è, peraltro, dedicata specificamente al tema della fecondazione eterologa, ma ha solo toccato marginalmente l'argomento (v. *infra*). Il Tribunale costituzionale ha avuto comunque modo di attribuire alla conoscenza della propria origine genetica valore costituzionale ed ha pertanto riconosciuto il diritto del figlio a sapere chi sono i propri genitori genetici<sup>6</sup>.

Ciò posto, autorevole dottrina, sebbene non unanime, nega comunque, con riferimento alla fecondazione eterologa che si effettua con il seme di un *donatore anonimo*, la violazione della dignità umana del figlio, anche se con ciò quest'ultimo venga privato della conoscenza della propria origine genetica<sup>7</sup>. L'anonimato del padre genetico non rappresenterebbe un caso così atipico rispetto al processo naturale della procreazione da giustificare il giudizio di violazione della dignità umana. Il diritto generale alla personalità del figlio, da cui deriva il diritto di conoscere la propria discendenza genetica, come è stato appunto riconosciuto dal Tribunale costituzionale federale, non raggiungerebbe

---

<sup>5</sup> Il Tribunale costituzionale federale ha sviluppato, in materia di tutela della vita, il concetto di “dovere oggettivo di protezione” (*objektive Schutzpflicht*) in capo allo Stato, riferito in particolare al legislatore. I valori compresi nei diritti fondamentali devono essere attuati dai pubblici poteri, e segnatamente dal legislatore, chiamato a garantire i diritti attraverso la previsione di obblighi, cui si connettono adeguate strutture organizzative e norme procedurali per la loro attuazione. Il legislatore non è obbligato ad impiegare subito quale mezzo per la tutela dei valori costituzionali il diritto penale. La giurisprudenza costituzionale in tema di aborto ha percorso un'evoluzione per cui, se la protezione è sufficiente, attraverso ad esempio una consulenza preventiva, essa si sostituisce a quella penale (cfr. anche R. ARNOLD, *op. cit.*).

<sup>6</sup> Cfr. BVerfG, pronuncia del 18 gennaio 1988 - 1 BvR 1589/87 -, con cui il Tribunale costituzionale ha attribuito alla conoscenza della propria origine genetica, e con ciò della propria individualità, valore costituzionale. Ne discende che il figlio nato al di fuori del matrimonio ha il diritto di sapere chi è il suo padre biologico (se risulta possibile accertarlo); v. anche BVerfGE 79, 256 (268 s.), ordinanza del 31 gennaio 1989, secondo cui il diritto generale alla personalità (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*) include il diritto alla conoscenza della propria discendenza genetica, in quanto quest'ultima impronta la personalità dell'individuo. Non si ha tuttavia il diritto al raggiungimento di tale conoscenza, ma se ne garantisce la tutela avverso la conservazione delle informazioni che siano ricevibili. In seguito, il *Bundesverfassungsgericht* ha però anche sottolineato la necessità della ponderazione del diritto alla personalità del figlio con quello della madre: BVerfGE 6 maggio 1997, 1 BvR 409/90. V. anche BVerfGE 90, 263, 26 aprile 1994 (1 BvR 1299/89 e 1 BvL 6/90).

Cfr. anche la sentenza del 13 febbraio 2007 – 1 BvR 421/05 – che impone al legislatore l'introduzione di una norma che garantisca una procedura di accertamento della paternità (genetica) che è ora prevista nell'art. 1598a del Codice civile.

<sup>7</sup> HERDEGEN, in MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz*, ed. maggio 2009, Art. 1 LF, n° 101, con ulteriori riferimenti; diversa posizione è espressa da DÜRIG nella edizione precedente, Art. 1, comma 1, n° 39; *contra* anche MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *GG I*, 5. ed. 2005, Art. 2 LF, comma 2, n° 107.



un livello tale da doversi ad esso attribuire il valore della dignità umana, anche perché, nel caso della fecondazione eterologa, non si può accertare alcun rapporto tra il donatore anonimo e la madre (e quindi, a maggior ragione, con il figlio).

Secondo questo orientamento, la fecondazione eterologa, ai fini della realizzazione del “diritto alla procreazione” dei genitori, è quindi in linea di massima compatibile con la dignità umana del figlio (anche se ciò può implicare la creazione di embrioni in soprannumero, visto che essi hanno a loro volta una propria prospettiva di vita, a meno che non vengano creati al solo fine della ricerca e terapia, ciò che, però, sarebbe lesivo della dignità umana).

La dottrina ritiene inoltre che, sebbene non sia riconosciuta dal diritto tedesco, la *maternità surrogata*, in presenza di sterilità o infertilità della donna (sposata) che desidera avere un figlio, non leda la dignità umana del figlio, della madre in affitto o della donna che desidera il figlio. Sebbene il *transfer* dell’embrione nel corpo di una donna diversa dalla madre genetica (dopo una fecondazione *in vitro*) comporti problematiche difficilmente gestibili dal punto di vista del diritto di famiglia (v. *infra*), non si potrebbe tuttavia affermare una violazione della dignità umana dei soggetti coinvolti<sup>8</sup>. Si è però notato che la maternità surrogata fuoriesce dalla correlazione voluta dall’art. 6 LF tra unione sessuale, origine biologica e associazione sociale. In rapporto ad altre pratiche, come ad esempio l’aborto, la maternità surrogata, in quanto decisione a favore della vita, sembrerebbe tuttavia accettabile senza che con ciò venissero disconosciuti i problemi correlati con la tensione psichica di cui sono oggetto le parti coinvolte<sup>9</sup>.

La procreazione medicalmente assistita è rientrata, dalla riforma costituzionale del 2006, espressamente nella c.d. *konkurrierende Gesetzgebung* (legislazione concorrente)<sup>10</sup> (art. 74, comma 1, n° 26, LF), ma ad oggi il legislatore si è avvalso della propria competenza legislativa solo in maniera limitata (appunto, attraverso la Legge sulla tutela dell’embrione).

Oltre alle disposizioni costituzionali, anche le norme di diritto sovranazionale, come in particolare gli artt. 14 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU), possono esplicitare una certa rilevanza in materia di fecondazione assistita. Al riguardo, si pone tuttavia la questione della collocazione all’interno dell’ordinamento tedesco di dette fonti, ed in particolare dell’efficacia della CEDU nell’ordinamento interno, con riguardo alle fattispecie che non interessano direttamente il giudicato delle decisioni della Corte EDU. Il *Bundesverfassungsgericht*, sebbene non facendo particolare riferimento alla procreazione assistita, ha sottolineato a più riprese (recentemente in

---

<sup>8</sup> HERDEGEN, *op. cit.*, n° 104, STARCK, in v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *op. cit.*, Art. 1, comma 1, LF, n° 97.

<sup>9</sup> Cfr., per ulteriori riferimenti, R. ARNOLD, *op. cit.*

<sup>10</sup> In Germania, la competenza concorrente è concepita nel senso di attribuire, in settori espressamente elencati, la “preferenza” alla legislazione del *Bund* rispetto a quella dei *Länder*. In altri termini, una volta che il legislatore federale, in presenza dei presupposti espressamente previsti dalla LF (art. 72), interviene a disciplinare certe fattispecie, si verifica un effetto di sbarramento (*Sperrwirkung*) nei confronti del legislatore del *Land*, che, pur se in origine competente, non è più abilitato ad intervenire.

particolare nella sentenza del 4 maggio 2011 relativa alla misura di sicurezza della detenzione preventiva)<sup>11</sup> come la CEDU ed i relativi protocolli siano trattati internazionali che, per avere effetti nell'ordinamento tedesco, necessitano dell'intervento del legislatore federale ai sensi dell'art. 59, comma 2, LF<sup>12</sup>, ovvero dell'assenso degli organi competenti nella forma di una legge federale<sup>13</sup>. Il legislatore del *Bund* ha, infatti, dato il proprio assenso alla ratifica della CEDU e dei relativi protocolli con una legge formale<sup>14</sup> (ciò implica che una violazione della CEDU, non riverberandosi in una violazione diretta della LF, non può essere oggetto di un ricorso diretto presso il *Bundesverfassungsgericht*)<sup>15</sup>.

Sebbene la CEDU ed i relativi protocolli non possano quindi considerarsi alla stregua di un parametro costituzionale, i giudici tedeschi devono rispettare la Convenzione, interpretando le disposizioni della Legge fondamentale in un'ottica di *favor* (*völkerrechtsfreundlich*) per i trattati internazionali (*ergo* anche per la CEDU e per la relativa giurisprudenza, cui si attribuisce una "funzione di orientamento e di indirizzo" ed una "efficacia di precedente almeno fattuale", che si espande anche al di là del singolo caso concreto). La CEDU e l'interpretazione che ne dà la Corte europea devono dunque considerarsi un sostegno interpretativo per la determinazione del contenuto e della portata dei diritti e principi fondamentali della Carta costituzionale tedesca, sempre che ciò non conduca ad una limitazione della tutela dei diritti fondamentali di cui alla Carta costituzionale tedesca (esclusa, tra l'altro, dalla stessa CEDU: art. 53)<sup>16</sup>. In questo senso, non si è rinunciato alla propria sovranità che si traduce nella c.d. "*ultima parola*" della carta costituzionale tedesca. Se una violazione dei principi costituzionali fondamentali non può essere altrimenti evitata, il legislatore può, in via del tutto eccezionale, prescindere dal rispetto delle disposizioni dei trattati internazionali, senza che con ciò si leda l'obiettivo del *favor* per detti trattati.

---

<sup>11</sup> BVerfGE del 4 maggio 2011 (2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10 e 2 BvR 2333/08, 2 BvR 571/10, 2 BvR 1152/10), in merito alla misura di sicurezza della detenzione preventiva, con ulteriori riferimenti giurisprudenziali: cfr. *Bollettino di informazione sull'attualità giurisprudenziale straniera* del maggio 2011.

<sup>12</sup> "I trattati, che regolano i rapporti politici del Bund o che si riferiscono a materie della legislazione federale, necessitano di volta in volta dell'assenso o della partecipazione degli organi competenti per la legislazione federale, nella forma di una legge federale. Per le convenzioni di carattere amministrativo valgono le corrispondenti norme sull'amministrazione federale".

<sup>13</sup> In proposito, il Tribunale costituzionale ha evidenziato come la Convenzione lasci la scelta su come garantirne il rispetto agli Stati membri; cfr. BVerfGE 111, 307 <316> con ulteriori rif.

<sup>14</sup> *Gesetz über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten* del 7 agosto 1952, BGBI II, 685; la Convenzione è entrata in vigore in Germania il 3 settembre 1953. Cfr. anche BVerfGE 74, 358 <370>; 82, 106 <120>; 111, 307 <316 s.>.

<sup>15</sup> Cfr. BVerfGE 74, 102 <128> con ult. rif.; 111, 307 <317>; BVerfGK 3, 4 <8>.

<sup>16</sup> Cfr. BVerfGE 74, 358 <370>; 83, 119 <128>; 111, 307 <317>; 120, 180 <200 s.>; BVerfGE 3, 4 <7 s.>; 9, 174 <190 s.>; 10, 66 <77 s.>; 10, 234 <239>; 11, 153 <159 ss.>; 12, 37 <40>; BVerfGE del 20 dicembre 2000 – 2 BvR 591/00 –; del 21 novembre 2002 – 1 BvR 1965/02 –; del 2 luglio 2008 – 1 BvR 3006/07 –; del 18 dicembre 2008 – 1 BvR 2604/06 –; del 4 febbraio 2010 – 2 BvR 2307/06 –.



L'influenza della giurisprudenza della Corte EDU sugli ordinamenti nazionali si è potuta recentemente riscontrare anche con riferimento alla procreazione assistita nel caso *S.H. ed altri c. Austria* (Ricorso n° 57813/00), oggetto della sentenza della Corte di Strasburgo del 1° aprile 2010, la cui traduzione è riportata *infra*, in Appendice al presente volume.

Alla luce della sentenza della Grande Camera della Corte EDU nel caso contro l'Austria, che ha enfatizzato l'esistenza di un margine di apprezzamento a favore degli Stati membri –, la Germania ha confermato la propria normativa in materia di procreazione assistita. Pertanto anche la questione circa il rilievo della collocazione della CEDU nell'ordinamento tedesco e della sua eventuale incidenza sui diritti fondamentali con riferimento alla fecondazione eterologa, ed in particolare se tale tema dovesse divenire oggetto di uno scrutinio più approfondito da parte del *Bundesverfassungsgericht*<sup>17</sup>, non appare imminente, né, d'altra parte, è dato avvertire alcuna specifica ragione che tale lo possa rendere in relazione ad un eventuale contrasto con il dettato della CEDU.

### **3. La normativa di rango legislativo e regolamentare**

#### **3.1. La legislazione in materia di fecondazione artificiale**

L'unica legge tedesca che riguarda specificamente il tema della procreazione assistita è la sopra menzionata Legge per la tutela dell'embrione del 1990, una legge penale complementare, la quale arriva a prevedere, per determinate fattispecie, la pena della reclusione. Il legislatore ha con ciò optato per una disciplina che tutela in modo rigoroso soprattutto l'embrione, come del resto esplicitato già dal titolo della legge<sup>18</sup>.

Ai sensi dell'art. 8, comma 1, *ESchG*, viene considerata esistente la vita umana dell'embrione fin dalla fusione dei patrimoni genetici contenuti nello spermatozoo e nella cellula uovo<sup>19</sup>. In ossequio ai principi costituzionali, ed in particolare a quello che impone la tutela della vita, la *ESchG* mira ad evitare la morte dell'embrione, ciò che implica anche l'impossibilità di creare embrioni soprannumerari. La legge in discorso impedisce, inoltre, ricerche distruttive sugli embrioni e prevede che la fecondazione extracorporea sia resa possibile esclusivamente per finalità procreative. Ai fini della tutela dell'embrione, relativamente alla fase anteriore all'annidamento, gli abusi gravi sono soggetti a sanzioni penali.

---

<sup>17</sup> V. anche *infra*, par. 3.1.1.

<sup>18</sup> La tutela dell'embrione viene, peraltro, ulteriormente regolamentata e rafforzata dalla Legge per la tutela dell'embrione in relazione all'importazione ed all'utilizzo di cellule staminali embrionali umane (Legge riguardante le cellule staminali – *Stammzellengesetz*), del 28 giugno 2002, e successive modificazioni.

<sup>19</sup> L'art. 8 *ESchG* definisce il termine "embrione" come segue: "(I) Ai sensi della presente legge, con il termine 'embrione' si intende l'ovulo umano fecondato e vitale fin dal momento della cariogamia, ed inoltre ogni cellula totipotente che, in presenza delle condizioni necessarie, sia in grado di dividersi e di svilupparsi per dare origine ad un individuo".

Altre disposizioni relative alla fecondazione artificiale – ma solo a quella di tipo omologo – sono rintracciabili nel Codice sociale V (*Sozialgesetzbuch V*, in breve *SGB V*), che disciplina, tra l'altro, i presupposti per il sussidio statale per malattia<sup>20</sup>.

### 3.1.1. L'ovodonazione

La *ESchG* vieta e sanziona penalmente sia la c.d. *ovodonazione* (ovvero la fecondazione di un ovulo che non venga poi utilizzato per la donna cui appartiene) che la pratica dell'affitto d'utero (ossia la maternità surrogata o dissociata), in ragione del fatto che la tutela del figlio impone una coerenza tra la maternità genetica, quella biologica e quella sociale. Si vuole garantire la “univocità della maternità” nell'interesse del bambino (comportando la maternità dissociata problemi sociali e psicologici), sebbene in dottrina (v. *supra*) la maternità surrogata non venga ritenuta illegittima (soprattutto quando essa rappresenti un'alternativa all'aborto).

Ai sensi dell'art. 1 della legge, è punibile con la reclusione fino a tre anni o con una multa “1) *chi effettua il transfer in una donna di un ovocita non fecondato proveniente da un'altra donna*<sup>21</sup>; 2) *chi provvede alla fecondazione artificiale di un ovocita ad un fine diverso da quello di provocare una gravidanza nella donna dalla quale l'ovocita proviene*<sup>22</sup>; [...], 6) *chi preleva da una donna un embrione prima che si sia concluso l'annidamento nell'utero*<sup>23</sup> al fine di trasferire tale embrione in un'altra donna o di utilizzarlo ad uno scopo non diretto alla sua sopravvivenza<sup>24</sup>, e 7) *chi effettua una*

---

<sup>20</sup> In particolare, l'art. 27 a *SGB V* stabilisce i requisiti della fecondazione artificiale per cui è prevista la copertura finanziaria da parte della Cassa mutua (l'assicurazione sanitaria statale), limitando però il rimborso delle spese mediche per l'intervento alle sole coppie coniugate ed alla fecondazione *omologa* (il legislatore ha introdotto una disposizione speciale per la copertura finanziaria della procreazione assistita quale trattamento *sui generis*, considerandola quindi *come se fosse* un trattamento terapeutico). I dettagli delle misure mediche destinate a provocare una gravidanza mediante la fecondazione artificiale rispondenti ai requisiti dell'art. 27 a, comma 1, *SGB V* sono definite dalle Direttive della Commissione federale dei medici e delle Casse di malattia in materia di fecondazione artificiale del 14 agosto 1990, come modificate nel corso degli anni (l'ultima modifica, del 18 ottobre 2012, è entrata in vigore il 18 dicembre 2012, cfr. [http://www.g-ba.de/downloads/62-492-661/KB-RL\\_2012-10-18.pdf](http://www.g-ba.de/downloads/62-492-661/KB-RL_2012-10-18.pdf)). Le Direttive ribadiscono, a loro volta, il limite di copertura finanziaria dell'intervento in riferimento alle sole coppie eterosessuali sposate, con impiego esclusivo di ovociti e spermatozoi provenienti dai *partners* della coppia (par. 2).

<sup>21</sup> Dal tenore testuale della disposizione si desume chiaramente che comporta violazione solo la fecondazione artificiale di una cellula uovo, non di cellule in eventuali stadi anteriori (ad esempio, crioconservazione di pronuclei che si trovano nella fase anteriore all'unione). Inoltre, è da evidenziare come la disposizione penale non contempli il trasferimento di un embrione, in particolare in quanto un embrione, quindi una cellula uovo fecondata, all'occorrenza può trovare anche una madre sostitutiva (*Ersatzmutter*), affinché esso sia salvaguardato dalla morte. V. però anche *infra*, in relazione all'art. 1, comma 1, n° 6, che intende evitare la donazione di embrioni e la maternità surrogata.

<sup>22</sup> Al riguardo, si veda anche la Legge riguardante le cellule staminali (nota 18).

<sup>23</sup> In tal caso, si applicano anche le norme del Codice penale in materia di aborto.

<sup>24</sup> La punibilità si estende al tentativo.

*fecondazione artificiale o trasferisce un embrione umano in una donna (madre surrogata) disposta a cedere dopo la nascita il figlio in via definitiva a terzi”.*

È altresì punito “*chi, con mezzi artificiali, introduce uno spermatozoo umano in un’ovocellula umana, per uno scopo diverso da quello di provocare la gravidanza nella donna dalla quale l’ovocita proviene*” (art. 1, comma 2, n° 2)<sup>25</sup>.

La legge sulla tutela dell’embrione sanziona penalmente il medico per la sua prestazione che consenta la c.d. maternità surrogata, mentre né la madre in affitto né le persone “committenti” sono soggette ad una sanzione penale. L’art. 1, comma 3, *ESchG* sancisce, infatti, che non sono punibili, “*1) nei casi di cui al primo comma nn. 1, 2 e 6, la donna dalla quale ha origine l’ovocellula o l’embrione e la donna nella quale viene trasferito l’ovocellula o si intende trasferire l’embrione, nonché, 2) nei casi di cui al primo comma, n. 7, la madre surrogata e la persona disposta a prendere definitivamente in affidamento il bambino*”.

Il donatore di spermatozoo non si rende in quanto tale sanzionabile penalmente per concorso di reato, giacché per la “paternità dissociata” non sussiste la stessa necessità di protezione penale avvertita per la maternità dissociata<sup>26</sup>.

Inoltre, il c.d. *Adoptionsvermittlungsgesetz* (la legge che disciplina la mediazione nel campo delle adozioni) vieta e sanziona penalmente l’attività di mediazione tesa a procurare madri surrogate, mentre non vengono punite le madri surrogate o i genitori che hanno dato l’incarico di mediazione (questi possono però essere ritenuti responsabili per un illecito amministrativo).

Si segnala, infine, che il Governo tedesco ha presentato, nell’ambito del giudizio della Corte EDU nel caso *S.H. ed altri c. Austria* (Ricorso n° 57813/00), una sua presa posizione in merito alla ovodonazione che viene riassunta dalla sentenza stessa come segue:

“*52. Il Governo tedesco afferma che, ai sensi del paragrafo 1(1) della legge tedesca sulla protezione degli embrioni (Embryonenschutzgesetz), costituisce reato punibile l’impianto in una donna di un uovo non prodotto da lei.*

“*53. Il divieto è pensato per proteggere il benessere dei bambini, assicurando l’identità inequivocabile della madre. Biologicamente, solo le donne sono capaci di partorire. La condivisione della maternità tra una madre biologica ed una madre genetica avrebbe come risultato due madri aventi un ruolo nella procreazione di un bambino. Questa sarebbe una novità assoluta nella natura e nella storia del genere umano. In termini giuridici, storici e culturali, la inequivocabilità della maternità rappresenta un valore fondamentale e sociale di base e, per questa sola ragione, è considerato indispensabile dal legislatore tedesco. Inoltre, la relazione con la madre è ritenuta importante per la ricerca dell’identità del bambino. In conseguenza, il bambino avrebbe grosse difficoltà nell’affrontare il fatto che, in termini biologici, due donne abbiano avuto un ruolo nella sua*

---

<sup>25</sup> La punibilità si estende al tentativo.

<sup>26</sup> Cfr. R. ARNOLD, *op. cit.*

nascita. La maternità condivisa e la conseguente ambiguità dell'identità della madre potrebbero compromettere lo sviluppo della personalità del bambino e potrebbero creare notevoli problemi nella ricerca della sua identità. Dunque, questo è contrario al benessere del bambino.

“54. Un altro pericolo sta nel fatto che la madre biologica, consapevole del background genetico, potrebbe ritenere la donatrice dell'uovo responsabile delle malattie o dei difetti del bambino e rifiutarlo. Un conflitto di interessi tra la madre biologica e quella genetica potrebbe andare a detrimento del bambino. Per il donatore, produrre ovuli utilizzabili è una procedura complicata ed invasiva, che potrebbe portare ad un danno fisico e psicologico e ad un rischio per la salute del donatore. Un altro conflitto che potrebbe emergere e danneggiare i rapporti tra le madri genetica e biologica ed il bambino è che l'uovo donato risulti fecondo nella provetta mentre la donatrice stessa non riesca ad ingravidarsi attraverso la tecnica della fecondazione in vitro.

“55. Per le ragioni sopra menzionate, la maternità condivisa è considerata una seria minaccia per il benessere del bambino, ciò che giustifica il divieto ai sensi della legge sulla protezione degli embrioni.”

### **3.1.2. La fecondazione eterologa**

La legge sulla tutela dell'embrione non disciplina espressamente la procreazione di tipo eterologo, ma non oppone comunque alcun divieto a tale tipo di fecondazione, salvo il limite derivante dal divieto di ovodonazione e di fecondazione *post mortem*, sancito nell'art. 4, comma 1, n° 3. L'unica condizione risulta essere la presenza del consenso del donatore e di quello della donna (art. 4, comma 1, n° 1 e 2). Infatti, ai sensi dell'art. 4, commi 1 e 2, “(I) è punito con la reclusione fino a tre anni o con una multa: 1) chi effettua la fecondazione artificiale di un ovocita senza il consenso della donna che ha fornito l'ovocita e dell'uomo il cui spermatozoo è stato utilizzato per la fecondazione; 2) chi effettua un transfer embrionale in una donna senza che questa abbia prestato il proprio consenso [...]”.

L'art. 4 intende quindi garantire gli interessi dei genitori genetici, ovvero il rispetto della volontà della madre e del donatore dello spermatozoo di utilizzare le tecniche della procreazione assistita per lo scopo della procreazione. Non vi sono, peraltro, specificazioni ulteriori circa l'informazione finalizzata al consenso, né sulle procedure all'uopo necessarie. Qualche ragguaglio può essere dedotto dalle Linee guida modello dei medici in materia di fecondazione artificiale (su cui, v. *infra*).

Residua anche un'incertezza circa la revocabilità del consenso, e non sembra escluso, ai sensi della legge *de qua*, che la donna (o anche il donatore) faccia, all'ultimo momento, uso della sua “libertà di autodeterminazione” e neghi il proprio consenso al *transfer* di un embrione già creato<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> In questo caso, si pone il problema della conservazione (si tratta, non a caso, di una delle rare situazioni in cui la crioconservazione viene accettata).

L'art. 9 *EschG* sancisce, inoltre, l'obbligatorietà dell'azione di un medico nell'intervento di fecondazione artificiale e di *transfer* in una donna di embrioni umani (c.d. riserva a favore della professione medica), a tutela anche dell'integrità del corpo e della vita (non solo del figlio, ma anche) della madre.

Al di là di quanto stabilito da queste norme, non si rintracciano disposizioni legislative che si soffermino in modo particolare sugli interessi e sui diritti dei soggetti (madre, padre, ma anche medici) coinvolti nella procreazione assistita, salvo ovviamente il nascituro.

### 3.2. Aspetti civilistici

Gli aspetti civilistici della fecondazione artificiale ricadono principalmente nell'ambito del diritto di famiglia.

Ai sensi dell'art. 1591 del Codice civile (BGB), è considerata “*madre di un figlio la donna che lo ha partorito*”, quindi la madre biologica, anche se non coincidente con la madre genetica o anche se la donna che partorisce è una c.d. madre in affitto: quand'anche la madre uterina non coincidesse con la madre genetica, ma solo con la madre biologica, madre rimarrebbe ai sensi del BGB, con tutte le conseguenze giuridiche che ne discendono (a prescindere dal fatto che abbia ricevuto la donazione di una cellula uovo o di un embrione). Alla madre genetica, in quanto donatrice, non è riconosciuto alcuno *status* giuridico in relazione al bambino. Una coppia (madre e padre genetico) aveva adito il *Bundesverfassungsgericht* al fine di verificare se il rifiuto opposto, da un'autorità dell'anagrafe tedesca, di registrare e certificare l'atto di nascita dei “loro figli” emesso da un'autorità californiana fosse conforme alla Costituzione. “I figli” in questione erano stati partoriti da una madre “in affitto” in California. Il Tribunale costituzionale non è però entrato nel merito della questione, in quanto il ricorso è stato dichiarato inammissibile per motivi formali e pertanto respinto *in limine* (ordinanza del 22 agosto 2012, 1 BvR 573/12).

Il vincolo di filiazione padre-figlio si stabilisce, invece, in primo luogo per il tramite della madre. Si assume, infatti, ai sensi dell'art. 1592, n° 1, BGB, che l'uomo coniugato con la madre al momento della nascita del bambino sia il padre. Tale attribuzione giuridica della paternità vale a prescindere dalla paternità genetica o meno del marito della madre. Pertanto, anche il bambino nato con il seme di un donatore estraneo alla coppia viene, da un punto di vista giuridico, considerato figlio del marito della madre (biologica) e non invece del donatore del seme. Poiché sussiste una relazione di paternità tra il bambino ed un uomo diverso dal donatore del seme, a quest'ultimo non fa capo alcun rapporto giuridico con il bambino (un tale rapporto potrebbe solo crearsi a seguito di un'impugnazione della paternità dell'uomo considerato padre: v. *infra*).

Il rapporto di filiazione tra un figlio nato *al di fuori del matrimonio* ed il suo padre sociale si stabilisce invece, ai sensi dell'art. 1592, n°2 e 3, BGB, per riconoscimento ovvero per azione o accertamento giudiziale. Ai sensi dell'art. 1594 BGB, gli effetti giuridici del riconoscimento – che è ammesso già prima della nascita del figlio –, possono, salvo che dalla legge non disponga altrimenti,

essere fatti valere a partire dal momento in cui il riconoscimento diviene efficace (il riconoscimento non è efficace fino a quando sussiste la paternità di un altro uomo o se viene sottoposto a condizione o termine)<sup>28</sup>.

Per rafforzare la posizione del bambino, l'efficacia dell'atto di riconoscimento viene condizionato al consenso del figlio e, se minore, della madre (art. 1595 BGB)<sup>29</sup>. Il riconoscimento e l'approvazione devono essere certificati in forma pubblica (le relative copie autenticate devono essere trasmesse al padre, alla madre e al figlio, nonché all'ufficiale dello stato civile).

L'autore dell'atto di riconoscimento può comunque impugnare la propria paternità, non solo in caso di vizio della dichiarazione, bensì anche nell'ipotesi di dichiarazione volontariamente falsa.

Con riferimento alla fecondazione eterologa di una coppia non sposata, il padre "sociale" non può – in mancanza di paternità genetica – essere costretto al riconoscimento. Per questo, le Linee guida dei medici condizionano tale tipo di fecondazione alla previa dichiarazione di riconoscimento della paternità giuridica (v. *infra*).

La paternità legittima può essere impugnata nel caso in cui sussista una discrepanza tra la paternità giuridica e quella genetica.

Attualmente, legittimati all'impugnazione sono essenzialmente l'uomo (il marito), la cui paternità viene presunta, la madre ed il figlio. Tuttavia, in presenza di un consenso preventivo della coppia alla fecondazione eterologa, il disconoscimento della paternità da parte della coppia (madre e compagno) viene escluso<sup>30</sup>. Dal momento che non si prevede una particolare forma per il consenso preventivo con cui la legittimazione all'impugnazione viene esclusa, la dichiarazione del consenso stessa può ovviamente essere a sua volta oggetto di impugnazione e quindi di problematiche probatorie. Pertanto, le Linee guida e direttive mediche (anche quelle vigenti a livello dei vari *Länder*) richiedono che il consenso sia documentato.

---

<sup>28</sup> Già con la riforma del diritto di filiazione del 1998 (*Kindschaftsrechtsreform*), che ha realizzato la totale equiparazione dei figli legittimi e non legittimi (per cui il BGB tedesco ora conosce solo "figli (*Kinder*)" essendosi eliminata dalla terminologia codicistica la distinzione tra "*eheliche*" e "*uneheliche Kinder*"), è stata riconosciuta al padre, non sposato con la madre, la potestà genitoriale sul figlio.

<sup>29</sup> Art. 1595 BGB: (1) Il riconoscimento necessita della approvazione della madre.

(2) Il riconoscimento necessita anche della approvazione del figlio, se alla madre a tal riguardo non spetta la potestà genitoriale.

(3) All'approvazione si applica corrispondentemente l'art. 1594, commi 3 [*inefficacia se sottoposta a condizioni o termine*] e 4 [*ammissione prima della nascita*]. Per il testo delle disposizioni del codice civile, v. <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> e [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/german\\_civil\\_code.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/german_civil_code.pdf) [traduzione inglese aggiornata al 2011].

<sup>30</sup> Si noti, peraltro, che il consenso alla fecondazione eterologa è revocabile in qualsiasi momento fino a quando la fecondazione non vada a buon fine.



Inoltre, il donatore del seme (il padre genetico) non è di regola legittimato all'impugnazione della paternità del marito della madre. Vi è una disciplina – modificata nel 2004<sup>31</sup> a seguito di una sentenza del *Bundesverfassungsgericht*<sup>32</sup> – che pone alcune condizioni all'esercizio dell'azione da parte del padre genetico. I presupposti sono tre: la dichiarazione giurata di aver avuto rapporti sessuali con la madre del bambino nel periodo del concepimento; l'assenza di un rapporto socio-familiare tra il bambino e il padre giuridico; la prova del legame genetico (art. 1600, comma 1, n° 2, e comma 2, BGB). Visto che il donatore del seme non ha solitamente rapporti sessuali con la madre nel periodo di concepimento, esso non può avvalersi del diritto di impugnazione<sup>33</sup>. L'art. 1600 BGB prevede, infatti, quanto segue:

*“(1) Legittimati ad impugnare la paternità sono:*

- 1. l'uomo del quale sussiste la paternità secondo l'art. 1592 n° 1 e 2, art. 1593,*
- 2. l'uomo che giura di aver avuto rapporti sessuali con la madre del figlio nel periodo del concepimento,<sup>34</sup>*
- 3. la madre,*
- 4. il figlio e*
- 5. l'autorità competente (legittimata all'impugnazione) nei casi dell'art. 1592 n° 2<sup>35</sup>.*

*(2) L'impugnazione di cui al comma 1 n°2 presuppone che, tra il figlio ed il padre ai sensi del comma 1, n° 1, non sussista un rapporto socio-familiare o che esso non sussistesse al momento del suo decesso e che la persona che impugna sia il padre genetico del figlio<sup>36</sup>.*

---

<sup>31</sup> La *Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und des Umgang von Bezugspersonen des Kindes*, entrata in vigore il 30 aprile 2004.

<sup>32</sup> Con sentenza del 9 aprile 2003 (1 BvR 1493/96 e 1 BvR 1724/01), il Tribunale costituzionale federale aveva affermato che il mancato riconoscimento di alcuni diritti e doveri del padre biologico nei confronti del figlio violava l'art. 6, comma 1 e 2, LF. In particolare l'esclusione rigorosa del padre biologico dagli aventi diritto all'impugnazione della paternità, nonché dagli aventi diritto alla frequentazione del figlio, sono state ritenute in contrasto con la Carta costituzionale.

<sup>33</sup> V. anche Pretura (AG) di Colonia, sentenza dell'11 ottobre 2010 (315 F 226/09).

<sup>34</sup> Secondo la Corte di appello (OLG) di Colonia, ordinanza del 17 maggio 2011 (14 UF 160/10), tale disposizione deve essere interpretata nel senso che l'uomo che ha donato il seme ad una donna omosessuale che vive in un'unione registrata può (anche se non ha avuto rapporti sessuali) impugnare la paternità di un altro uomo che ha riconosciuto il bambino come figlio, senza però intrattenere rapporti social-familiari con lo stesso, salvo che il donatore e la madre abbiano sin dall'inizio concordato che il padre genetico rinunci alla propria responsabilità genitoriale. Il diritto d'impugnativa del donatore del seme in questione e pertanto l'interpretazione estensiva della normativa sono stati confermati anche dalla Corte suprema federale (BGH) con sentenza del 15 maggio 2013.

<sup>35</sup> Il Tribunale costituzionale federale ha dichiarato tale disposizione incostituzionale (ordinanza del 17 dicembre 2013 - 1 BvL 6/10). Cfr. la relativa segnalazione nel *Bollettino di informazione sull'attualità giurisprudenziale straniera* del febbraio 2014.

(3) *L'impugnazione di cui al comma 1 n°5 presuppone che non sussista un rapporto socio-familiare tra il figlio e la persona che lo riconosce o che tale rapporto non sussistesse al momento del riconoscimento oppure del suo decesso e che vengano integrati attraverso il riconoscimento i presupposti giuridici per l'ingresso legale o il soggiorno legale del figlio o di un suo genitore.*<sup>37</sup>

(4) *Un rapporto socio-familiare di cui ai commi 2 e 3 sussiste se il padre di cui al comma 1, n° 1, assume o ha assunto nel momento considerato l'effettiva responsabilità per il figlio. L'assunzione della responsabilità effettiva si afferma di regola se il padre ai sensi del comma 1, n° 1, è sposato con la madre del figlio o ha convissuto con il figlio per un periodo durevole in una comunità domestica.*

(5) *Se il figlio è stato concepito, con il consenso preventivo dell'uomo e della madre, attraverso inseminazione artificiale a mezzo di donazione di seme di un terzo, è escluso il disconoscimento della paternità da parte dell'uomo o della madre.*

(6) *I governi dei Länder sono autorizzati a determinare le autorità di cui al comma 1, n° 5 [...]”.*

Nel caso della fecondazione eterologa, solo il figlio è in realtà legittimato all'impugnazione della paternità del padre giuridico, ad esempio per istaurare un rapporto di filiazione con il donatore del seme<sup>38</sup>. Al riguardo, si ritiene in Germania – anche in considerazione della giurisprudenza costituzionale in merito al diritto alla conoscenza della propria origine genetica<sup>39</sup> – che le donazioni di sperma non debbano essere anomine e che si debba riconoscere al bambino, nato da inseminazione eterologa, il diritto alla disponibilità dei dati personali del donatore, con cui ha in comune il solo codice genetico (aprendo la strada a possibili azioni di disconoscimento della paternità da parte del figlio nei confronti del marito della madre, padre sociale e giuridico a tutti gli effetti). Il medico che ha effettuato l'intervento della fecondazione eterologa deve quindi, su richiesta del bambino, fornire

---

<sup>36</sup> Al riguardo, v. anche BVerfGE del 13 ottobre 2010 (1 BvR 1548/03), secondo cui il mancato riconoscimento di un diritto all'accertamento giudiziale della paternità biologica/genetica non lede il presunto padre biologico/genetico nel suo diritto alla personalità di cui all'art 1, comma 1, in combinazione con art. 1, comma 1, LF, qualora sussista un rapporto socio-familiare tra il figlio ed il padre giuridico. In una recente ordinanza del 4 dicembre 2013 (1 BvR 1154/10), il Tribunale costituzionale federale ha evidenziato che sia legittimo escludere il padre genetico – donatore del seme – dagli aventi diritto di impugnazione anche nel caso in cui non solo il padre giuridico, ma anche il padre genetico avesse avuto un qualche rapporto sociale-familiare con “il figlio”. Cfr. Segnalazione della pronuncia nel *Bollettino di informazione sull'attualità giurisprudenziale straniera* del gennaio 2014.

Circa il diritto genitoriale di cui all'art. 6, comma 2, LF del padre giuridico, v. anche BVerfGE 13 novembre 2008 (1 BvR 1192/08). V., altresì, BGHZ, 6 dicembre 2006 (XII ZR 164/04) e la citata pronuncia del BGH del 15 maggio 2013 (v. nota 34).

<sup>37</sup> V. nota 35.

<sup>38</sup> Per i termini, v. art. 1600b BGB; ad es. se il rappresentante legale di un figlio minore non ha impugnato tempestivamente la paternità, il figlio può tuttavia impugnarla personalmente dopo il concepimento della maggiore età (art. 1600b, comma 3, BGB).

<sup>39</sup> Cfr. *supra* e nota 6.



informazioni sulla persona del donatore e non può richiamare, al riguardo, il segreto professionale<sup>40</sup>. Se il medico e la struttura di appartenenza non dispongono di adeguata documentazione ed informazioni sul donatore del seme, questi possono essere esposti a pretese risarcitorie del figlio per violazione del diritto alla personalità.

Quantomeno in base all'interpretazione letterale della legge sussiste pertanto, per il donatore del seme, il rischio che debba assumersi la posizione giuridica di un padre non sposato con tutte le implicazioni – come l'obbligo reciproco di mantenimento, la successione ereditaria, etc. – che ciò comporta. A loro volta, i donatori (ed i loro eventuali eredi) potrebbero, se non siano stati sufficientemente edotti, rifarsi nei confronti della banca del seme o del medico se la responsabilità di questi non sia stata preventivamente esclusa; non è certo, tuttavia, che possa esserlo: secondo l'opinione prevalente, una dichiarazione che garantisca l'anonimato del donatore (quale condizione per il consenso del donatore) è illegittima, così come si considerano nulli i relativi contratti. La Corte di appello di Hamm (OLG Hamm) ha infatti ritenuto in una pronuncia del 6 febbraio 2013<sup>41</sup> che l'accordo tra il medico ed i genitori volto ad esonerare il primo dall'obbligo di rendere disponibili i dati del donatore – ossia un accordo sull'anonimato del donatore – debba considerarsi un contratto a sfavore di un terzo e pertanto nullo.

Ciò posto, la legittimazione del figlio all'impugnazione è oggetto di critiche, motivate dal fatto che l'interesse del bambino alla conoscenza delle proprie origini prevalga necessariamente sugli interessi, parimenti meritevoli di tutela, dei genitori che lo hanno allevato ovvero del donatore e della sua famiglia. Si dubita quindi sulla tutelabilità ad ogni costo del diritto generale alla conoscenza delle proprie origini genetiche. Viene tra l'altro evidenziato<sup>42</sup> che, nel caso simile della maternità in affitto, non sia previsto alcun rimedio analogo per il figlio. Alcuni ritengono pertanto che il diritto fondamentale del bambino alla conoscenza delle proprie origini genetiche, accertato dal *Bundesverfassungsgericht* già nel 1988 e 1989<sup>43</sup>, non implichi necessariamente che il figlio debba essere legittimato all'impugnazione della paternità del padre giuridico<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> Cfr. tra gli altri: OLG (Corte di appello) Hamm del 6 febbraio 2013, I 14 U 7/12.

<sup>41</sup> Cfr. nota 40.

<sup>42</sup> Cfr. S. WEHRSTEDT, *Notarielle Vereinbarungen anlässlich einer künstlichen Befruchtung*, RNotZ 2005, 109.

<sup>43</sup> Non è un caso che, a seguito di queste pronunce, il numero dei donatori sia calato drasticamente.

<sup>44</sup> Se è vero che nella decisione del 31 gennaio 1989 - I BvL 17/87 - il Tribunale ha accertato il diritto di un figlio adottato a conoscere i propri genitori genetici, il Tribunale non si è tuttavia pronunciato sulla questione se il figlio abbia o meno il diritto di sciogliere il legame giuridico con i genitori adottivi al fine di poter creare *sua sponte* un legame giuridico con i genitori genetici.

Poco chiara è anche la questione del rapporto tra i genitori e degli obblighi di mantenimento a seguito di un divorzio qualora il figlio impugni la paternità (ai sensi dell'art. 1570 BGB, il mantenimento è dovuto al figlio "comune" della coppia divorziata). La giurisprudenza ha però ritenuto sussistente quantomeno l'obbligo di mantenimento in presenza di un'impugnazione che non sia stata effettuata da parte dell'avente diritto che richiede il mantenimento (BGH DNotZ 1996, 778 ss.).

Ad oggi, restano dubbi gli aspetti civilistici connessi alla fecondazione eterologa cui sia ricorsa una donna *single* o omosessuale che conviva con la propria compagna in una unione registrata. Sebbene in Germania le direttive e linee guida mediche non consentano le tecniche di fecondazione eterologa per tali gruppi di persone o coppie, nella prassi nascono sempre più figli di donne *singles* o di coppie omosessuali (che si sottopongono ad esempio alle procedure della procreazione assistita in paesi dove la relativa disciplina è meno rigorosa). Ciò fa ovviamente sorgere sempre nuove questioni giuridiche<sup>45</sup>. In ipotesi, un donatore che viene citato in giudizio per il pagamento degli alimenti ad un figlio nato da una coppia lesbica – non registrata – alla quale aveva donato il proprio spermatozoo, non sembra avere grandi probabilità di vincere la causa: solo l'adozione del bambino da parte della coppia omosessuale potrebbe esonerarlo, ma a tale fine le due donne dovrebbero prima registrare la propria unione ai sensi della Legge sulle unioni registrate (*LPartG*). L'adozione del figlio di un *partner* registrato, se questo è nato grazie alla fecondazione eterologa, comporta che il figlio non possa impugnare la maternità della madre adottante per creare un rapporto di filiazione con il donatore del seme. Sulla base del diritto di adozione tutti i rapporti giuridici con il padre genetico si estinguono per legge. Ciò significa, però, che la madre adottante ha, paradossalmente, maggiori certezze giuridiche del marito di una donna che abbia avuto un figlio tramite fecondazione eterologa, che può appunto essere esposto all'impugnazione della sua paternità. Alla luce di tale esito, alcuni invitano il legislatore ad escludere anche la legittimazione del figlio all'impugnazione della paternità del proprio padre giuridico<sup>46</sup>.

Da segnalare, in tale contesto, è infine come la giurisprudenza abbia negato il diritto del figlio di un donatore di seme anonimo ad un (anticipo di) mantenimento da parte dei pubblici poteri nel caso di procreazione assistita eterologa qualora risulti, sin dall'inizio, escluso che l'identità del padre genetico possa essere individuata (cfr. Corte amministrativa di Baden-Württemberg/Mannheim, sentenza del 3 maggio 2012, – 12 S 2935/11 –; cfr. anche Corte federale amministrativa – BVerwG –, sentenza del 16 maggio 2013 – 5 C 28.12).

---

<sup>45</sup> Cfr., ad es., Corte di appello (OLG) Celle, 30 ottobre 2009 (21 UF 151/09): il padre genetico che ha donato il seme ad una coppia omosessuale ha il diritto di frequentare il figlio di cui all'art. 1684, comma 1 BGB (“.. *ciascun genitore è obbligato e legittimato alla frequentazione del figlio*”).

La Corte di appello (OLG) Karlsruhe, 16 novembre 2010 (5 UF 217/10), ha stabilito che alla compagna registrata della madre di un figlio nato da fecondazione eterologa, non adottato dalla stessa, non spetta il diritto di frequentazione di cui all'art. 1684, comma 1 BGB, ma solo quello di cui all'art 1685 BGB (“(1) *Nonni, fratelli ... hanno diritto di frequentazione nei confronti del figlio, se questo giova all'interesse del figlio. (2) Lo stesso vale per ... il convivente registrato o il precedente convivente registrato di un genitore, che ha vissuto con il figlio a lungo sotto lo stesso tetto, ...*”).

Secondo la Pretura (AG) di Elmshorn, 20 dicembre 2010 (46 F 9/10), se la compagna registrata intende adottare il figlio della sua compagna nato da fecondazione eterologa con un seme di un donatore anonimo, non bisogna attendere il periodo annuale (*Adoptionspflegejahr*) solitamente previsto per le adozioni.

<sup>46</sup> S. WEHRSTEDT, *op. cit.*, con ulteriori riferimenti.

Ora, il fatto che tante coppie si avvalgano, all'estero, di tecniche di procreazione assistita non consentite nel territorio nazionale compromette la validità delle massime tradizionali (ad esempio, quella secondo cui "*mater semper certa est*"), oltre a comportare una serie di complicazioni a livello di diritto internazionale privato, che in questa sede non possono che essere pretermesse<sup>47</sup>.

Al fine di evitare il più possibile le numerose incertezze, nella prassi ci si avvale in Germania di accordi notarili che documentino: (i) la consulenza preventiva anche sui rischi giuridici inerenti alla fecondazione artificiale, (ii) il consenso espresso dei soggetti coinvolti nel trattamento e le informazioni su un'eventuale revoca, (iii) l'obbligo di riconoscere la paternità e la dichiarazione di voler congiuntamente mantenere il figlio, (iv) l'assunzione della paternità per atto di volontà, con tutte le conseguenze giuridiche, (v) l'esenzione del donatore del seme da qualsiasi pretesa, attraverso un c.d. contratto a favore di terzi, (vi) le regole applicabili nel caso in cui la coppia divorzi o si separa se il figlio impugna la paternità.

Per il resto, è diffuso l'invito al legislatore perché intervenga a disciplinare la materia in maniera chiara ed esaustiva.

### 3.3. Le linee guida dei medici

Di particolare rilievo, nella prassi, sono le Linee guida modello per la effettuazione della procreazione assistita del 17 febbraio 2006, formulate dal Consiglio scientifico dell'Ordine nazionale dei medici, un atto dotato, per i medici, di carattere vincolante. Secondo tali Linee guida, la procreazione medicalmente assistita è un intervento medico finalizzato a realizzare il desiderio di una coppia di avere figli attraverso determinate tecniche mediche. Affinché una fecondazione artificiale possa essere attuata nel rispetto delle Linee guida, devono rispettarsi determinate indicazioni mediche: in particolare, è richiesto che tutte le pratiche diagnostiche, come pure tutte le possibilità terapeutiche primarie, siano state esperite; da ciò emerge che la fecondazione *in vitro* diviene ammissibile solo in via sussidiaria. Inoltre, devono essere rispettati determinati requisiti inerenti alla condizione di genitori. Prima del trattamento, gli interessati devono essere edotti in maniera completa sulle implicazioni mediche<sup>48</sup>, giuridiche e sociali che un simile intervento comporta.

Da notare è che la scienza medica attuale permette già tecniche di coltivazione e di osservazione morfologica (diagnosi pre-impianto) degli embrioni che comporterebbero meno rischi per la vita e per

---

<sup>47</sup> V., al riguardo, A. DIURNI, *Storia e attualità della filiazione in Europa*, in *Dir. Famiglia* 2007, 03, 1397. Cfr. anche OLG Celle, 10 marzo 2011 (17 W 48/10), circa le problematiche di diritto internazionale privato nel caso di fecondazione eterologa di una donna omosessuale e l'adozione del figlio; Corte amministrativa (VG) Berlino, 26 novembre 2009 (11 L 396/09), circa la paternità di un donatore e padre biologico di figli nati da fecondazione eterologa all'estero da una madre straniera sposata (in merito all'utero in affitto, v. anche *supra*).

<sup>48</sup> Viene, infatti, sottolineato come anche il trasferimento di due soli embrioni comporti un forte rischio di gravidanze plurigemellari e quindi un pericolo per la vita e la salute della madre e dei figli. Cfr. <http://www.bundesärztekammer.de/page.asp?his=0.7.45.3261>.

la salute dei soggetti coinvolti, tecniche che, però, non sembrano consentite alla luce della *ESchG*. Viene evidenziata, pertanto, la necessità di una revisione della normativa vigente<sup>49</sup>, che introduca, tra l'altro, una disciplina che permetta l'impianto di un singolo embrione prescelto ovvero la diagnosi pre-impianto. Il BGH (la Corte suprema federale) stesso ha, in una recente pronuncia del 6 luglio 2010, invitato il legislatore a provvedere ad una regolamentazione legislativa di tale materia. Nella citata sentenza del 6 luglio 2010, il BGH, riprendendo la distinzione di cui all'art. 8 della *ESchG* tra cellule totipotenti e cellule pluripotenti, ha ritenuto che la diagnosi preimpianto condotta su cellule embrionali pluripotenti al fine di verificare la presenza di gravi patologie genetiche non deve considerarsi alla stregua di una condotta penalmente sanzionabile.

In parziale risposta a tali sollecitazioni, nel mese di luglio 2011, è stato approvato dal *Bundestag* un progetto di legge che consente una limitata diagnosi pre-impianto in casi in cui si prospettino gravi complicanze e rischi genetici per il nascituro (*BT-Drucks.* 17/5451). La c.d. legge sulla diagnosi genetica preimpianto (DGP) (*Präimplantationsdiagnostikgesetz*) del 21 novembre 2011 (in BGBl. I p. 2228) prevede infatti una modifica dell'*ESchG* che permette in casi eccezionali la diagnosi pre-impianto. Pur mantenendo, quindi, un generale divieto di diagnosi genetica preimpianto – del resto sanzionata penalmente con la reclusione fino ad un anno o una pena pecuniaria –, il testo introdotto nell'art. 3a *ESchG* consente eccezionalmente di sottoporre embrioni concepiti *in vitro* ad un'indagine genetica o “*screening*” quando esiste un alto rischio di trasmissione da parte dei genitori alla prole di gravi malattie o malformazioni ereditarie comprovate, di un aborto spontaneo o di una morte uterina del feto. Gli elementi decisivi per permettere la “DGP” sono la gravità della patologia o difetto genetico ed il criterio della probabilità.

Al fine di evitare abusi, la legge prevede obbligatoriamente una consulenza specialistica, il consenso sia da parte di un'apposita commissione etica a composizione interdisciplinare che della donna (il suo consenso deve essere espresso per iscritto). Il consenso della donna deve essere preceduto da un'adeguata informazione e consulenza sulle possibili conseguenze mediche, psicologiche e sociali della diagnosi richiesta. L'esame potrà essere eseguito solo presso centri autorizzati. La DGP deve inoltre essere effettuata solo da medici qualificati presso centri specificamente autorizzati.

È stato a lungo percepito come problematico il fatto che il diritto positivo non definisse con precisione i casi a rischio o probabili malattie in presenza di cui la diagnosi risulta legittima. Le eccezioni al generale divieto di DGP, peraltro, non avrebbero potuto essere concretamente realizzate

---

<sup>49</sup> Perfino la Commissione bioetica del Ministero della Giustizia del *Land Rheinland-Pfalz* si è espressa, con specifica raccomandazione al legislatore datata 12 dicembre 2005, nel senso che in materia di procreazione assistita rilevano, non solo la tutela dell'embrione, ma anche la dignità umana ed il diritto alla procreazione dei genitori, il diritto alla salute della donna, nonché la libertà di autodeterminazione dei potenziali genitori, la libertà di coscienza e di professione dei medici, la libertà della scienza e della ricerca dei ricercatori ed infine il dovere dei pubblici poteri (ed *in primis* del legislatore) di tutelare la vita e l'integrità di tutti soggetti coinvolti.

in assenza di un regolamento attuativo, la cui adozione era espressamente affidata dalla legge al Governo federale.

Il Governo tedesco ha pertanto recentemente emanato il regolamento attuativo della legge sulla diagnosi genetica preimpianto (DGP), che è entrato in vigore il 1° febbraio 2014 (*Verordnung zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik*). In particolare, il regolamento si occupa di definire la disciplina per quanto riguarda le procedure da rispettare, il rilascio delle autorizzazioni ai centri specializzati, compresa la qualifica dei medici abilitati a lavorarvi e la durata delle autorizzazioni stesse, la composizione ed il funzionamento della commissione etica interdisciplinare e la gestione della documentazione.

Il regolamento contiene inoltre un paragrafo dedicato alle definizioni e in particolare a quella di DGP ossia di cellule che possono essere oggetto di diagnosi genetica preimpianto. Rispetto a tale definizione il regolamento ribadisce che debba trattarsi di cellule staminali in grado di moltiplicarsi e di specializzarsi in diversi tipi di cellule (pluripotenti), ma non anche di svilupparsi in individuo (totipotenti). Nonostante tutto, rimane comunque problematica – alla luce delle formulazioni ampie sia della legge che del regolamento in merito ai “rischi di malformazione, di aborto o morte” – la determinazione, nel caso concreto, in ordina all’*an* della legittimità della DGP.

#### **4. La prassi giurisprudenziale**

La giurisprudenza in materia di fecondazione eterologa e di fecondazione assistita in generale non è particolarmente copiosa, specie se si faccia riferimento alle decisioni del Tribunale costituzionale federale. Ad oggi, il Tribunale non si è ancora espresso sulla costituzionalità delle pertinenti disposizioni della Legge per la tutela dell’embrione né sulla problematica relativa alla legittimità della fecondazione eterologa in generale<sup>50</sup> (per quanto riguarda, invece, il diritto alla conoscenza delle proprie origini genetiche, riconosciuto dal Tribunale costituzionale già nel 1988 e nel 1989, v. *supra*).

Le pronunce dei giudici di Karlsruhe toccano solo marginalmente l’argomento della fecondazione artificiale e si esprimono piuttosto su questioni di natura finanziaria e assicurativa che sorgono tipicamente nell’ambito della procreazione assistita di tipo omologo<sup>51</sup>, visto che i costi della

---

<sup>50</sup> Alcune considerazioni importanti sul concetto e sulle dimensioni della dignità umana e della tutela della vita prenatale possono anche essere indirettamente dedotte dalle sentenze del Tribunale federale in merito all’interruzione volontaria della gravidanza: cfr. le sentenze del 25 febbraio 1975, BVerfGE 39, 1 ss., e del 28 maggio 1993, BVerfGE 88, 203 ss.

<sup>51</sup> Il Tribunale costituzionale federale ha, con sentenza del 28 febbraio 2007 (1 BvL 5/03), affermato la non incostituzionalità della disposizione di cui all’art. 27 a *SGB V*, che limita le prestazioni assicurative da parte del sistema sanitario statale per la procreazione assistita alle sole coppie coniugate. Secondo il Tribunale costituzionale, il legislatore è libero di determinare a propria discrezione i requisiti di copertura assicurativa per la procreazione assistita, che non viene considerata come un trattamento terapeutico per curare una malattia (la mancanza di figli, come tale, non è ritenuta una malattia), ma piuttosto un caso di copertura assicurativa *sui generis* (v. *supra*). Il legislatore è dunque autorizzato a condizionare le prestazioni sanitarie alla sussistenza di un matrimonio ed a ritenere che il vincolo del matrimonio dei



---

genitori fornisca maggiori garanzie per la tutela ed il bene del nascituro rispetto ad una convivenza di fatto che può sciogliersi più facilmente. In ogni caso non sussiste, secondo il Tribunale costituzionale, alcun obbligo costituzionale del legislatore di agevolare la creazione di famiglie attraverso la fecondazione artificiale. È tuttavia significativo che il Tribunale neghi la discriminazione delle coppie di fatto rispetto alle coppie sposate con l'argomento che la fecondazione artificiale non viene considerata dal legislatore un trattamento medico in senso proprio ma solo un intervento che viene disciplinato dalle stesse regole assicurative previste per i trattamenti terapeutici. Altrimenti, così sembrerebbe, la differenziazione non apparirebbe giustificabile.

Nel 2009, il Tribunale costituzionale ha ribadito il proprio orientamento (ordinanza del 27 gennaio 2009, 1 BvR 2982/07; cfr. [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20090227\\_1bvr298207.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20090227_1bvr298207.html)), pronunciandosi su un ricorso diretto che riguardava la costituzionalità della limitazione al 50% delle prestazioni assicurative, ossia delle sovvenzioni da parte del sistema sanitario statale, a copertura degli interventi medici diretti alla fecondazione artificiale di tipo omologo. Mentre in precedenza il sistema sanitario era tenuto a sopportare integralmente i costi per i citati interventi, la legge sulla modernizzazione del sistema assicurativo statale per la sanità ha limitato, a decorrere dal 1° gennaio 2004, il rimborso di detti costi nella misura del 50% (art. 27 a, comma 3, alinea 3, *SGB V*). Il Tribunale costituzionale federale ha giudicato il ricorso diretto inammissibile: esso non aveva alcuna possibilità di successo, atteso che le questioni sollevate erano già state affrontate e decise con la sopra citata sentenza, 1 BvL 5/03, del 28 febbraio 2007 (Cfr. [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/l20070228\\_1bvl000503.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/l20070228_1bvl000503.html)). Secondo il Tribunale, non è criticabile dal punto di vista costituzionale il fatto che gli interventi medici per la procreazione assistita non siano considerati alla stessa stregua dei trattamenti relativi alle malattie vere e proprie, e quindi che la relativa vicenda assicurativa venga trattata in maniera autonoma. Il concetto di malattia, che comporta l'obbligo di prestazioni del sistema sanitario statale, non può estendersi attraverso un'interpretazione che comprenda addirittura il desiderio di procreazione "fruttuosa" delle coppie sposate. La fecondazione artificiale non elimina, secondo il Tribunale costituzionale federale, alcuna anomalia di tipo fisico, ma la supera con l'ausilio della tecnica medica, senza però mirare ad una finalità curativa. Non vi è dunque alcuna violazione del principio di uguaglianza. Il Tribunale costituzionale federale deve osservare un rigoroso *self-restraint* nell'imporre al legislatore, nell'ambito dell'attività statale garantita (cioè, della sanità statale), in riferimento al principio di uguaglianza, obblighi di prestazione aggiuntivi, soprattutto quando essi siano finanziati dai contributi della comunità degli assicurati. In riferimento agli interventi relativi alla fecondazione artificiale, non esiste alcun obbligo per il legislatore di favorire la procreazione (ossia la creazione di una famiglia) con i mezzi del sistema sanitario pubblico. Sussiste, piuttosto, un potere discrezionale circa l'introduzione di una prestazione, che non è necessaria dal punto di vista medico per una terapia, ma che riguarda i desideri personali di un assicurato, in vista di una sua individuale prospettiva di vita. Pertanto, rientra nella discrezionalità del legislatore, nel quadro di una politica di promozione degli interventi di fecondazione artificiale, prevedere forme di sovvenzione solo parziali.

La questione della copertura assicurativa e/o finanziaria dell'intervento medico per la fecondazione artificiale è stata oggetto anche di varie sentenze della Corte federale suprema (BGH): cfr., tra l'altro, le sentenze della Corte federale suprema, BGH, del 17 dicembre 1986 – IVa ZR 78/ 85 –, in BGHZ 99, 228; e del 12 novembre 1997 – IV ZR 58/ 97 – in VersR 1998, 87; e del 3 marzo 2004, IV ZR 25/03, in BGHZ 158, 166, e della Corte federale amministrativa (BVerwG): BVerwG, del 27 novembre 2003, 2 C 38/02, in BVerwGE 119, 265. Il BGH e il BVerwG hanno ritenuto che la procreazione assistita sia un trattamento terapeutico, quanto meno ai fini, rispettivamente, dell'applicazione della normativa sulle assicurazioni sanitarie private e di quella sul sussidio per malattia (il BGH ha qualificato la fecondazione omologa nell'ambito del matrimonio come un trattamento terapeutico necessario che conduce alla rimborsabilità da parte dell'assicuratore). Cfr. anche BVerwG, sentenza del 10 ottobre 2013 (5 C 32.12), che ha ritenuto fondata la richiesta per sussidio assicurativo complementare di cui godono i funzionari tedeschi e i loro familiari (c.d. "*Beihilfe*") avanzata dalla moglie di un funzionario che si era avvalsa della fecondazione eterologa *in vitro* in ragione delle sue condizioni fisiche.

La Corte amministrativa del *Land Baden-Württemberg* ha inoltre ritenuto (sentenza del 29 giugno 2009 – 4 S 1028/07) che il 50% delle spese sostenute per la fecondazione *in vitro* di una coppia *non* sposata siano rimborsabili dall'ente

fecondazione eterologa non vengono coperti dal servizio sanitario<sup>52</sup> (ai sensi dell'art. 27 a del Codice sociale, v. *supra*) né, solitamente, dalle assicurazioni private<sup>53</sup>. In generale, comunque, la giustizia costituzionale sembra riconoscere il metodo della fecondazione artificiale, anche di quella eterologa, come un dato di fatto, che non sembra giudicare come un “disvalore”.

Con specifico riferimento alla fecondazione eterologa, si può segnalare una recente ordinanza del 2 luglio 2010 (1 BvR 666/10), in cui il Tribunale costituzionale si è pronunciato in merito al rifiuto dell'iscrizione nell'atto di nascita della compagna registrata della madre di un figlio nato da fecondazione eterologa che non era però stato adottato dalla compagna medesima. Sebbene il Tribunale non abbia accolto il ricorso, ha tuttavia osservato come non si riscontrasse, in base all'esposizione dei fatti, alcuna violazione di norme e diritti costituzionali ed umani a causa del suddetto rifiuto di iscrizione<sup>54</sup>. Il Tribunale ha al riguardo evidenziato che soltanto i genitori biologici o giuridici possono considerarsi titolari del diritto di cui all'art. 6, comma 2, per. 1, LF (e non anche la compagna registrata) e che la convivenza dei genitori con il figlio nell'ambito di una famiglia (art. 6, comma 1, LF) non viene comunque condizionata dalla registrazione nell'atto di nascita, documento che attesta solamente la discendenza giuridica del figlio. Inoltre, nemmeno il diritto generale alla personalità (di cui all'art. 2, comma 1, LF, in combinazione con l'art. 1, comma 1, LF) sarebbe stato leso alla luce della mancata iscrizione o dei mancati effetti della stessa. Infine, non si potrebbe affermare una violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3, comma 1, LF. I *partner* registrati non hanno il diritto ad un pari trattamento rispetto ai padri giuridici o biologici di un figlio in ordine all'iscrizione nell'atto di nascita. Sussiste, secondo i giudici di Karlsruhe, una differenza di base tra tali gruppi di persone: mentre tra il padre biologico o giuridico ed i figli sussiste un rapporto giuridico con reciproci diritti e doveri, ciò non può affermarsi in relazione ai compagni registrati, salvo che adottino il figlio.

Da segnalare è anche come la Corte federale delle finanze (BFH) abbia recentemente modificato il proprio orientamento<sup>55</sup> in merito alla fecondazione eterologa (sentenza del 16 dicembre 2010 – VI R 43/10), ritenendo che i costi anche di tale tipo di intervento devono essere considerati agli effetti fiscali. Una funzione del corpo – ostacolata da una malattia – verrebbe sostituita da un intervento medico anche nell'ambito di una fecondazione eterologa. Tale intervento deve – contrariamente a

---

previdenziale degli impiegati pubblici, nella misura in cui tale intervento risulti necessario per il trattamento di una “malattia” ed in quanto anche alla coppia di fatto spetterebbe la decisione di voler avere un figlio.

<sup>52</sup> V. anche BSG, sentenza del 9 ottobre 2001 (B 1 KR 33/00 R).

<sup>53</sup> Secondo il Tribunale (LG) di Mannheim, 28 agosto 2009, un uomo sposato non fertile non può comunque chiedere il rimborso alla sua assicurazione privata dei costi per una fecondazione eterologa *in vitro* della moglie. V., però, anche il Tribunale (LG) Dortmund, 10 aprile 2008 (2 O 11/07), che afferma il diritto al rimborso per la fecondazione eterologa nel caso in cui le condizioni dell'assicurazione non abbiano limitato la copertura alle coppie coniugate.

<sup>54</sup> Cfr. [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20100702\\_1bvr066610.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20100702_1bvr066610.html). Per lo stesso orientamento, v. anche Pretura (AG) di Amburgo, 10 gennaio 2009 (60 III 224/08).

<sup>55</sup> Cfr. BFH, sentenza del 18 maggio 1999 (III R 46/97).

quanto sostenuto nel passato – qualificarsi come un trattamento terapeutico, anche se non elimina la causa della malattia, ovvero della sterilità. Da un punto di vista fiscale, è sufficiente che le conseguenze della malattia vengano attenuate o eliminate<sup>56</sup>.

Sotto altro profilo, il tribunale amministrativo di Francoforte (23 febbraio 2011, – 3 K 4145/10 F –) ha negato, nel caso di una *donazione anonima del seme*, un sussidio statale per il mantenimento del figlio (che si concede nei casi in cui il sostegno di un genitore viene meno per motivi imprevedibili), in quanto la madre richiedente avrebbe avuto ben presente sin dall’inizio di dover mantenere il figlio nato da fecondazione eterologa senza un padre (e quindi da sola).

In merito alla *maternità in affitto*, è infine da ricordare una pronuncia del tribunale competente in materia fiscale (FG) di Düsseldorf del 9 maggio 2005 (18 K 7931/00 E), che ha negato benefici fiscali connessi alle relative spese in quanto non era configurabile una onerosità straordinaria (*aussergewöhnliche Belastung*): non ci si trovava di fronte ad un trattamento terapeutico inevitabile, senza contare che la maternità in affitto peraltro doveva ritenersi penalmente rilevante ai sensi dell’*ESchG* e della Legge sulle adozioni<sup>57</sup>.

## 5. Le tecniche di fecondazione eterologa ammesse

Come accennato, la legge sulla tutela dell’embrione del 1990 non vieta l’inseminazione eterologa, salvo che non si realizzi tramite la c.d. ovodonazione o sia *post mortem*. È necessario il consenso sia della donna che del donatore dello spermatozoo (art. 4, comma 1, n° 1 e 2, *ESchG*). L’art. 1, comma 1, n. 3, *ESchG* proibisce di trasferire più di tre embrioni nell’ambito di uno stesso ciclo mestruale<sup>58</sup>, mentre non è previsto un numero massimo di impianti durante la vita di una donna.

La disposizione deve essere letta assieme all’art. 1, comma 1, n. 5, *ESchG*, che riguarda lo stadio preliminare, ovvero la fecondazione della cellula uovo della donna. Questa norma proibisce la fecondazione di più ovuli rispetto a quanti possono essere trasferiti in un ciclo<sup>59</sup>, e persegue la protezione della vita evitando la creazione di embrioni soprannumerari. La restrizione per il

---

<sup>56</sup> Nella sentenza del BFH del 28 luglio 2005 (BStBl. 2006 II, 495; III R 30/03), si è stabilito che i costi per l’intervento della fecondazione *in vitro* devono essere considerati ai fini fiscali esclusivamente a favore delle coppie coniugate (e non quelle di fatto), anche alla luce del principio di tutela della famiglia (da cui deriva la protezione del desiderio dei coniugi di procreare).

<sup>57</sup> In merito alla tematica della madre in affitto ed alla pronuncia del Tribunale costituzionale federale del 22 agosto 2012 (1 BvR 573/12), v. *supra*.

<sup>58</sup> Infatti, ai sensi dell’art. 1, comma 1, n° 3 *ESchG* viene punito “3) *chi effettua il transfer in una donna di oltre tre embrioni all’interno di un medesimo ciclo*”.

<sup>59</sup> Si punisce “5) *chi effettua la fecondazione di un numero superiore di ovociti rispetto a quanti se ne intendano trasferire nel corso di un medesimo ciclo*”.



trasferimento a tre embrioni tende a ridurre il rischio di gravidanze plurigemellari<sup>60</sup>, in ragione del fatto che sono coinvolte la vita della madre e quelle dei figli, per lo più soggetti a nascita prematura.

Ulteriori particolari della fecondazione eterologa non sono disciplinati dalla suddetta legge. Sono, dunque, essenzialmente le sopra menzionate Linee guida modello per la effettuazione della procreazione assistita del 17 febbraio 2006 formulate dal Consiglio scientifico dell'Ordine nazionale dei medici a regolamentare le tecniche di fecondazione eterologa in Germania.

Tali Linee guida elencano, *in primis*, le varie tecniche di fecondazione che vengono praticate in Germania, tra cui: (1) Inseminazione artificiale (IA) intracorporea<sup>61</sup> (si distingue tra inseminazione intracervicale, inseminazione intrauterina e l'inseminazione intratubarica); (2) Gift (*Gamete Intrafallopian Transfer*)<sup>62</sup>; (3) FIV (Fecondazione *in vitro*)<sup>63</sup> extracorporea; (4) Icsi (Intracytoplasmatic sperm injection)<sup>64</sup>; (5) ET (trasferimento in utero degli embrioni) a prescindere se si tratta del trasferimento di uno, due o tre embrioni; (6) Fivet (Fecondazione *in vitro* e trasferimento dell'embrione)<sup>65</sup>.

Le Linee guida ribadiscono, poi, quanto previsto dalla *ESchG*; infatti, vietano la ovodonazione e prevedono che possano essere fecondate al massimo tre sole cellule uovo e che possano essere impiantati contemporaneamente nella madre al massimo tre embrioni<sup>66</sup>.

---

<sup>60</sup> Va comunque osservato che la limitazione a tre embrioni viene spesso percepita come problematica, perché, per un verso, non è certo, a livello di scienza medica, che un trasferimento plurimo possa essere realmente efficace, mentre, per altro verso, la gravidanza plurima può verificarsi già nel caso di trasferimento di due o tre embrioni; inoltre, sussiste il pericolo che i medici ricorrano ad una riduzione plurigemellare, ovvero alla distruzione intrauterina degli embrioni soprannumerari.

<sup>61</sup> Tecnica mediante la quale, con cannula, viene introdotto nell'apparato genitale della donna il gamete maschile, onde provocare o favorire l'incontro degli spermatozoi con l'ovocita, determinando così la fecondazione di quest'ultimo.

<sup>62</sup> Questa tecnica consiste nel trasferimento intratubarico dei gameti. Almeno tre ovociti ed una piccola quantità di seme maschile sono posti nelle tube, dove avviene la fecondazione. Si osserva, inoltre, che il trasferimento intrauterino dei gameti (nel quale la cellula uovo e gli spermatozoi sono immessi ai fini della fusione direttamente nell'utero) non è considerato dalla *ESchG*. L'art. 1, comma 1, n. 4, della legge, che disciplina invece il trasferimento intratubarico dei gameti (tecnica che prevede il trasferimento dei gameti maschili e femminili prima della fusione nella tuba) e che vieta che siano fecondati all'interno di uno stesso ciclo più di tre cellule uovo, non può trovare applicazione al trasferimento intrauterino per il divieto di analogia nel diritto penale.

<sup>63</sup> La fecondazione *in vitro* è una tecnica di procreazione umana assistita che mira ad ottenere diversi ovuli da fecondare con spermatozoi, fuori dal corpo della donna.

<sup>64</sup> Iniezione intracitoplasmatica dello spermatozoo. Consiste nell'introdurre lo spermatozoo direttamente all'interno dell'ovocita.

<sup>65</sup> La fecondazione avviene in una provetta, nella quale gli spermatozoi vengono a contatto con l'ovocita. L'embrione così ottenuto viene trasferito nell'utero.

<sup>66</sup> Nelle Linee guida modello viene, infatti, sottolineato come già il trasferimento di due soli embrioni comporti un forte rischio di gravidanze plurigemellari e quindi un pericolo per la vita e salute della madre e dei figli. Nel caso di pazienti sotto i 38 anni di età, si consiglia pertanto la fecondazione di sole due cellule uovo ed il trasferimento di soli due embrioni.

Stabiliscono anche quali tipi di coppie o persone possono accedere alla tecnica della fecondazione artificiale. Ai sensi dell'art. 3.1.1., si ammette, in linea di principio, in considerazione del bene del bambino, la fecondazione artificiale solo in capo alle coppie sposate. Tuttavia, una donna non sposata può essere fecondata artificialmente qualora il medico curante abbia, sulla base di una sua valutazione, raggiunto il convincimento che tale donna conviva in maniera stabile con un uomo non sposato e che tale uomo riconoscerà la propria paternità rispetto al nascituro. Viene pertanto esclusa la fecondazione artificiale in capo a *singles* o coppie omosessuali, non da ultimo per evitare che il bambino cresca senza padre nel senso sociale e giuridico.

In linea di massima, la fecondazione deve essere omologa, ovvero deve essere effettuata con lo spermatozoo del marito o compagno stabile della donna. La fecondazione eterologa può essere applicata solo se risulta medicalmente indicata e se viene spiegato dal punto di vista medico perché non si possa procedere con la fecondazione omologa. Ciò presuppone che la fecondazione omologa è fallita o che non può essere applicata per motivi clinici. La fecondazione eterologa è indicata alla luce (i) di gravi disturbi di fertilità dell'uomo, (ii) di una cura/trattamento di un disturbo di fertilità dell'uomo che ha tentato l'inseminazione intrauterina e/o intratubo e/o la fecondazione *in vitro* e/o l'iniezione intracitoplasmica degli spermatozoi nel sistema omologo senza esiti positivi, (iii) di un alto rischio di una grave malattia genetica per il bambino che emerge a seguito di una consulenza sulla genetica umana.

La fecondazione eterologa *in vitro* con *transfer* intrauterino dell'embrione (FIV con ET) e l'iniezione intracitoplasmica dello spermatozoo eterologa (Icsi con ET) presuppongono inoltre che l'inseminazione (intracervicale, intrauterina o intratubo) eterologa sia fallita.

Il medico deve, per procedere con la fecondazione eterologa, anche in collaborazione con una banca dello seme, assicurarsi che non vengano utilizzati spermatozoi misti ovvero di vari donatori, che siano stati effettuati determinati controlli medici sugli spermatozoi (tra cui un controllo HIV) e che non siano stati effettuate più di dieci gravidanze con il seme del donatore. Il medico può considerare certe caratteristiche come statura, etnia, gruppo sanguigno, colore degli occhi e dei capelli del donatore.

Prima di ogni intervento di fecondazione artificiale, la coppia deve essere edotta in maniera completa sulle implicazioni mediche (le varie procedure, rischi e complicazioni, effetti collaterali, possibilità di successo)<sup>67</sup> e (psico-)sociali (come eventuali conseguenze per la vita di coppia) che un simile intervento comporta, e anche sui costi e sull'eventuale copertura da parte del sistema sanitario, nonché su eventuali alternative alla fecondazione artificiale (ad esempio, l'adozione o la rinuncia alla terapia). Con specifico riferimento alla fecondazione eterologa, i futuri genitori devono essere edotti in particolare circa gli eventuali problemi psico-sociali ed etici che tale tipo di fecondazione può comportare. La consulenza deve pertanto estendersi allo sviluppo dei rapporti futuri ed alla questione

---

<sup>67</sup> Si consiglia anche l'esame della genealogia delle ultime tre generazioni, per escludere il più possibile rischi genetici; se del caso, si consiglia anche una consulenza relativa alla genetica umana documentata.

di come spiegare nel futuro al bambino la propria origine genetica. La consulenza si svolge nell'ambito di un colloquio con un medico che deve consigliare ai futuri genitori di avvalersi anche successivamente, ed a prescindere della cura o dell'intervento, di una consulenza e dell'assistenza medica o psicologica o psico-terapeutica.

In casi di particolare delicatezza da un punto di vista genetico, si richiede anche una consultazione preventiva circa la genetica umana della coppia.

Il medico che effettua l'intervento deve informarsi autonomamente sulle implicazioni giuridiche che la fecondazione eterologa può provocare. Si consiglia allo stesso medico di assicurarsi anche del fatto che i futuri genitori ed il donatore del seme siano stati edotti sulle possibili conseguenze di tale tipo di fecondazione.

Le informazioni e la consulenza fornite alla coppia, nonché il consenso di quest'ultima al trattamento, devono essere documentate e firmate sia dalla coppia che dal medico che ha edotto la coppia. Nel caso della fecondazione eterologa, il medico deve anche documentare (i) l'identità del donatore dello spermatozoo e l'utilizzo dei semi donati, (ii) il fatto che il donatore abbia dato il proprio consenso alla documentazione della provenienza e dell'utilizzo del suo seme donato, e – nel caso in cui il bambino dovesse richiederlo al medico – alla comunicazione dei propri dati personali al bambino; (iii) il fatto che i futuri genitori abbiano espresso il proprio consenso all'utilizzo dello spermatozoo eterologo ed alla documentazione della provenienza e dell'uso dei semi donati e che gli stessi futuri genitori abbiano esonerato il medico curante – nel caso in cui il bambino o uno dei futuri genitori dovesse richiedere allo stesso la comunicazione dei dati personali del donatore – dall'obbligo di segretezza.

Tale obbligo di documentare le suindicate informazioni sussiste anche in presenza di una collaborazione con una banca del seme e non è delegabile a quest'ultima.

I medici che effettuano trattamenti di fecondazione artificiale devono, infine, rispettare le procedure per la garanzia di qualità e, inoltre, avere i necessari requisiti tecnici e competenze. Devono anche darne comunicazione e, se richiesto, la prova agli Ordini dei medici. Questi ultimi devono tra l'altro gestire un Registro nazionale di documentazione ai fini della garanzia delle procedure e della qualità della fecondazione eterologa (*Deutsche IVF-Register*)<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> Qualora le prestazioni per la procreazione assistita siano oggetto di copertura finanziaria del sistema sanitario (*ergo*, nel caso della fecondazione *omologa* di una coppia coniugata), devono inoltre essere rispettate le norme del Codice sociale V (artt. 27a, 92, 121a e 135 ss. SGB V), nonché le relative Direttive della Commissione federale dei medici e delle Casse di malattia in materia di fecondazione artificiale.

# REGNO UNITO

di Sarah Pasetto

## 1. Il quadro normativo

In tema di procreazione medicalmente assistita, nell'assenza di una costituzione scritta, assumono particolare rilievo gli articoli 8 e 14 (ed in parte anche 12) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, incorporata nell'ordinamento britannico per mezzo dello *Human Rights Act 1998*. Secondo tale *Act*, le corti hanno l'obbligo di far riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo là dove i diritti sanciti dalla Convenzione siano rilevanti. È interessante notare che, ben prima dello *Human Rights Act*, la Convenzione era stata citata anche nel lavoro del Warnock Committee (v. *infra*), che si è posto a fondamento della prima legge sulla procreazione assistita.

Ciò posto, deve sin da subito rilevarsi che l'incorporazione della CEDU nell'*acquis communautaire* non avrà, al riguardo, significativi effetti nel Regno Unito, in ragione della sua sottoscrizione del Protocollo, allegato al Trattato di Lisbona, sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Polonia ed al Regno Unito, secondo il quale “[l]a Carta non estende la competenza della Corte di giustizia dell'Unione europea o di qualunque altro organo giurisdizionale [...] del Regno Unito a ritenere che le leggi, i regolamenti o le disposizioni, le pratiche o l'azione amministrativa della Polonia o del Regno Unito non siano conformi ai diritti, alle libertà e ai principi fondamentali che essa riafferma”<sup>1</sup>.

Nell'ordinamento del Regno Unito, peraltro, la procreazione medicalmente assistita ha una compiuta regolamentazione a livello legislativo ed infra-legislativo.

Il 25 luglio 1978, in provincia di Manchester, nasceva Louise Brown, la prima bambina nata da un embrione creato “in provetta” dai medici Patrick Steptoe e Robert Edwards<sup>2</sup>. La procedura seguita non era illecita, ma il caso – rivoluzionario – ha suscitato fortissime polemiche. Profonde divisioni, trasversali da un punto di vista politico, erano insorte nella comunità medica e nell'opinione pubblica: alcuni denunciavano l'assoluta pericolosità dell'evoluzione, che avrebbe comportato una vera e propria rivoluzione sociale, vista l'emersione di nuovi tipi di rapporti familiari; si evidenziava, poi, che con la

---

<sup>1</sup> L'articolo 1 comma 1° del Protocollo; l'art. 1 comma 2° del protocollo prevede quanto segue: “In particolare e per evitare dubbi, nulla nel titolo IV della Carta crea diritti azionabili dinanzi a un organo giurisdizionale applicabili alla Polonia o al Regno Unito, salvo nella misura in cui la Polonia o il Regno Unito abbiano previsto tali diritti nel rispettivo diritto interno.” L'articolo 2, invece, sancisce che “[o]ve una disposizione della Carta faccia riferimento a leggi e pratiche nazionali, detta disposizione si applica alla Polonia o al Regno Unito soltanto nella misura in cui i diritti o i principi ivi contenuti sono riconosciuti nel diritto o nelle pratiche della Polonia o del Regno Unito”.

<sup>2</sup> Quest'ultimo ha ottenuto il Premio Nobel per la Medicina nel 2010 per il suo contributo nel campo della procreazione assistita.

procreazione in provetta si tentasse di “sostituirsi a Dio”; inoltre, la novità rappresentava un’ulteriore mercificazione della donna, ridotta a semplice “fabbrica di neonati”. Le argomentazioni opposte acclamavano la novità come la soluzione per le migliaia di coppie che desideravano concepire un figlio geneticamente proprio, ma che sinora non vi erano riuscite; la nuova tecnica permetteva inoltre alle donne di procreare senza dipendere da un compagno maschile; essa costituiva, altresì, uno strumento a favore della vita e della famiglia, poiché il figlio tanto agognato poteva, finalmente, arrivare.

Nonostante il clamore suscitato dal caso di Louise Brown, il Parlamento ha tardato ad intervenire. L’inerzia è stata piuttosto lunga e generalizzata, se è vero che, dopo il 1978, sono stati proposti – e respinti – solo tre progetti di legge, da parte di deputati o *peers* individualmente (i c.d. *Private Members’ Bills*) e relativi alla ricerca sugli embrioni (gli *Unborn Children (Protection) Bills*, proposti nel 1985, 1986 e 1989). Nel 1982, peraltro, era stata convocata una commissione allo scopo di valutare gli orientamenti dell’opinione pubblica in tema di nuove tecnologie disponibili per la procreazione assistita e per la ricerca sugli embrioni: la commissione, presieduta da *Lady Warnock*, ha riunito esponenti e studiosi delle principali correnti di pensiero religioso, etico, laico, e del mondo della medicina; le raccomandazioni da essa avanzate hanno costituito il fondamento della prima legge sulla procreazione assistita e sulla ricerca embrionale, lo *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*.

La relazione della Commissione, pubblicata nel 1984, è contrassegnata da un approccio che è stato ritenuto “moderato”, nel senso che la maggior parte delle raccomandazioni è ispirata alla tolleranza reciproca: l’esistenza di talune obiezioni, di tenore religioso o etico, non viene percepita come motivo sufficiente per impedire l’accesso alle nuove tecnologie da parte di coloro che esprimano un pensiero diverso. La Commissione ha raccomandato la creazione di un’autorità dotata del potere di concedere autorizzazioni relative alla esecuzione di trattamenti di inseminazione artificiale, fecondazione *in vitro* e procedure connesse, comprese la conservazione ed il congelamento di gameti ed embrioni, anche donati; l’autorità avrebbe dovuto avere anche il potere di autorizzare le attività di ricerca embrionale<sup>3</sup>.

Come anticipato, sulla scorta delle raccomandazioni avanzate dalla Commissione Warnock, è stato approvato lo *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, ispirato allo stesso atteggiamento laico e moderato.

L’*Act* ha creato la *Human Fertilisation and Embryology Authority* (di seguito: *Authority*), l’ente governativo incaricato della concessione di autorizzazioni relative ai trattamenti di procreazione assistita ed alle ricerche embriologiche (il sistema delle autorizzazioni che possono essere concesse dall’*Authority* è molto dettagliato; esse sono elencate allo *Schedule 2* dell’*Act*)<sup>4</sup>, che compie accertamenti sulle cliniche e

---

<sup>3</sup> Sull’attività della Commissione Warnock, v., *amplius, infra*, par. 5.

<sup>4</sup> In particolare, possono essere concesse quattro forme di autorizzazione: per trattamenti, per servizi non-medici relativi alla fertilità, per la conservazione di gameti ed embrioni, per la ricerca sugli embrioni. Una volta ricevuta una richiesta di autorizzazione, un gruppo inviato dall’*Authority* ispeziona la clinica e redige un resoconto. Le autorizzazioni sono concesse da un Collegio composto da personale dell’*Authority*, o, nei casi più controversi, da una Commissione *ad hoc*. Le autorizzazioni per i trattamenti e la conservazione hanno una durata massima di cinque anni, ma spesso vengono

gestisce un registro delle cliniche autorizzate e delle informazioni sulla effettuazione dei vari trattamenti e sui relativi esiti<sup>5</sup>. È probabile che la scelta di creare una *Authority* allo scopo di monitorare l'impiego dei trattamenti di procreazione assistita sia derivata dall'incertezza che regnava nel periodo successivo alla prima nascita *in vitro*: nonostante fosse trascorso più di un decennio, le associazioni professionali mediche coinvolte non erano ancora riuscite ad emanare linee-guida coerenti; inoltre, le pratiche erano davvero rivoluzionarie e facevano sorgere forti polemiche di ordine etico<sup>6</sup>.

La *Authority* svolge un ruolo anche nella formulazione delle *policies* relative alla procreazione assistita<sup>7</sup>. Essa ha il compito di redigere ed aggiornare periodicamente un codice di condotta, il c.d. *Code of Practice*, destinato alle cliniche, che stabilisce le linee-guida circa l'esecuzione corretta delle attività autorizzate; il *Code* delinea, inoltre, i principi generali che dovrebbero essere rispettati nello svolgimento delle attività regolate e nell'esecuzione delle funzioni da parte dell'*Authority* stessa. La *Section 8(c)* dell'*Act* prevede che l'*Authority* ha l'obbligo di promuovere l'adesione al Codice. Il valore *sub specie juris* del codice non è chiaro: una violazione delle sue disposizioni non costituisce un reato penale, a differenza della violazione della maggior parte delle previsioni dell'*Act*; tuttavia, la *Authority* può tener conto delle violazioni del Codice nelle decisioni di rinnovo, variazione o revoca dell'autorizzazione per una clinica. Il *Code* è stato aggiornato da ultimo nell'ottobre 2013. Le principali modifiche hanno riguardato la genitorialità in materia di maternità surrogata (si v. *infra*, par. 4.2.); altri cambiamenti hanno riguardato le condizioni di conservazione ed identificazione dei gameti ed embrioni, e gli obblighi gravanti sulle cliniche in generale e sulla condivisione dei dati relativi ai trattamenti<sup>8</sup>.

L'*Authority* ha anche il potere di emanare istruzioni (*directions*) con riguardo a tematiche particolari, che sono vincolanti per le cliniche coinvolte. A beneficio delle cliniche, l'*Authority* fornisce anche modelli

---

concesse autorizzazioni più brevi ai fini di assicurare un maggiore controllo. L'*Authority* può anche condurre ispezioni senza preavviso, casuali o collegate a sospetti di pratiche illecite.

<sup>5</sup> Il 17 luglio 2013, la HFEA è stata confermata come autorità di regolamentazione indipendente del Regno Unito per la procreazione assistita e la ricerca sugli embrioni. La conferma è giunta in seguito alla valutazione indipendente commissionata dal Governo volta ad accertare l'opportunità, in termini di efficienza di risorse e funzioni, di unire la HFEA e la *Human Tissue Authority*. Il parere finale reso al riguardo, poi accolto dal Governo britannico, è stato in senso contrario all'unione. La relazione sull'indagine compiuta è reperibile al seguente indirizzo *Internet*: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/216947/Justin\\_McCracken\\_report\\_of\\_review\\_of\\_HFEA\\_and\\_HTA.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/216947/Justin_McCracken_report_of_review_of_HFEA_and_HTA.pdf).

<sup>6</sup> Può essere interessante notare che tra il 1978 ed il 1991, anno di istituzione dell'*Authority*, sono nati circa 8.700 bambini grazie alla procreazione assistita.

<sup>7</sup> Di recente, la *Authority* ha esaminato i seguenti temi: le tecniche di fecondazione assistita volte ad impedire la trasmissione di malattie mitocondriali (v. par. 5.5, *infra*), le gravidanze multiple in seguito a fecondazione assistita e le strategie future da adottare nel contesto della donazione di gameti e degli individui coinvolti (donatori, richiedenti e figli).

<sup>8</sup> <http://www.hfea.gov.uk/7955.html#Annex 3>.



della modulistica necessaria per ottenere il consenso dei pazienti alla sottoposizione a trattamento, alla donazione ed alla conservazione dei gameti e degli embrioni<sup>9</sup>.

Più in generale, l'*Authority* svolge un ruolo di informazione sui trattamenti e sulla ricerca sugli embrioni, anche con riguardo alle richieste di informazione avanzate ai sensi del *Freedom of Information Act 2000*, e fornisce consulenze ai ministeri competenti sui recenti sviluppi nella procreazione assistita e

---

<sup>9</sup> Lo *Schedule 3* dell'*Act* del 1990 prevede che il consenso alla creazione di un embrione e quello all'uso dei propri gameti nel trattamento di un altro individuo devono essere concessi per scritto, previo un percorso di consulenza psicologica. Il modulo di consenso (di cui un modello è fornito dall'*Authority*) deve precisare ciò che dovrà avvenire ai gameti in caso di morte o incapacità sopravvenuta del donatore, nonché il periodo preciso di conservazione, nel caso in cui il donatore desiderasse farli conservare per un periodo minore ai dieci anni previsti per legge (tale periodo può essere esteso se, ad esempio, il paziente sta per sottoporsi ad un trattamento medico che potrebbe ridurre o eliminare la sua fertilità).

Il caso *R v Human Fertilisation and Embryology Authority, ex parte Blood*, del 1997 ([1997] 2 All ER 687), dimostra le conseguenze talvolta indesiderabili della rigidità della disciplina relativa al consenso del donatore. La signora Blood desiderava sottoporsi ad un trattamento di inseminazione artificiale utilizzando i gameti del marito defunto, che erano stati prelevati mentre quest'ultimo era in coma profondo. La donna ha affermato che il marito le aveva comunicato il proprio consenso quando era ancora in stato di coscienza, ma non era mai stato fornito alcun consenso scritto, e l'uso dei gameti del marito per un trattamento nel Regno Unito era pertanto illegale. La *Court of Appeal* ha affermato che, nonostante la conservazione dei gameti così prelevati costituisse "tecnicamente" un illecito, nella fattispecie non si sarebbe definito un reato. La donna ha chiesto di poter esportare lo sperma in Belgio, dove il trattamento senza il consenso del donatore non costituiva un illecito. Nel giudizio di primo grado, la signora Blood ha visto respingere la propria richiesta, ma la *Court of Appeal* ha stabilito che, nonostante l'illiceità della procedura di prelevamento dello sperma dal marito, l'*Authority*, nella sua decisione, non aveva tenuto nel debito conto del diritto, sancito a livello europeo, della donna, di ricevere il trattamento in un altro Stato Membro dell'UE. La *Court of Appeal* ha concordato che l'*Authority* aveva il potere di porre restrizioni all'esportazione di gameti, ma qualsiasi restrizione doveva essere giustificata in base ad interessi pubblici; nella fattispecie, una tale condizione non era soddisfatta.

La sentenza *Blood* si è posta come precedente nel caso *L v Human Fertilisation and Embryology Authority*, del 2008 ([2008] EWHC 2149 (Fam)), nel quale il consenso non sussisteva, a causa della morte improvvisa del marito in seguito ad una banale operazione chirurgica, e, inoltre, il consenso giudiziale al prelevamento dello sperma era viziato, poiché la giudice era stata male consigliata; a differenza di quanto spiegatole, la normativa britannica (in particolare, lo *Human Tissue Act 2004*), che permette il prelevamento postumo di tessuti umani col consenso di un parente legittimato, non si applica ai gameti.

L'*Act* del 2008 ha stabilito che la conservazione di gameti può essere legale anche in assenza di consenso valido del fornitore. Il defunto potrà essere considerato il padre del bambino concepito dopo la sua morte, per mezzo del suo sperma, a condizione che egli abbia dato il suo consenso esplicito. Ciò vale solamente per l'iscrizione anagrafica; le altre conseguenze della paternità, come ad esempio i diritti in materia di successione, non saranno applicabili.

Il 6 marzo 2014, la *High Court* ha deciso il caso *Warren v Care Fertility (Northampton) Ltd & Human Fertilisation and Embryology Authority* ([2014] EWHC 602 (Fam)). La corte ha accolto la richiesta di una vedova di far conservare gli spermatozoi del marito defunto oltre il tempo previsto per legge, e nonostante questi non avesse rilasciato alcuna autorizzazione formale all'uso *post mortem* dei propri gameti. La giudice adita ha fondato la sua decisione sulla circostanza che l'uomo aveva espresso, prima di morire, il desiderio che si facesse tale uso, che la clinica non avrebbe fornito informazioni adeguate alla coppia e che l'uomo non aveva alcuna colpa nell'aver omesso di consegnare la certificazione medica necessaria. L'*Authority* sta attualmente valutando l'opportunità di ricorrere in appello.



nella ricerca embrionale. L'*Authority* gestisce il *HFEA Register*, la più grande banca dati al mondo sui trattamenti di fertilità regolati per legge; i dati riguardano la conservazione di embrioni, cellule uovo e sperma, nonché tutti i trattamenti di fertilità intrapresi ed i figli nati. Il registro risale al 1° agosto 1991, data della sua creazione per mezzo dello *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*; la stessa legge disciplina strettamente la riservatezza dei dati in esso contenuti. L'*Authority* gestisce anche un registro di incidenti ed avvenimenti gravi avvenuti in collegamento a trattamenti di procreazione assistita, sui quali ha il potere di indagare.

L'*Authority* è composta da undici membri, la maggioranza dei quali devono essere individui non coinvolti nella scienza o nelle cliniche di procreazione assistita, ed è organizzata in molteplici sub-comitati (*Sub-Committees*) che si occupano, ciascuno, di un tema particolare (ad es. la ricerca embrionale). Negli anni recenti, l'*Authority* ha fatto un uso crescente di consultazioni pubbliche (si pensi, ad esempio, a quella condotta a proposito delle tecniche di fecondazione assistita che prevedono l'uso di materiale genetico proveniente da tre donatori, su cui *infra*, par. 5.5).

In quanto ente pubblico, le decisioni dell'*Authority* e delle commissioni di autorizzazione devono rispettare quanto sancito dallo *Human Rights Act 1998* e possono essere sottoposte al controllo giurisdizionale. In linea con i principi del *judicial review*, dunque, le decisioni adottate dall'*Authority* devono essere proporzionate, conformi alla legge e ragionevoli; inoltre, nel processo decisionale, devono essere presi in considerazione fattori rilevanti, e non possono essere invece vagliati fattori irrilevanti.

La competenza dell'*Authority* non è onnicomprensiva; ad esempio, essa non ha la competenza di controllare i costi dei trattamenti di procreazione assistita. Inoltre, alcune attività non rientrano nel suo mandato, come ad esempio l'inseminazione artificiale "fai-da-te" e la segnalazione di potenziali madri surrogate per coloro che desiderano un tale tipo di trattamento.

Nello *Schedule 3*, intitolato "Uso di gameti per il trattamento di altri", l'*Act* sancisce chiaramente la legittimità della donazione di gameti<sup>10</sup>. Dunque, la possibilità dell'uso di gameti eterologhi è sancita per legge, sin dalla prima normativa emanata a disciplina della procreazione assistita.

La *Section 13(6)* dello *Human Fertilisation and Embryology Act* del 1990 prevede che tutti i pazienti e, se del caso, i loro compagni o coniugi, non dovrebbero essere sottoposti a certi tipi di trattamento (comprese la fecondazione eterologa e la fecondazione *in vitro*) se non abbiano avuto l'opportunità di sottoporsi ad un percorso di consulenza psicologica. Tale consulenza non è tuttavia obbligatoria e le cliniche non hanno alcun dovere legale di offrirla gratuitamente.

---

<sup>10</sup> Altri provvedimenti della legge che accennano alla donazione di gameti sono i seguenti: la *Section 2(1)*, sulla "rintracciabilità"; la *Section 28*, che stabilisce la definizione di "padre"; la *Section 30*, che disciplina i *parental orders* effettuati a favore dei donatori di gameti; lo *Schedule 3A*, inserito in sede di recepimento delle direttive europee sui tessuti e le cellule umani (direttiva 2004/23/CE sulla definizione di 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, e relative direttive attuative della Commissione 2006/17/CE e 2006/86/CE).

L'accessibilità ai trattamenti di procreazione assistita è, di fatto, limitata in due modi, comunque non relativi alla natura dei futuri pazienti o del loro stato di fertilità. Innanzitutto, vi è il costo elevato del trattamento, aggravato dal fatto che sono solitamente necessari molteplici cicli e l'intervento del servizio sanitario nazionale (*National Health Service*, oppure *NHS*) si limita al finanziamento di un solo ciclo. In secondo luogo, la normativa prevede, come prerequisito per l'esecuzione dei trattamenti, la presa in considerazione, da parte del medico curante, del benessere di qualsiasi bambino che possa nascere in seguito al trattamento.

Nel corso dei dibattiti sul progetto di legge che sarebbe poi stato approvato nel 1990, una proposta di modifica che avrebbe limitato l'accesso ai trattamenti alle sole coppie coniugate era stata respinta con un solo voto di scarto. Così, per assicurare l'approvazione del progetto, era stata introdotta nell'*Act* del 1990 una previsione secondo la quale il personale medico aveva l'obbligo di tener conto del benessere di qualsiasi nascituro, compreso il "bisogno, del bambino, di avere un padre". Nel 2008, la condizione, *prima facie* fortemente discriminatoria, poiché sembrava vietare il trattamento di donne *single* e delle coppie lesbiche, è stata eliminata, seppure non senza controversie<sup>11</sup>. Come stabilito dal *Code of Practice* emanato dall'*Authority*, il dovere del medico non consiste in una valutazione dell'idoneità dei pazienti ad essere genitori, ma piuttosto nell'accertamento dell'assenza di rischi per il bambino, tenendo conto del suo bisogno di "sostegno genitoriale" (tale previsione ha sostituito quella relativa al bisogno di un padre), e verificando l'assenza di particolari fattori di rischio, quali (secondo quanto stabilito dal *Code*) il compimento di reati contro i minori, oppure l'abuso di droghe o alcol.

La nuova disciplina è stata criticata in quanto comporterebbe un onere eccessivo per il personale medico che esegue i trattamenti di procreazione assistita, soprattutto perché le cliniche non dispongono dei poteri e del personale specializzato a condurre verifiche ed accertamenti, a differenza dei servizi sociali. Il controllo del rispetto di quanto stabilito è, in sé, comunque difficoltoso. Infine, potrebbe anche essere addotta la sussistenza di una discriminazione, in quanto le coppie o gli individui che non soffrono di problemi di fertilità non devono essere sottoposti ad alcuna indagine circa la loro idoneità a diventare genitori.

I pazienti possono richiedere il controllo giurisdizionale (*judicial review*), se il rifiuto del trattamento proviene da un ospedale del *National Health Service*. In alternativa, essi possono effettivamente invocare lo *Human Rights Act 1998*, ed in particolare gli artt. 8, 12 e 14 della CEDU. Negli anni recenti, si sono posti due casi relativi allo *Human Rights Act*; in entrambi, ricorrenti erano uomini detenuti che desideravano inseminare artificialmente le loro mogli. In *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Mellor*<sup>12</sup>, sentenza del 2001, la *Court of Appeal* ha affermato che le limitazioni al diritto dei detenuti a formare una famiglia ed al loro diritto alla vita familiare erano giustificabili e proporzionate ai sensi dell'art. 8(2) CEDU. La *policy* seguita dal Ministro degli interni era tale per cui la fornitura di servizi

---

<sup>11</sup> Parlamentari di ogni schieramento evidenziavano che una tale modifica avrebbe comportato lo sradicamento del ruolo degli uomini nella vita familiare moderna.

<sup>12</sup> [2001] EWCA Civ 472.

di procreazione assistita ai detenuti era concessa solamente in casi eccezionali. La moglie del carcerato avrebbe avuto 31 anni al momento della liberazione del marito; pertanto, privarli della possibilità di accedere all'inseminazione artificiale avrebbe ritardato, ma non impedito, il loro diventare genitori. Nel secondo caso, *Dickson v UK*, del 2007<sup>13</sup>, la moglie del detenuto avrebbe avuto 51 anni al momento della liberazione del marito; la coppia non sarebbe quindi stata in grado di procreare naturalmente e la loro capacità di procreare sarebbe stata, presumibilmente, eliminata in radice. La *Court of Appeal* ha riconosciuto una tale conseguenza, ma ha affermato che il Ministro degli interni ha comunque agito entro i confini della legalità, poiché esso non ha errato nel considerare che altri fattori prevalevano comunque sul diritto alla vita privata e familiare, fattori quali, ad esempio, la mancata conoscenza, nella quotidianità, maturata in seno alla coppia, l'assenza di risorse sufficienti per il benessere del bambino e la percezione, da parte dell'opinione pubblica, di una circonvenzione degli elementi punitivi e deterrenti della pena inflitta al detenuto. La Corte di Strasburgo ha dapprima confermato la sentenza della *Court of Appeal*, ma, in sede di appello dinanzi alla Grande Camera della Corte EDU, la coppia di cui al caso *Dickson* ha visto prevalere le proprie argomentazioni. La Grande Camera ha stabilito che i detenuti mantengono i propri diritti umani anche durante la detenzione. Pertanto, qualsiasi interferenza con i diritti del detenuto sanciti dall'art. 8 debbono essere giustificati; nella fattispecie, l'asserita offesa all'opinione pubblica comportata dalla concessione del trattamento di procreazione alla coppia non costituiva una giustificazione sufficiente. Nel 2009, altri sei detenuti hanno richiesto l'accesso a trattamenti di procreazione assistita, in seguito alla pronuncia della Grande Camera.

Parallelamente, la disciplina della procreazione medicalmente assistita ha conosciuto – per altre problematiche – un aggiornamento. Nel 2008, è stato approvato lo *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, il quale ha apportato modifiche ed integrazioni alla normativa vigente. In relazione alla fecondazione eterologa, l'*Act* del 2008 ha introdotto agevolazioni in materia di riconoscimento della genitorialità delle donne *single* e delle coppie lesbiche, attraverso l'eliminazione dell'obbligo precedentemente imposto sulle cliniche di valutare il bisogno, dei nascituri, di un padre. Inoltre, l'*Act* del 2008 ha predisposto la possibilità per entrambi i componenti di una coppia omosessuale di essere riconosciuti come i genitori del bambino nato per mezzo di gameti donati, e permette alle coppie di fatto, sia etero che omosessuali, di acquisire la genitorialità di un bambino per mezzo dei *parental orders*, ordinanze emesse da una corte che erano in precedenza riservate alle coppie sposate; il *Marriage (Same-Sex) Act 2013*, che ha introdotto la possibilità per le coppie omosessuali di sposarsi, ha modificato l'*Act* del 2008 per estenderlo anche ai matrimoni omosessuali. L'*Act* ha anche apportato modifiche alla disciplina relativa alla preselezione ed alla ricerca embrionale<sup>14</sup>. Può essere interessante sottolineare che la

---

<sup>13</sup> Ric. n. 44362/04.

<sup>14</sup> In particolare, esso vieta la selezione del sesso degli embrioni per scopi esclusivamente “sociali” e fornisce ulteriore regolamentazione sull'uso di embrioni al di fuori del corpo umano.

normativa britannica permette la commistione di materiale genetico umano e non-umano, ai fini di facilitare la fecondazione oppure di accertare le possibilità di vita intrauterina degli embrioni<sup>15</sup>.

In materia di procreazione assistita con gameti eterologhi può essere rilevante anche il *Surrogacy Arrangements Act 1985*, che ha sancito l'illegittimità di attività commerciali relative alla maternità surrogata.

Per concludere sulla normativa legislativa, è da ricordare il *Criminal Justice & Public Order Act 1994*, il quale stabilisce, alla *Section 156*, che l'uso di cellule provenienti da embrioni abortiti è illegale. Lo *Human Reproductive Cloning Act 2001* rende, infine, illecita la clonazione umana ai fini della procreazione.

Tra la normativa secondaria rilevante in materia di fecondazione eterologa, vi sono soprattutto le *Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations* del 2004 (S.I. 2004/1511), che hanno eliminato l'anonimato della donazione: i dati anagrafici dei donatori e le donatrici registratisi dopo il 1° aprile del 2005 potranno essere divulgati agli eventuali figli nati grazie alla donazione.

Le *Human Fertilisation and Embryology (Quality and Safety) Regulations* del 2007 (S.I. 2007/1522) traspongono la direttiva 2004/23/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, sulla definizione di 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, e relative direttive di attuazione della Commissione<sup>16</sup>. Con esse si modifica l'*Act* del 1990, imponendo la necessaria autorizzazione per tutte le cliniche che trattano gameti ai fini dell'uso in trattamenti di procreazione assistita (ad es., sono ora ricomprese nell'ambito della legge anche le cliniche che effettuano trattamenti di inseminazione intrauterina).

Le *Human Fertilisation and Embryology (Statutory Storage Period) Regulations* del 1991 (S.I. 1991/1540) permettono l'estensione dei periodi di conservazione di ovuli e sperma in alcuni casi, mentre le *Human Fertilisation and Embryology (Statutory Storage Period for Embryos) Regulations* del 1996 (S.I. 1996/375) estendono il periodo di conservazione degli embrioni.

Le *Parental Orders (Human Fertilisation and Embryology) Regulations* del 1994 (S.I. 1994/2767) permettono la concessione di *parental orders* in casi di maternità surrogata.

Le *Human Fertilisation and Embryology (Special Exemptions) Regulations* del 1991 (S.I. 1991/1588) chiariscono le regole per l'autorizzazione della conservazione di gameti.

---

<sup>15</sup> Una siffatta commistione, a quanto pare, è stata effettuata sin dagli anni settanta ed ottanta, e l'impianto di un gene umano in cellule animali è una tecnica assai diffusa nella ricerca farmaceutica; in tempi più recenti, si sono utilizzati ovuli di criceto per verificare la motilità dello sperma umano, e sono stati concessi permessi di ricerca volti a prelevare il nucleo di un ovulo di origine animale e sostituirlo col nucleo di una cellula somatica umana (*Hybrids and Chimeras: A report on the findings of consultation*, dello *Human Fertilisation and Embryology Authority*, ottobre 2007, reperibile al seguente indirizzo Internet: [http://www.hfea.gov.uk/docs/Hybrids\\_Report.pdf](http://www.hfea.gov.uk/docs/Hybrids_Report.pdf)).

<sup>16</sup> V. *supra*, nota 13.

Dall'insieme della normativa emerge una notevole apertura del Regno Unito nei confronti dei trattamenti di procreazione assistita. Apertura che è ulteriormente testimoniata anche dal recente caso della *Gambling Commission*<sup>17</sup>, che ha autorizzato una società priva di scopo di lucro coinvolta nella lotta all'infertilità (la *To Hatch*) ad indire una lotteria nella quale il primo premio è una somma di £25.000 da utilizzare per un ciclo di procreazione assistita presso un'apposita clinica.

Il riconoscimento delle procedure di procreazione medicalmente assistita non osta al contemporaneo riconoscimento del diritto all'obiezione di coscienza. La *Section 38(1)* dell'*Act* del 1990 prevede che i medici (ed il personale paramedico) che manifestino un'obiezione di coscienza al trattamento o alla ricerca possono rifiutarsi di partecipare alla sua effettuazione. L'onere della prova dell'esistenza dell'obiezione di coscienza si pone a carico dell'individuo che la invoca. Un individuo può invocare la *Section 38* per escludere la propria partecipazione a qualsiasi attività regolata dall'*Act*. Nel rifiuto di svolgere una data attività, si dovrà tuttavia aver cura di non violare le disposizioni della normativa anti-discriminazione o dello *Human Rights Act 1998*.

## 2. La fecondazione eterologa

Ogni anno, nel Regno Unito, nascono circa 2.000 bambini grazie alla fecondazione eterologa. La disciplina britannica non stabilisce alcuna restrizione all'accesso a tale tecnica fondata sulle caratteristiche dei futuri pazienti. Possono sottoporsi a qualsiasi tipo di trattamento di procreazione artificiale, compresi i trattamenti comportanti l'uso di gameti, le coppie sposate, i *civil partners*, le coppie di fatto etero ed omosessuali ed anche i *singles*<sup>18</sup>. Le tecniche disponibili non sono distinte in base alla natura omologa o eterologa dei gameti utilizzati<sup>19</sup>.

Più che sull'ammissibilità della fecondazione eterologa in sé, le problematiche maggiori sono sorte su aspetti specifici, quali l'opportunità dell'anonimato dei donatori, l'opportunità del versamento di un corrispettivo ai donatori per i gameti ottenuti, lo *screening* dei gameti, il numero di bambini generati da una singola donazione, il riconoscimento del rapporto di filiazione (regime modificato dalla legge del 2008 e, da ultimo, dalle indicazioni della *Human Fertilisation and Embryology Authority*; si v. *infra*, par. 2.1.1.3. e 4.2.).

---

<sup>17</sup> L'ente governativo che concede le autorizzazioni per l'organizzazione e lo svolgimento di lotterie.

<sup>18</sup> Anche se gli uomini *single* andranno incontro a qualche difficoltà in più, data la mera tolleranza della maternità surrogata, indispensabile alla loro paternità "artificiale".

<sup>19</sup> In particolare, i trattamenti disponibili sono: la crioconservazione di gameti ed embrioni; l'inseminazione intrauterina utilizzando i gameti del marito o del compagno della donna (trattamento che non richiede un'autorizzazione); l'inseminazione per mezzo di sperma proveniente da un donatore (poco utilizzata in seguito all'avvento della c.d. ICSI, ovvero l'inseminazione intracitoplasmica di sperma); il trattamento con cellule uovo donate; fecondazione *in vitro* con cellule omologhe od eterologhe; il trasferimento intratubarico dei gameti (che non necessita di autorizzazione ma nella prassi è raro che il trattamento sia eseguito in cliniche non autorizzate); l'inseminazione sub-zonale dell'ovocita; la maturazione *in vitro* dell'ovocita.

## 2.1. La fecondazione artificiale per mezzo di gameti maschili provenienti da un donatore

Come accennato, le tecniche di procreazione assistita disponibili per coloro che desiderano sottoporsi a trattamento non sono differenziate a seconda della natura omologa o eterologa dei gameti utilizzati, né alle caratteristiche di età, orientamento sessuale o stato civile dei pazienti. Si potrebbe al limite identificare una agevolazione nel caso della pratica dell'inseminazione intrauterina per mezzo dello sperma del marito o del compagno della donna, che non necessita di un'autorizzazione ai sensi dello *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*. L'*Act* omette inoltre di regolare le altre forme di inseminazione "fai-da-te", poiché sarebbe difficile monitorare l'applicazione di una legge che proibisce la cessione di sperma<sup>20</sup>. Le altre procedure, di natura essenzialmente medica e maggiormente onerosa, devono essere eseguite in cliniche autorizzate allo scopo.

### 2.1.1. La paternità

Il compagno o la compagna della donna che si sottopone al trattamento con gameti provenienti da un donatore deve firmare un modulo in cui esprime il proprio consenso al trattamento della donna e a diventare il padre o il secondo genitore legale del nascituro. È interessante notare che non esistono norme che impongono al donatore di procurare il consenso della propria sposa, *civil partner*, compagna o compagno. Una madre *single* può anche non registrare un padre; in questo caso, il bambino non ha un padre legale. Ad un tale esito si addivene anche nel caso di donne i cui i mariti o *civil partners* non abbiano acconsentito al trattamento.

A prescindere da questi casi, l'uso dello sperma eterologo può porre problemi relativi alla paternità del figlio nato in seguito al trattamento. In particolare, avviene la separazione della paternità genetica da quella sociale. L'*Act* del 2008 ha introdotto un nuovo regime, applicabile ai bambini concepiti dopo dell'entrata in vigore della novella, nell'aprile del 2009.

Se la donna che si sottopone a trattamento è coniugata<sup>21</sup>, il marito della donna può essere riconosciuto come padre del bambino in virtù della presunzione di paternità dei figli nati entro il matrimonio. Se il bambino è nato per mezzo di sperma donato, il marito della donna sottoposta a trattamento sarà il padre, a meno che egli non abbia rifiutato il proprio consenso al trattamento stesso.

---

<sup>20</sup> Questa lacuna nella legge ha portato ad una situazione preoccupante: la creazione di numerosi siti *Internet* non disciplinati per legge e che possono dunque eludere le relative condizioni di sanità e legalità, che mettono in contatto i potenziali donatori di sperma con le donne desiderose di maternità, con tutti i rischi medici e legali che ne possono conseguire.

<sup>21</sup> Nel caso *Re D (A Child)*, la *House of Lords* ha affermato che una coppia non coniugata deve essere "trattata come coppia", se tale era al momento del trasferimento dell'embrione, o dell'inseminazione, non rilevando se la coppia era tale al momento in cui la struttura aveva accettato di procedere al trattamento.



La disciplina relativa alle coppie di fatto è diversa a seconda del momento in cui la donna si è sottoposta al trattamento: se il trattamento è avvenuto prima dell'aprile 2009, il padre del bambino è il compagno della donna se si è sottoposto al trattamento congiuntamente alla donna, ovvero se la coppia si è presentata alla clinica come tale (*U v W (Attorney General Intervening)*), sentenza del 1996 della *Family Division* della *High Court*)<sup>22</sup>. Se il trattamento è stato effettuato dopo l'aprile del 2009, il compagno della donna deve adempiere alle condizioni di paternità stabilite nella *Section 37* dell'*Act* del 2008: al pari di quanto richiesto per l'attribuzione della maternità, l'uomo deve fornire alla clinica responsabile il proprio consenso ad essere considerato padre di qualsiasi bambino che possa nascere dal ciclo di trattamento al quale si è sottoposta la compagna; né uno né l'altro componente della coppia deve aver ritirato tale consenso. Inoltre, la donna non deve aver fornito il proprio consenso alla considerazione di un altro uomo, o di un'altra donna, come padre o secondo genitore legale, del nascituro. Infine, l'uomo e la donna della coppia non debbono esser legati da un vincolo di parentela che impedisce la relazione. È interessante notare che la legge non prevede alcuna condizione circa la natura del rapporto tra l'uomo e la donna; non vi è nulla, dunque, che impedisce ad una coppia di amici di diventare genitori del nascituro<sup>23</sup>.

Ai sensi dell'*Act* del 1990, la compagna lesbica della donna sottoposta al trattamento non poteva diventare genitore del bambino sin dalla nascita; essa doveva richiedere un *parental responsibility order*<sup>24</sup> oppure divenire il secondo genitore del bambino tramite adozione. L'*Act* del 2008 ha equiparato la posizione dell'eventuale *civil partner* a quella del marito, ed ha previsto che le coppie di fatto omosessuali si vedano applicare le stesse norme a tutela delle coppie di fatto eterosessuali. Permane una differenza: la compagna lesbica della gestante non potrà essere chiamata madre, ma "secondo genitore legale". Per il resto, le condizioni predisposte per le compagne lesbiche non unite alla gestante da una *civil partnership* rispecchiano quelle predisposte per i compagni eterosessuali.

Se il donatore non ha effettuato la donazione mediante una clinica autorizzata dall'*Authority*, egli rimarrà il padre legale di qualsiasi bambino nato, con tutte le responsabilità che ciò comporta (di qui uno dei molti problemi relativi alla proliferazione di siti internet per la donazione di sperma non regolamentati dall'*Authority*)<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> [1997] 2 FLR 282.

<sup>23</sup> In base alla *Section 40* dell'*Act* del 1990, può essere ritenuto "padre" o "secondo genitore legale" il marito o la *civil partner* defunti della donna, anche se il bambino è nato da un embrione creato con gameti donati ed utilizzato in seguito al loro decesso.

<sup>24</sup> In virtù del quale veniva ad avere, peraltro, una responsabilità genitoriale limitata.

<sup>25</sup> *M v F and H*, [2013] EWHC 1901 (Fam), sentenza pronunciata dalla *High Court* nel 2013. Si v. anche la vicenda di Mark Langridge, *gay* che ha effettuato una donazione privata a favore di una coppia lesbica e, pur non essendo mai stato nominato sul certificato di nascita dei bambini né coinvolto nella loro vita, è stato indicato come il padre legale e pertanto obbligato a versare assegni di mantenimento: [http://www.bionews.org.uk/page\\_204629.asp](http://www.bionews.org.uk/page_204629.asp).



### 2.1.1.1. I genitori transessuali

La normativa tace sulla situazione dei genitori transessuali che si sono sottoposti ad un trattamento di procreazione assistita in seguito all'operazione di cambio di sesso. È altamente probabile che, a causa del radicale cambiamento nella condizione anagrafica del paziente che si sia sottoposto ad un'operazione per il cambio di sesso, coloro che utilizzano i propri gameti conservati prima di sottoporsi alla conversione sessuale potrebbero vederli trattati come se fossero provenienti da un donatore, piuttosto che come propri. Ciò significa che un uomo diventato donna che usa il proprio sperma potrà diventare il secondo genitore legale (*second legal parent*) del bambino, e non suo padre. Si fa al riguardo riferimento alla *Section 12* del *Gender Recognition Act* ("Il fatto che il sesso di una persona sia diventato il sesso acquisito ai sensi del presente *Act* non influisce sullo *status* di quella persona come madre o padre di un bambino"); la previsione, ideata per venire incontro ai transessuali che abbiano cambiato sesso dopo aver avuto figli, dovrebbe potersi applicare anche nel caso di concepimento avvenuto dopo il cambiamento di sesso. Si avanza la tesi che sia possibile ottenere lo *status* al quale si avrebbe avuto diritto prima del cambiamento di sesso, ma la questione non è ancora stata chiarita, né dal legislatore né in sede giudiziaria<sup>26</sup>.

### 2.1.1.2. Risarcimenti per errori nell'espletamento della procedura

Altro problema connesso al riconoscimento della genitorialità è legato a possibili errori da parte della struttura sanitaria. Viene in rilievo, in particolare, il caso *Leeds Teaching Hospital NHS Trust v A.*, pronunciato dalla *Court of Appeal* nel 2003<sup>27</sup>. Una coppia, di etnia bianca, si era sottoposta alla fecondazione artificiale contemporaneamente ad un'altra coppia, di etnia nera. Lo sperma del marito della seconda coppia era stato utilizzato erroneamente per fecondare le cellule uovo della prima coppia; l'errore è emerso quando la donna della prima coppia ha partorito gemelli di pelle nera. Si è deciso che il padre della prima coppia poteva acquisire la paternità soltanto attraverso l'adozione, poiché il consenso che egli aveva prestato al trattamento della moglie non riguardava il trattamento effettivamente posto in essere.

In *A (a minor) and B (a minor) by C (their mother and next friend) v A Health and Social Services Trust*<sup>28</sup>, la coppia richiedente era di razza bianca, ma i figli avuti mediante fecondazione eterologa erano entrambi di pelle più scura. È emerso che la clinica aveva male interpretato la descrizione del donatore dello sperma utilizzato per la fecondazione: infatti, sebbene questi fosse di apparenza caucasica, in realtà era di provenienza razziale mista; dunque, non vi poteva essere alcuna garanzia che i suoi figli sarebbero stati caucasici. La clinica aveva ammesso le proprie responsabilità nei confronti dei genitori richiedenti, ma contestava le richieste avanzate dai figli avuti con la fecondazione assistita, i quali all'epoca del ricorso in giudizio avevano undici anni.

---

<sup>26</sup> N. GAMBLE, *Lesbian parents and sperm donors: Re G and Re Z*, in *Family Law*, Nov. 2013, 1426-1429.

<sup>27</sup> [2003] 1 FLR 1091.

<sup>28</sup> [2010] NIQB 108; [2011] NICA 28.

I bambini asserivano di aver subito tre tipi di danno. Il primo perché, a causa della loro diversa fisionomia razziale, essi erano stati vittime di bullismo e commenti a sfondo razzista da parte di altri bambini, soffrendo così di forte malessere emotivo; il secondo perché essi erano stati oggetto di commenti ostili relativamente alla non-somiglianza tra di loro e con i loro genitori, il che li aveva portati a chiedersi se fossero stati adottati; il terzo perché vi era il forte rischio che gli eventuali figli dei due bambini avuti con un individuo di razza mista non sarebbero assomiglianti ad alcuno dei genitori.

Il ricorso sollevava molteplici questioni giuridiche: se sussistesse o meno un dovere di diligenza nei confronti dei bambini al momento della selezione ed uso dei gameti maschili donati; se sì, se i ricorrenti avessero subito un danno giuridicamente rilevante risultante da una asserita violazione del dovere; se la concessione di risarcimento sarebbe contraria all'interesse pubblico; e quali fossero le modalità di quantificazione degli eventuali danni riscontrati.

Il giudice ha affermato che non esisteva alcun dovere di diligenza da parte della struttura sanitaria nei confronti dei ricorrenti, poiché nella circostanza non si ravvisava alcun soddisfacimento dei criteri stabiliti nella giurisprudenza sulla responsabilità civile; una conclusione alternativa non si sarebbe posta in linea con il valore attribuito dalla società a bambini nati sani e normali. Inoltre, la sequenza di eventi rendeva difficile riscontrare un dovere, poiché sarebbe stato un dovere verso cellule; inoltre, il dovere sarebbe consistito nell'assicurare che le cellule uovo ottenute dalla donna non venissero fecondate con sperma inopportuno. In definitiva, in situazioni del genere era necessario lasciare la questione alle determinazioni del Parlamento.

Nella specie, secondo il giudice, anche qualora vi fosse stato un dovere di diligenza, i ricorrenti non avrebbero subito alcun danno giuridicamente rilevante. A suo avviso, in una società moderna e civile, il colore della pelle (così come il colore degli occhi o dei capelli, o l'intelligenza o l'altezza) non poteva essere, e non avrebbe dovuto essere, ritenuto un motivo di danno. Una visione alternativa avrebbe prodotto conseguenze negative per l'autostima dei bambini stessi, oltre a porsi in stridente contrasto con il pensiero oggi predominante nella società. La presenza di persone talmente poco istruite e crudeli da assoggettare i bambini a commenti razzisti non poteva, in concreto, fondare la conclusione che essi avessero subito un danno<sup>29</sup>.

Il ricorso in appello dei gemelli è stato respinto. Anche la sentenza della *Northern Irish Court of Appeal* si è soffermata sul fatto che essi non avevano subito alcun danno giuridicamente rilevante. Può essere

---

<sup>29</sup> SHELDON si è interrogata sull'opportunità del ridimensionamento, ad opera delle corti adite, del razzismo subito dai ricorrenti e dell'incapacità del fenomeno di arrecare danni agli individui ed alla loro famiglia; infatti, ciò può risultare paradossale, non solo alla luce dei diversi riscontri giurisprudenziali e sociologici in senso contrario, ma anche della possibilità per coloro che ricorrono alla fecondazione eterologa di esprimere una preferenza sulla razza del donatore o della donatrice: S. SHELDON, *Only Skin Deep? The Harm of Being Born a Different Colour to One's Parents*, in *Medical Law Review*, vol. 19, n. 4, 2011, 657 ss.

interessante notare che entrambe le decisioni pronunciate nella specie si incentravano esclusivamente sul diritto civile, senza prendere in considerazione i diritti umani eventualmente pertinenti<sup>30</sup>.

Nel gennaio 2014, una nota clinica londinese per la fecondazione assistita, la *London Women's Clinic*, è giunta ad un accordo di risoluzione stragiudiziale relativamente ad un caso di fecondazione in cui si è riscontrata la trasmissione di un grave difetto genetico nella bambina nata. La clinica avrebbe utilizzato sperma “anomalo” che, trasmesso alla figlia, la avrebbe sottoposta ad un elevato rischio di aborto spontaneo o di partorire figli gravemente disabili, e dunque la necessità per la figlia di ricorrere a sua volta alla fecondazione assistita. La clinica ha accettato di pagare un risarcimento dell'ammontare di £ 35.000<sup>31</sup>.

### 2.1.1.3. Nuove prospettive per la paternità? Il caso *Re G; Re Z*

Il caso *Re G; Re Z*, del 2013<sup>32</sup>, riguardava i ricorsi avanzati da due famiglie lesbiche. Nel primo ricorso (*Re G*), la coppia lesbica aveva avuto due figli mediante fecondazione artificiale, utilizzando i gameti donati da un loro amico impegnato a sua volta in una unione omosessuale (*civil partnership*). Il secondo ricorso (*Re Z*) era stato intentato da una seconda coppia lesbica, amica della prima coppia, la quale aveva concepito un figlio con lo sperma del *civil partner* del primo donatore. Il desiderio dei due uomini di ottenere una maggiore presenza nella vita dei bambini era stata percepita, dalle donne, come una minaccia alle loro famiglie ed aveva portato al deterioramento dei rapporti tra gli adulti, culminato nella richiesta, avanzata di fronte alla corte, di poter far domanda per diritti di visita e, nel secondo ricorso, anche per far risiedere con sé il bambino.

Giuridicamente, gli uomini erano da ritenersi semplici donatori e quindi sprovvisti di *status* genitoriale, alla luce delle nuove norme sulla maternità lesbica sancite dallo *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, secondo cui entrambe le donne delle coppie potevano essere indicate come genitrici.

Si è trattato dei primi casi a giungere dinanzi alle corti in cui un padre biologico, il cui *status* genitoriale era stato escluso dalla legge del 2008, chiedeva contatti con i figli. In passato, le corti avevano sempre cercato di bilanciare il bisogno di tutelare l'unità familiare con la necessità di dare al bambino una qualche forma di rapporto con il padre biologico. In questi casi, però, l'ulteriore peculiarità risiedeva nel fatto che il Parlamento era espressamente intervenuto per stabilire che un padre biologico nelle precise circostanze della fattispecie non ha alcuno *status* genitoriale.

---

<sup>30</sup> Un caso simile è emerso, anche nell'aprile 2012, presso una clinica londinese; la coppia in questione era omosessuale ed avrebbe voluto utilizzare gameti maschili provenienti dallo stesso donatore per i loro figli nati tramite fecondazione eterologa. Ciò non è avvenuto, poiché il loro secondo figlio era di razza diversa dal primo. La HFEA ha aperto un'inchiesta per indagare far luce sul caso. La notizia è consultabile al seguente indirizzo *Internet*: [http://www.bionews.org.uk/page\\_142839.asp](http://www.bionews.org.uk/page_142839.asp).

<sup>31</sup> <http://www.bbc.co.uk/news/uk-england-london-25914762>; <https://www.donorsiblingregistry.com/sites/default/files/files/BioNews%20London%20Settlement.pdf>.

<sup>32</sup> *Re G; Re Z (Children: Sperm Donors: Leave to Apply for Children Act Orders)* [2013] EWHC 134 (Fam).

Essendo, gli uomini ricorrenti nella fattispecie, donatori e non genitori, essi dovevano avvalersi della procedura “eccezionale” prevista per la richiesta del permesso di ricorrere in giudizio per i diritti di visita e residenza. Secondo questa procedura, la corte avrebbe statuito sulle seguenti questioni: la natura della richiesta proposta, il legame del richiedente col bambino; l’eventuale rischio di danno provocato dal cambiamento della vita del figlio; la validità delle tesi del ricorrente; qualsiasi altro fattore ritenuto pertinente dalla corte.

Il giudice adito ha accolto la richiesta con riguardo ai diritti di visita, ma non per i diritti di residenza. Ad avviso della corte, la considerazione più importante era il legame tra i ricorrenti ed i bambini. In base alle circostanze della fattispecie, ed avendo valutato i diritti dei ricorrenti ai sensi dell’art. 8 CEDU, vi era un legame con i bambini sufficientemente forte da giustificare almeno un’udienza per le loro richieste di visita, soprattutto alla luce del fatto che entrambe le coppie lesbiche avevano scelto di coinvolgere gli uomini durante i primi mesi di vita dei bambini: “nel valutare la richiesta da parte di un padre biologico per il permesso di far domanda per un’ordinanza [quale quella di specie] relativamente ad un bambino concepito col suo sperma da parte di una donna, la quale, al momento dell’inseminazione artificiale, faceva parte di una *civil partnership*, le riforme operate sullo *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* e la *policy* che ha motivato quelle riforme – tra cui il desiderio di porre le coppie lesbiche ed i loro figli nella stessa identica posizione giuridica rispetto ad altri tipi di genitori e figli – sono fattori pertinenti di cui le corti devono tener conto, assieme a tutte le altre considerazioni rilevanti. In alcuni casi, le riforme, e la *policy* sottostante, saranno decisive. Tuttavia, ciascun caso verte sui fatti particolari e, nella fattispecie, trovo che il fattore più importante sia il legame che le parti convenute hanno permesso a ciascun ricorrente di formare con i bambini. Pertanto, concedo il permesso a [i due uomini ricorrenti] di chiedere ordinanze di visita. Nego il permesso [ad uno dei ricorrenti] di chiedere un’ordinanza di residenza. Tuttavia, sottolineo che da ciò non consegue che nei due casi verrà con certezza emessa un’ordinanza di visita. Inoltre, qualora si concedessero i diritti di visita, essi potrebbero essere di gran lunga meno frequenti rispetto a quanto chiedono i ricorrenti”.

La decisione ha avuto ampio risalto nei *mass-media*, poiché ha introdotto la possibilità per i donatori di stabilire un contatto coi bambini nati dalla loro donazione. Taluni autori hanno tuttavia ridimensionato il clamore suscitato, sottolineando il carattere meramente preliminare della questione decisa. Inoltre, “la decisione, sotto taluni aspetti, apre alla possibilità di richieste [del tipo avanzato dai ricorrenti] da parte di altri donatori di gameti, ma ciò solamente in circostanze in cui riescano a dimostrare un sufficiente ‘legame’ col bambino. In pratica, ogni caso sarà determinato in base alle proprie circostanze ed è eccezionalmente improbabile che la decisione possa applicarsi a donatori che non abbiano avuto alcun contatto col bambino (ad esempio, i donatori anonimi delle cliniche autorizzate). Tuttavia, essa potrebbe applicarsi ai molti altri donatori di cellule uovo e sperma (tra cui anche coloro che hanno effettuato la donazione mediante una clinica autorizzata) se siano in grado di dimostrare in concreto un legame sufficiente con il bambino. Man mano che la cultura della donazione diventa più aperta ed i genitori sono incoraggiati a parlare ai propri bambini delle loro origini genetiche [...], il confine tra donatori noti e

donatori anonimi diventa sempre più offuscato. È improbabile che questa sarà l'ultima richiesta avanzata da un donatore di gameti»<sup>33</sup>.

### **2.1.2. Il donatore**

Lo *Schedule 2* dell'*Act* del 1990 prevede che l'attrezzarsi di una clinica con le strutture necessarie per il prelevamento e la conservazione di sperma richiede un'autorizzazione (*license*) da parte dell'*Authority*<sup>34</sup>.

Lo sperma donato deve essere immediatamente congelato e sottoposto ai *test* per la presenza del virus dell'HIV. I donatori sono di età compresa tra i 18 ed i 41 anni.

Lo stato attuale della scienza non permette l'identificazione preliminare di tutte le malattie ereditarie. Se il bambino soffre di una malattia genetica trasmessagli dal donatore, egli può far ricorso contro la clinica<sup>35</sup>, adducendo la negligenza mostrata da quest'ultima, oppure persino far ricorso contro il donatore in seguito al *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* per omissione intenzionale o negligente della divulgazione della sussistenza di una malattia ereditaria.

Lo sperma proveniente da un singolo donatore può essere utilizzato – ai termini dell'*Act* del 2008 – per il trattamento di “un massimo di dieci famiglie”, una cifra meno rigorosa dei “dieci bambini” stabiliti dall'*Act* del 1990. I donatori possono stabilire un numero di utilizzi inferiore.

La fornitura di gameti dietro pagamento di un corrispettivo è un reato punibile penalmente<sup>36</sup>, a meno che l'*Authority* non abbia emesso istruzioni (*directions*) al riguardo. Una tale situazione si può distinguere dal pagamento in natura concesso alle donne che desiderano sottoporsi a trattamenti di procreazione assistita: se esse accettano di donare una parte degli ovuli prelevati per il proprio trattamento, il costo del trattamento stesso sarà fortemente scontato. Ciò potrebbe costituire una discriminazione nei confronti degli uomini, che non godono di alcun vantaggio pecuniario simile.

---

<sup>33</sup> GAMBLE, op. cit., 1429.

<sup>34</sup> In anni recenti si è discussa la possibilità di aggirare le norme restrittive sulla donazione (e, più in generale, sui trattamenti per la procreazione assistita) attraverso la loro esecuzione su navi in acque internazionali recanti la bandiera di uno Stato maggiormente permissivo, ad esempio la Danimarca. Ciò costituirebbe indubbiamente un'agevolazione per le migliaia di coppie che desiderano sottoporsi a trattamenti non autorizzati nell'ordinamento britannico, oppure per far fronte alla diminuzione dei donatori di gameti in seguito all'eliminazione dell'anonimato; tuttavia, una tale pratica farebbe insorgere non pochi problemi con riguardo alla sovranità dello Stato nella regolamentazione delle pratiche sanitarie: cfr. D. HUNTER – S. OULTRAM, “*The Challenge of “Sperm Ships”*: *The Need for the Global Regulation of Medical Technology*”, in *Journal of Medical Ethics*, 2008, vol. 34, 552-6.

<sup>35</sup> V. *supra*, par. 2.1.1.2.

<sup>36</sup> *Section 41*.

### 2.1.3. L'anonimato del donatore

Le donazioni effettuate successivamente all'aprile 2005 non possono più essere anonime. In precedenza, le donazioni potevano essere anonime ed i bambini nati in seguito alla donazione potevano ottenere soltanto informazioni non-identificanti<sup>37</sup>; al compimento dei 16 anni, si poteva richiedere alla *Authority* se si fosse stati concepiti per mezzo di sperma donato e se si fosse parenti prossimi di un individuo con cui si aveva o si stava per avere un rapporto fisico intimo. Non esisteva l'obbligo dell'anonimato, come dimostrato dal fatto che i pazienti potevano anche scegliere di utilizzare i gameti di un donatore conosciuto<sup>38</sup>. Anche i donatori potevano ottenere informazioni anonime circa i bambini eventualmente nati grazie alla loro donazione. Dopo l'aprile 2005, le donazioni non possono più essere anonime<sup>39</sup>; gli interessi dei bambini concepiti in via eterologa<sup>40</sup> sono prevalsi su quelli dei donatori e dei genitori<sup>41</sup>. Le persone concepite con sperma donato dopo l'aprile 2005 possono richiedere all'*Authority* informazioni identificative sul donatore una volta compiuti i 18 anni di età. Tuttavia, per poter ottenere tali informazioni, il soggetto dovrà sapere o sospettare di essere stato concepito per mezzo della fecondazione eterologa, altrimenti mai avrà l'impulso a richiedere tale informazione all'*Authority*; la riforma, dunque, potrebbe non avere le conseguenze sperate, poiché solamente una piccola minoranza dei genitori che hanno fatto uso della fecondazione eterologa informa il proprio figlio delle circostanze del suo concepimento. Tuttavia, nel caso di coppie lesbiche o madri single, si sarà naturalmente a conoscenza della propria origine, donde una posizione di "vantaggio" rispetto alle persone cresciute in famiglie eterosessuali.

In seguito alla riforma del 2008, entrata in vigore il 1° ottobre 2009, al compimento del 16° anno di età, i figli nati attraverso la donazione eterologa possono ottenere ulteriori informazioni, seppure non-identificanti, sul numero, sull'età e sul sesso dei propri eventuali fratelli o sorelle, e, con il loro consenso, anche informazioni identificanti; dunque, i figli possono anche contattare gli eventuali fratelli e sorelle, con il consenso di questi ultimi. Al compimento dei 18 anni, i figli concepiti mediante donazione di gameti

---

<sup>37</sup> Una descrizione fisica – altezza, colore degli occhi e capelli, etc. –, l'anno ed il luogo di nascita; l'appartenenza etnica; l'esistenza di altri figli del donatore; qualsiasi altra informazione a discrezione del donatore.

<sup>38</sup> ... anche se ciò avveniva principalmente con gli ovuli, maggiormente difficili da prelevare.

<sup>39</sup> I gameti donati anonimamente potevano essere usati fino all'aprile 2006; successivamente a tale data, l'utilizzo è condizionato al fatto che il donatore sia disposto ad identificarsi. I donatori che hanno effettuato donazioni prima del 2005 possono scegliere di essere identificati, e fornire l'informazione richiesta, che include: una descrizione fisica, l'anno e luogo di nascita, appartenenza etnica, numero e sesso di eventuali figli al momento della donazione, stato civile, storia medica, un messaggio di augurio ai futuri figli, nome, data di nascita ed indirizzo. Ciò è sancito dalla *Section 31ZA* della legge del 1990, così come modificato dalla legge del 2008.

<sup>40</sup> Relativi al bisogno psicologico di conoscere la possibilità di essere a rischio di malattie genetiche e di conoscere le proprie origini, protetto dall'articolo 8 dello *Human Rights Act 1998: R (on the application of Rose) v Secretary of State for Health*), sentenza della *High Court* del 2002 ([2002] EWHC 1593).

<sup>41</sup> Per i donatori, il non essere contattati dai figli; per la famiglia, la *privacy* e la stabilità.



possono anche ottenere informazioni identificanti relativamente ai donatori; in questo caso, la *Authority* ha l'obbligo giuridico di notificare ai donatori la richiesta di informazione.

Prima di ottenere l'informazione sul concepimento a seguito di donazione, il figlio deve aver avuto l'opportunità di ricevere consulenza psicologica.

I donatori possono venire a conoscenza del numero, dell'età e del sesso dei bambini nati in seguito alla loro donazione, ma non la loro identità. I donatori vengono informati nei casi in cui un individuo nato in seguito alla loro donazione ha richiesto le loro informazioni identificanti.

## **2.2. La fecondazione artificiale per mezzo dell'ovodonazione**

Anche l'ovodonazione è ammessa sin dalla prima regolamentazione della procreazione assistita del 1990.

Le controversie sollevate nei confronti della donazione di sperma (relativamente all'anonimato ed all'opportunità del versamento di un corrispettivo ai donatori) si ripetono anche in riferimento all'ovodonazione. Una preoccupazione peculiare riguarda l'opportunità della differenziazione tra le regole applicabili alla donazione di sperma ed all'ovodonazione, viste le maggiori difficoltà ed i disagi insiti nell'ovodonazione.

### **2.2.1. La maternità**

La legge del 1990 e quella del 2008 stabiliscono che, incondizionatamente, la madre di un bambino è la donna che lo partorisce. Fondamentale è dunque il legame gestatorio; quello genetico non rileva.

Dal settembre del 2009 è possibile iscrivere entrambe le componenti di una coppia lesbica sul certificato di nascita del loro bambino.

### **2.2.2. La donatrice**

Possono divenire ovodonatrici le donne di età compresa tra i 18 ed i 35 anni, in seguito all'esecuzione di una serie di accertamenti medici. Le donne che si sottopongono all'ovodonazione devono sottoscrivere un modulo di consenso all'uso dei propri ovuli nel corso di un trattamento; il consenso può essere revocato in qualsiasi momento fino all'utilizzo degli ovuli stessi.

In generale, data la natura delicata degli ovuli, essi vengono donati ad un solo individuo; in casi eccezionali, possono esserci due riceventi.

Esistono due accordi separati per la donatrice e per la destinataria; esse non vengono mai a contatto, né possono venire a conoscenza di dettagli l'una dell'altra. La *Authority* deve fornire la possibilità per le donne di intraprendere un percorso di consulenza psicologica.



L'ovodonazione non può essere retribuita. È possibile ottenere il rimborso delle spese relative alla donazione, quali ad esempio le spese di trasporto ed il mancato guadagno, per un massimo di £ 750 per ciascun ciclo di donazione ed una eventuale maggiorazione in via eccezionale. Tuttavia, come accennato, nel caso dell'ovodonazione è prevista un'ulteriore agevolazione: la possibilità di entrare nelle cc.dd. *egg-sharing schemes*, sistemi per la condivisione degli ovuli. Una donna che desidera sottoporsi ad un trattamento di fecondazione *in vitro* può donare metà degli ovuli ottenuti durante il ciclo di trattamento, per ottenere in cambio uno sconto sul costo del trattamento. La donna che partecipa ad un *egg-sharing scheme* viene ritenuta una donatrice a tutti gli effetti ed iscritta al registro dei donatori gestito dall'*Authority*. Lo schema è stato ideato per far fronte alla carenza di ovuli donati (i tempi di attesa previsti varia dai 3 ai 5 anni).

### **2.2.3. L'anonimato della donatrice**

Come si è visto, l'*Act* del 1990 non precisa alcun obbligo di anonimato per i donatori. Nel caso dell'ovodonazione, è più comune che i pazienti scelgano una donatrice conosciuta, poiché il disagio e gli inconvenienti della donazione riducono le probabilità che una donna accetti di sottoporsi all'ovodonazione a beneficio di una coppia sconosciuta. Inoltre, le difficoltà riscontrate allo stato attuale della scienza impediscono la conservazione a lungo termine degli ovuli. Le norme, sopra descritte, a disciplina dell'eliminazione del divieto di anonimato valgono anche nel caso dell'ovodonazione.

## **3. La donazione di embrioni**

Una coppia può donare gli embrioni non utilizzati nel proprio ciclo di trattamenti ad un'altra coppia. I genitori del bambino eventualmente nato saranno i destinatari dell'embrione, ai sensi dell'*Act* del 1990. La legge non chiarisce esplicitamente se l'embrione può essere donato ad una madre *single* (il che potrebbe dare luogo a problemi relativi alla paternità del bambino), ma in ogni caso la coppia donatrice può imporre talune condizioni relativamente all'uso dell'embrione (ad esempio, che l'embrione vada solamente ad una donna coniugata, in una *civil partnership* oppure in una coppia di fatto).

Anche per gli embrioni è valido il periodo di conservazione legale di dieci anni, soggetto a prolungamento in casi particolari, come ad esempio quello della conservazione eseguita a causa di malattie debilitanti per la fertilità.

È a proposito della conservazione degli embrioni che è sorto uno dei casi più drammatici di procreazione assistita degli anni recenti, *Evans v UK*. La fattispecie riguardava il ritiro del consenso di uno degli individui i cui gameti avevano contribuito a formare l'embrione, atto che ha, ai sensi dell'*Act* del 1990, come conseguenza la distruzione degli embrioni creati. La donna, Natallie Evans, aveva scoperto di essere affetta dal cancro delle ovaie ed aveva dovuto decidere in tempi ristretti di sottoporsi ad un trattamento di fecondazione *in vitro*, in seguito al quale erano stati formati sei embrioni, con i gameti del suo compagno dell'epoca. La donna era stata poi operata e le sue ovaie rimosse; gli embrioni costituivano

dunque la sua ultima opportunità di avere figli ai quali era geneticamente imparentata. Tuttavia, la coppia si era poi separata e l'uomo aveva informato la clinica del suo desiderio di distruggere gli embrioni. La Evans aveva allora richiesto una dichiarazione di incompatibilità delle norme della legge del 1990 sul consenso con l'art. 8 CEDU. La sua richiesta era stata respinta sia in prima istanza<sup>42</sup> sia dinanzi alla *Court of Appeal*<sup>43</sup>; così è stato anche dinanzi alla Corte di Strasburgo<sup>44</sup>. Il caso richiedeva il bilanciamento di due diritti in concreto incompatibili: il diritto della donna al rispetto della sua vita privata e familiare, da una parte, ed il diritto del suo ex-compagno al rispetto della sua decisione di non avere un figlio genetico con lei, dall'altra. La Corte di Strasburgo ha affermato che la *policy* adottata dal governo britannico era accettabile, nonostante il suo rigore. Ad avviso della Corte, non esisteva alcuna *communis opinio* europea in materia, ed esistevano invece valide giustificazioni nell'interesse pubblico per una tale inflessibilità, ovvero la promozione della conoscibilità del diritto (*certainty*) e l'assenza di arbitrarietà ed incongruenze. L'esito del caso è stato accolto non senza discussioni.

#### 4. La maternità surrogata

In conformità alle raccomandazioni della Commissione Warnock, la maternità surrogata non è una tecnica regolamentata dalla legge o dall'*Authority*: la pratica è semplicemente tollerata.

Nella maternità surrogata, una donna (la madre surrogata) rimane incinta con l'intenzione di consegnare il neonato ad una coppia (o individuo) committente alla nascita. La maternità surrogata è completa, se l'embrione impiantato nella madre surrogata è stato creato *in vitro* con i gameti della coppia committente, di donatori terzi, o di un donatore ed un componente della coppia. La maternità surrogata è invece parziale se avviene l'inseminazione artificiale della madre surrogata (e sono dunque utilizzati i suoi ovuli) con i gameti dell'uomo della coppia o di un donatore. Se le parti accettano di praticare l'auto-inseminazione artificiale, ciò può anche avvenire al di fuori di una clinica ed è pertanto molto più difficile monitorare questo tipo di maternità surrogata. Nei casi in cui si richiede la fecondazione *in vitro*, è invece necessario rivolgersi ad una clinica autorizzata dall'*Authority*, che è quindi tenuta a compiere tutti gli accertamenti previsti dalla legge. La maternità surrogata non è una tecnica spesso utilizzata; si stima che ogni anno avvengano 50-80 nascite attraverso tale metodo. Metà delle madri surrogate sono sconosciute ai committenti prima di intraprendere il trattamento; l'altra metà invece sono amiche o parenti dei committenti. Si stima altresì che le controversie insorte in seguito alla maternità surrogata riguardino il 4-8% dei casi; dato il numero ridotto di nascite, è presumibile che insorgano 1 o 2 controversie all'anno.

La relazione della Commissione Warnock non ha consigliato un totale divieto della maternità surrogata, anche se la Commissione era chiaramente a favore dell'opportunità di norme che ne scoraggiassero l'utilizzo. La Commissione Brazier, convocata tredici anni dopo, ha espresso un parere leggermente più

---

<sup>42</sup> *Evans v. Amicus Healthcare Ltd and Others* [2003] EWHC 2161 (Fam).

<sup>43</sup> *Evans v. Amicus Healthcare Ltd* [2004] EWCA Civ 727.

<sup>44</sup> Ric. n. 6339/05, del 2007.

favorevole alla pratica, ma ha comunque concluso che la normativa non avrebbe dovuto sostenerla o incoraggiarla.

Anche la giurisprudenza è mutata nel corso degli anni rispetto alla condanna unanime e veemente della maternità surrogata espressa dalla *Court of Appeal* nel caso *A v C* del 1978<sup>45</sup>. In anni recenti, le corti si sono astenute dal commentare la moralità della maternità surrogata, per concentrarsi soltanto sulla tutela del benessere del bambino nato; in *Re C (A Minor) (Wardship: Surrogacy)* del 1985, la Corte ha affermato che “i problemi difficili e delicati relativi all’etica, alla moralità ed alla desiderabilità sociale” posti dalla maternità surrogata non erano rilevanti per la valutazione della migliore decisione per il bambino.

Ora, trattandosi di una pratica meramente tollerata, la conclusione di un accordo di maternità surrogata non integra un reato, ma l’accordo stesso non ha valore legale. Ciò è stato sancito dallo *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, che ha modificato a tal fine il *Surrogacy Arrangements Act 1985* (in particolare, la sua *Section 1B*)<sup>46</sup>. La coppia committente non può dunque citare in giudizio la madre surrogata se essa rifiuta di consegnare il bambino; parimenti, la madre surrogata non può citare in giudizio la coppia committente per non aver versato i pagamenti concordati o per non volere il bambino in seguito alla nascita. Gli accordi di maternità surrogata sono dunque molto precari.

Se la commercializzazione è espressamente vietata per legge, la prassi è piuttosto diversa. Nei casi in cui la madre surrogata è sconosciuta ai committenti, in genere essa riceve circa £10-15.000 per i propri servizi, che potrà molto probabilmente tenere anche una volta che del caso di maternità surrogata “commerciale” siano venute a conoscenza le autorità locali. Ciò è possibile perché le corti hanno il potere di autorizzare *ex post* i pagamenti versati, anche in violazione del divieto imposto per legge. Se le corti ritengono che, in un certo caso, è nell’interesse del bambino rimanere con la coppia committente, l’autorizzazione retrospettiva di qualsiasi versamento effettuato sarà concessa con relativa facilità.

Come accennato, le maternità surrogate che fanno uso di trattamenti di fecondazione *in vitro* sono maggiormente tutelate. Poiché il trattamento deve essere effettuato in una clinica, sono applicabili anche tutte le forme di tutela previste per legge, tra cui in particolare la necessità di tener conto del benessere del bambino che nascerà e di qualsiasi altro bambino che potrebbe essere coinvolto nella nascita, come ad esempio quelli della madre surrogata. Il trattamento in clinica è solitamente controllato dal comitato etico

---

<sup>45</sup> Nella quale Cumming-Bruce LJ ha definito l’accordo come “una specie di operazione di allevamento di bambini di pessimo e lamentevole gusto”, mentre Stamp LJ ha definito la vicenda come un “piccolo brutto melodramma” (8 Family Law 170).

<sup>46</sup> Si ricorda che il *Surrogacy Arrangements Act 1985* era stato emanato per proibire qualsiasi attività commerciale relativa alla maternità surrogata; ai sensi dell’*Act*, la pubblicazione e la distribuzione di pubblicità che indicano la disponibilità a prestarsi come madri surrogate è un reato. L’*Act* è stato modificato dallo *Human Fertilisation and Embryology Act del 2008* per permettere ad enti privi di scopo di lucro di chiedere una tariffa ragionevole per poter recuperare le loro spese.

indipendente della clinica stessa, che è in grado di imporre ulteriori condizioni allo svolgimento dell'intervento<sup>47</sup>.

Il divieto sulla commercializzazione della maternità surrogata comporta una limitazione all'accesso alla consulenza legale; esiste un numero limitato di organizzazioni non aventi scopo di lucro che agevolano i contatti tra madri surrogate e coppie committenti, ma una tale attività non è giuridicamente riconosciuta.

#### **4.1. Il riconoscimento della maternità**

Come si è visto, la madre del bambino è la donna che porta o ha portato a termine la gravidanza<sup>48</sup>. Dunque, la madre surrogata è sempre la madre del bambino dal momento della nascita, a prescindere dall'esistenza di un eventuale legame genetico tra partoriente e bambino. Essa ha dunque il diritto di tenere il bambino, essendo la madre legale finché non viene eseguito un *parental order* o finché non viene avviata la procedura di adozione da parte della madre committente. La *Section 48* dell'*Act* del 2008 stabilisce che l'ovodonazione non può comportare, per la donatrice, la genitorialità di un bambino. Se, da un lato, l'approccio britannico ha il pregio della chiarezza e della semplicità, esso ha anche il grave difetto di porre la madre surrogata in una posizione assai precaria; data la non-giustiziabilità degli accordi di maternità surrogata, se la coppia committente non desidera più il bambino, esso sarà a carico della madre committente. Si ritiene che, in astratto, una prova di maternità fondata sulle intenzioni delle parti prima del concepimento potrebbe porre rimedio a questo problema.

#### **4.2. La paternità**

Per il *common law*, la presunzione della legittimità dei figli nati all'interno del matrimonio comporta l'attribuzione della paternità all'eventuale marito della madre surrogata. Esiste anche una presunzione secondo la quale fa fede la registrazione, come padre, sul certificato di nascita del bambino, il che può dare luogo ad alcuni problemi, visto che i diversi centri anagrafici nel Regno Unito forniscono pareri diversi su quale uomo debba essere registrato come padre del bambino. Se la madre surrogata è impegnata in una *civil partnership*, la sua *partner* sarà l'altro genitore legale del bambino.

Tali presunzioni possono comunque essere respinte per mezzo di dichiarazioni di non-consenso alla genitorialità nel caso di sottoposizione a maternità surrogata della moglie o *civil partner*, in circostanze quali divorzio o separazione dalla prospettata madre surrogata, o in seguito ad un *test* del DNA. Inoltre, la disciplina predisposta dagli *Human Fertilisation and Embryology Acts* del 1990 e del 2008 prevale sulle norme di *common law*. Tuttavia, tali normative sono state concepite nell'ottica della donazione di gameti maschili, e la loro applicazione alle situazioni di maternità surrogata può dare luogo a risultati peculiari.

---

<sup>47</sup> Ad esempio, nella clinica di Bourn Hall, nel Cambridge, le madri surrogate devono essere di età inferiore ai 40 anni, devono aver avuto almeno un bambino proprio e preferibilmente aver completato la propria famiglia, devono essere sposate o in un rapporto stabile ed i loro compagni devono essere coinvolti nella consulenza preliminare.

<sup>48</sup> *Human Fertilisation and Embryology Act 2008, Section 33.*

Secondo le *Sections* 28 della legge del 1990 e 38 della legge del 2008, l'eventuale marito della madre surrogata è ritenuto il padre del bambino, a meno che non si possa dimostrare l'assenza del suo consenso al trattamento della moglie. Dunque, se il marito non ha manifestato obiezioni al trattamento, o se queste non vengono accolte in via giudiziaria, egli è il padre del bambino iscritto sul suo certificato di nascita.

La *Human Fertilisation and Embryology Authority* ha deciso di introdurre una modifica in tema di genitorialità nel caso di maternità surrogata in cui la gestante non sia sposata o parte di una *civil partnership*. La modifica è entrata in vigore il 1° ottobre 2013. Prima di quella data, se il trattamento era avvenuto in una clinica autorizzata, e la madre surrogata non aveva alcun compagno, compagna o coniuge, il bambino non aveva alcun padre ai sensi della legge. A partire da quella data, la situazione è la seguente: se la fecondazione è avvenuta con lo sperma dell'uomo della coppia committente, quell'uomo è automaticamente il padre legale, se nessun altro individuo è stato nominato tale, ed acquisisce la potestà genitoriale una volta iscritto come padre sul certificato di nascita. Non è necessario ottenere il suo consenso, né quello della madre surrogata.

Un uomo committente che non è il padre genetico del bambino (ad esempio, l'uomo di una coppia committente che ha fatto uso di sperma eterologo oppure il compagno omosessuale dell'uomo committente), od una donna committente, possono essere indicati come il secondo genitore legale del bambino ed acquisire la potestà genitoriale su iscrizione nel certificato di nascita. Questo però richiede il consenso della madre surrogata e dell'altro individuo committente.

In altre parole, alla nascita del bambino, la madre surrogata è legalmente sempre la madre, ma uno degli individui committenti può essere il secondo genitore legale del bambino; se la maternità surrogata è stata chiesta da una coppia, solo uno degli individui della coppia può essere un genitore al momento della registrazione della nascita del bambino; l'altro individuo potrà diventare genitore solamente in base ad un *parental order* emesso dal giudice; questo perché un bambino non può avere più di due genitori legali in un determinato momento<sup>49</sup>.

Se la madre surrogata ha un compagno di fatto, ai sensi del vecchio ordinamento predisposto dall'*Act* del 1990, il compagno è il padre se il trattamento è stato eseguito per conto ed a beneficio della "coppia". Dall'entrata in vigore dell'*Act* del 2008, il compagno è, invece, il padre se adempie alle "condizioni della paternità concordata", il che sarà improbabile, a meno che non desideri tenersi il bambino.

---

<sup>49</sup> Da notare che in Canada, pure ordinamento di *common law*, la situazione è significativamente diversa: nel febbraio 2014, stato nella Provincia del British Columbia, si è avuto il primo certificato di nascita recante tre genitori. La decisione è stata presa in base al nuovo *Family Act* provinciale emesso nel 2013. La coppia lesbica genitrice della bambina ha scelto di iscrivere il nome del donatore di sperma che ha reso possibile la gravidanza, un amico di famiglia. Il nuovo rapporto familiare, ed i rispettivi diritti e doveri dei genitori, è stato formalizzato dai tre adulti per mezzo di un "accordo formale": esso prevede la concessione, al padre, di diritti di contatto e la possibilità di pronunciarsi su questioni importanti quali istruzione e cure mediche; la bambina risiederà con le madri, le quali ne saranno responsabili anche economicamente (<http://news.nationalpost.com/2014/02/10/vancouver-baby-becomes-first-person-to-have-three-parents-named-on-birth-certificate-in-b-c/>).

### 4.3. Il trasferimento della genitorialità: a) il *parental order*

Sulla scorta di quanto si è venuti dicendo, alla nascita del bambino, la madre surrogata sarà certamente la madre del bambino, mentre il padre committente potrebbe essere, ma solo eccezionalmente, il padre del bambino. La coppia committente che desideri ottenere la genitorialità del bambino dovrà richiedere presso la corte un *parental order*<sup>50</sup> ai sensi dello *Human Fertilisation and Embryology Act* entro sei mesi dalla nascita del bambino oppure avviare una pratica di adozione.

Il *parental order* deve essere emesso da un giudice; un tutore legale sarà nominato dalla corte per far valere gli interessi del bambino. Nel momento dell'emissione, l'ufficio dell'anagrafe centrale effettuerà una nuova registrazione della nascita del bambino; come avviene con l'adozione, non sarà reso pubblico alcun collegamento tra il registro delle nascite e quello dei *parental orders*, ma il bambino nato dalla maternità surrogata potrà, al compimento della maggiore età ed in seguito a *counselling*, aver accesso al suo certificato di nascita originale. In seguito allo *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, i *parental orders* possono essere emessi anche per le coppie non sposate (*civil partners* e coppie conviventi).

Sia la madre surrogata che l'eventuale padre o secondo genitore devono dare il proprio consenso al trasferimento della genitorialità. A differenza delle pratiche di adozione, la mancanza del consenso non è superabile (nell'adozione, si può addurre che il consenso sia stato negato per motivi irragionevoli). Se un'autorità pubblica locale viene a sapere che un bambino sta per nascere o è nato in seguito ad un accordo di maternità surrogata, il dipartimento di servizi sociali deve compiere accertamenti al fine di verificare se il bambino è a rischio di abusi o malessere in seguito all'accordo; in caso contrario, le autorità possono ottenere l'affidamento del bambino tramite un *care order*.

Per ottenere un *parental order*, almeno uno dei richiedenti deve essere geneticamente imparentato con il bambino, il concepimento non può essere avvenuto per mezzo di un rapporto naturale, il bambino deve essere domiciliato presso i richiedenti e la corte deve accertare che non sia stato effettuato alcun pagamento in denaro o almeno che questo pagamento non ecceda il *quantum* delle spese ragionevolmente sostenute nel corso della gravidanza. Tuttavia, nella prassi, la concessione di un *parental order* non è mai stata ostacolata dal riscontrato versamento alla madre surrogata anche di cifre consistenti.

L'emissione del *parental order* estingue in via permanente il rapporto di maternità giuridica della madre surrogata e rende gli individui committenti i genitori legali del bambino; inoltre, si ha automaticamente una nuova emissione del certificato di nascita del bambino nel quale si mostrano, come genitori legali del bambino, gli individui richiedenti.

---

<sup>50</sup> Trattasi di una ordinanza creata espressamente allo scopo di rimediare alle problematiche poste in relazione alla maternità surrogata e che comporta il trasferimento completo della genitorialità.



#### 4.4. Segue: b) l'adozione

Se una coppia non può ottenere un *parental order*, per ottenere la genitorialità essa deve avviare una pratica di adozione. A tal fine, la coppia deve rientrare nelle condizioni per l'adozione (sancite dall'*Adoption and Children Act 2002*) e sottostare ai controlli rigorosi effettuati dai servizi sociali locali. L'interesse fondamentale, in questi casi, sarà quello del bambino e del suo benessere. A tal fine, la giurisprudenza sembra indicare che il luogo presso il quale il bambino è domiciliato potrebbe essere decisivo, a meno che non esistano circostanze particolari.

Possono insorgere difficoltà ulteriori nei casi in cui la madre surrogata provenga da un paese straniero e la coppia committente sia britannica, poiché, anche se i genitori fossero idonei a ricevere un *parental order*, il bambino dovrebbe probabilmente rientrare nelle condizioni (severe) poste dal diritto dell'immigrazione<sup>51</sup>. La coppia può richiedere un *parental order*, che trasferirà la genitorialità alla coppia committente, dinanzi ad un tribunale britannico soltanto se risiede nel Regno Unito<sup>52</sup>.

### 5. Principi ed argomenti evocati in relazione alla fecondazione eterologa

Il lavoro della Commissione Warnock reca la più completa disamina delle problematiche che si sono poste in relazione alla procreazione medicalmente assistita, nonché degli orientamenti diffusi in seno all'opinione pubblica. La domanda centrale che la Commissione si è posta è stata la seguente: “quale tipo di società possiamo lodare ed ammirare? In quale tipo di società potremmo vivere, con le nostre coscienze pulite?”.

Come accennato (*supra*, par. 1), la Commissione si è espressa a favore di una posizione assai moderata e aperta nei confronti delle nuove tecnologie, sia pure nel quadro di una loro regolamentazione.

#### 5.1. In generale

A favore della fecondazione eterologa si è addotta l'opportunità di garantire la possibilità di avere un figlio geneticamente imparentato con almeno un componente della coppia; inoltre, la coppia può condividere l'esperienza della gravidanza, ed il legame della gravidanza può insorgere tra madre e figlio, a prescindere dalla maternità genetica. Con riguardo all'inseminazione artificiale, non si tratta di una procedura particolarmente gravosa o invasiva. Inoltre, il bambino nato per mezzo delle tecniche di procreazione assistita sarà stato fortemente desiderato. Per quanto riguarda la donazione di embrioni, si è

---

<sup>51</sup> Ad esempio, nel caso *Re X and Y (Foreign Surrogacy)* del 2008, giunta dinanzi alla *High Court*, la madre surrogata era ucraina e la gestazione era avvenuta nel suo paese. Per il diritto ucraino, i genitori del bambino alla nascita erano i componenti della coppia committente; per il diritto britannico, invece, la coppia committente aveva necessità dell'ordinanza emessa dalla corte. Il bambino rischiava dunque di essere sia “orfano” che apolide.

<sup>52</sup> Per un approfondimento, si veda E. JACKSON, *Medical Law: Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2009, cap. 15.

avanzata l'ipotesi che fosse paragonabile ad una forma di adozione pre-natale, col vantaggio che i genitori ed il figlio condividono le esperienze della gestazione e della nascita.

La Commissione Warnock ha affermato che la fecondazione eterologa non avrebbe dovuto essere soggetta a particolari condizioni e cautele, ed avrebbe anzi dovuto ricevere una tutela nella legge. Le obiezioni mosse da alcuni individui contro la fecondazione eterologa non potevano essere motivi sufficienti per negare l'opportunità di trattamento alle coppie sterili che non condividevano lo stesso punto di vista. Inoltre, con precipuo riguardo all'inseminazione, era evidente che il suo uso era destinato a crescere e una sua pratica clandestina avrebbe potuto avere effetti gravemente dannosi. Per quanto riguarda il maggior rischio insito nell'ovodonazione, la commissione era d'accordo che una soluzione sufficiente sarebbe potuta essere l'informazione e la consulenza della donatrice, fornita prima di intraprendere la terapia.

## 5.2. Sulla fecondazione eterologa

Con riguardo all'impiego di sperma eterologo, la Commissione ha ripercorso la cronologia delle opinioni espresse al riguardo: nel 1948, l'Arcivescovo di Canterbury era fortemente critico della pratica, raccomandando la sua penalizzazione; la pratica era stata esaminata a fondo dal Governo nel 1960, attraverso la relazione redatta dalla Commissione Feversham, che aveva sottolineato l'accettabilità dell'inseminazione artificiale con gameti omologhi, ma al tempo stesso la contrarietà all'inseminazione eterologa dell'opinione pubblica e della maggioranza del personale medico. Ciò nonostante, dal 1960 si è fatto un uso crescente dell'inseminazione eterologa, al punto che nel 1968 il Ministro della Salute ha deciso che l'inseminazione artificiale, di natura sia omologa sia eterologa, doveva essere resa disponibile da parte del sistema sanitario nazionale, previo consulto medico. La *British Medical Association* ha creato un collegio d'indagine che, nel 1973, ha rimesso la propria relazione, la quale ha confermato l'accettabilità della fornitura di servizi di inseminazione artificiale eterologa in appositi centri del servizio sanitario nazionale. Tuttavia, il Governo non ha posto in essere alcun sistema di accreditamento dei centri a tale scopo.

Pur con queste difficoltà, il ricorso all'inseminazione eterologa è cresciuto, tanto che, nel 1982, le gravidanze ottenute mediante una tale tecnica ammontavano ad oltre mille, mentre quelle portate a termine risultavano essere poco meno di ottocento.

Le argomentazioni avanzate contro l'inseminazione con sperma eterologo erano molteplici. L'uso di gameti eterologhi alla coppia avrebbe comportato l'introduzione di una "terza parte" in ciò che avrebbe dovuto essere una relazione esclusiva, il che costituiva in sé un illecito morale e comportava una minaccia al rapporto ed alla famiglia fondata su di esso. L'uso di gameti eterologhi poteva, infatti, essere paragonabile all'adulterio, poiché costituiva una violazione dell'unione fisica esclusiva tra marito e moglie e rappresentava una rottura del giuramento matrimoniale. Ciò naturalmente non era la posizione giuridica, secondo la quale l'inseminazione artificiale eterologa non costituiva adulterio (data l'anonimità del donatore ed il fatto che si potesse presumere che il marito della donna sottopostasi a trattamento

acconsentisse all'uso dei gameti eterologhi). Inoltre, l'introduzione di una terza persona nel rapporto familiare non costituiva necessariamente una minaccia per la stabilità del nucleo familiare, data ad esempio l'esistenza di altri rapporti di genitorialità (si pensi alla figura del patrigno) che possono dar luogo a situazioni di armonia familiare.

Con riguardo alla posizione del figlio, si è mostrata preoccupazione per l'eventualità della scoperta accidentale del proprio concepimento avvenuto per mezzo di fecondazione eterologa. Tuttavia, secondo la Commissione Warnock, ciò si risolveva in una critica alle tecniche di procreazione in generale e non specificamente all'inseminazione artificiale per mezzo di donatore.

Ancora, si diceva, la frequenza dell'uso dei gameti provenienti da un singolo donatore avrebbe potuto aumentare le possibilità di formazione di relazioni incestuose tra i figli concepiti, nonché di diffusione di malattie ereditarie.

### **5.3. Sull'ovodonazione (e sulla donazione di embrioni)**

Tra le argomentazioni specificamente riguardanti l'ovodonazione emergevano le preoccupazioni relative alla tutela della salute della donatrice, poiché la procedura di ottenimento degli ovuli è maggiormente invasiva e comporta ulteriori rischi. Inoltre, essa comporta un maggiore grado di ingerenza nel processo di fecondazione.

Le stesse considerazioni erano state avanzate anche con riguardo alla donazione di embrioni, con, in più, le preoccupazioni espresse per l'uso della tecnica del *lavage* (dalla Commissione Warnock sconsigliata), nella quale gli embrioni provengono dall'inseminazione artificiale dell'ovodona-trice con i gameti del marito della coppia sottoposti a trattamento, ed il successivo prelevamento dall'utero della donatrice e impianto nella donatrice.

### **5.4. Sulla maternità surrogata**

La Commissione ha constatato che la tecnica della maternità surrogata ha suscitato il più acceso dibattito in seno all'opinione pubblica. L'intrusione di una terza persona nell'unità del matrimonio è stata percepita, in questo caso più che in altri, perché il suo contributo è maggiore, più duraturo e più intimo rispetto alla semplice donazione. È stata inoltre ritenuta contrastante con la dignità umana e della donna, ed una tale violazione di principi cardinali non avrebbe potuto certo essere lenita dalla eventuale conclusione di un contratto, che avrebbe accentuato semmai il carattere merceologico della transazione. Nella maternità surrogata, il rapporto tra madre e figlio è stato percepito come distorto, poiché la madre ha intenzione di consegnare il figlio alla nascita, e la tecnica avrebbe potuto essere nociva per il bambino, che si sarebbe potuto sentire oggetto di scambio pecuniario.

A favore della maternità surrogata, si è affermato che, se si accetta che l'infertilità è una condizione alla quale va posto rimedio laddove è possibile, allora non si può negare nemmeno la possibilità della maternità surrogata, soprattutto se si tratta dell'unico modo in cui il marito di una donna sterile può avere

un figlio. La posizione della madre surrogata non è necessariamente quella di una persona sfruttata, poiché essa, se fornisce un valido consenso del tutto libero e spontaneo, dando in uso il proprio corpo per la realizzazione del desiderio di un'altra coppia, compie un atto di vera e propria generosità. Per quanto riguarda la possibile nocività al bambino, i sostenitori della maternità surrogata hanno sottolineato come lo spezzarsi del legame con la madre partorienti non venga indicato come elemento contrario all'adozione.

La Commissione Warnock ha condannato la maternità surrogata accordata per semplice convenienza, ed ha proposto la sanzionabilità in sede penale per gli individui che concludessero un tale accordo di natura commerciale, nonché per le agenzie che si occupassero di favorire tali transazioni. La Commissione ha anche raccomandato che la normativa sui trattamenti di procreazione assistita stabilissero chiaramente che gli accordi relativi alla maternità surrogata fossero illegali e non fossero giustiziabili.

### 5.5. La fecondazione eterologa con “tre genitori”

Nel gennaio 2012, il Ministro della sanità ed il Ministro per le imprese, l'innovazione e le potenzialità hanno chiesto alla *Human Fertilisation and Embryology Authority* di svolgere una consultazione pubblica riguardo alle nuove tecniche di fecondazione *in vitro* volte ad impedire la trasmissione di malattie cc.dd. mitocondriali. Infatti, irregolarità nei mitocondri, strutture che contengono una piccola percentuale di DNA, possono provocare anomalie genetiche che danno luogo a molteplici condizioni diverse, con sintomatologie e gravità differenti, ma che rischiano di avere effetti fortemente negativi sulle vite dei malati e delle loro famiglie.

Allo stato attuale della medicina, non esiste alcuna cura per queste malattie, e dunque impedirne la trasmissione per via riproduttiva è assai importante. I mitocondri sono ereditati in maniera matrilineare, e le tecniche attualmente possibili comportano la sostituzione con materiale nucleare di una cellula uovo sana del materiale nucleare proveniente da una cellula uovo “malata”<sup>53</sup>.

Come osservato anni prima dalla Commissione Warnock, le consultazioni hanno riscontrato la generale apertura della società britannica nei confronti delle nuove tecniche, a patto che siano sufficientemente prive di rischi e che vengano applicate nel contesto di un adeguato quadro regolamentare. Sono state avanzate preoccupazioni di natura etica assai forti, ma, generalmente, ad avviso della *Authority*, queste potevano dirsi superate dalle argomentazioni a favore dell'introduzione delle tecniche *de quo* nell'ordinamento.

In base alle consultazioni, la *Authority* ha stilato un elenco di raccomandazioni per il Governo per il caso, successivamente verificatori, che questo intendesse emettere norme secondarie per avviare la

---

<sup>53</sup> Le malattie mitocondriali possono essere causate da difetti nei geni situati nel nucleo della cellula e che sono necessari per il funzionamento dei mitocondri, oppure da difetti nella piccola proporzione di DNA che si trova nei mitocondri stessi. È la seconda variante delle malattie che può essere evitata per mezzo di due nuove tecniche mediche (il *pro-nuclear transfer* ed il *maternal spindle transfer*), che sono attualmente oggetto di ricerca in laboratorio negli USA e nel Regno Unito.

sperimentazione delle tecniche di sostituzione dei mitocondri. Il Governo dovrà poi valutare se chiedere il parere del Parlamento.

Nel corso delle consultazioni sono state espresse riserve relative alla possibilità che la concessione del permesso per tali tipi di tecniche potesse portare all'introduzione di ulteriori procedimenti meno desiderabili. Per ovviare a queste preoccupazioni, la *Authority* ha raccomandato che gli eventuali regolamenti precisassero il fatto di consentire solamente le tecniche oggetto della consultazione (ovvero relative alla sostituzione dei mitocondri) e che ribadissero il divieto di modificazione del DNA del nucleo cellulare, ribadito nello *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, oltre a quello di trasferimento del nucleo di cellule somatiche. Inoltre, eventuali regolamenti dovrebbero anche specificare di poter essere utilizzati solamente per evitare gravi malattie. La *Authority* ha poi consigliato di inserire previsioni volte al perseguimento di ulteriori ricerche. Il 3 marzo 2014, il Governo britannico ha pubblicato delle bozze di regolamento, sottoponendole ad una consultazione pubblica e di soggetti coinvolti. La consultazione avrà la durata di tre mesi.

# SPAGNA

di Carmen Guerrero Picó

## 1. Il quadro normativo della procreazione medicalmente assistita

Sebbene la Costituzione spagnola del 1978 non sancisca esplicitamente un diritto alla procreazione medicalmente assistita, questo è stato garantito in via legislativa, salvaguardandosi il diritto a formare la propria famiglia, scegliendone il modello in modo libero e responsabile<sup>1</sup>. Siffatta circostanza ha fatto sì che la Spagna diventasse una delle mete preferite del c.d. “turismo procreativo”.

Le prime leggi in materia risalgono agli anni Ottanta. Il riferimento va alla legge n. 35/1988, del 22 novembre, sulle tecniche di riproduzione assistita<sup>2</sup>, ed alla legge n. 42/1988, del 28 dicembre, sulla donazione ed utilizzazione di embrioni e feti umani, delle loro cellule, tessuti e organi.

La legge n. 35/1988 garantiva l'accesso alle tecniche di PMA, inclusa la procreazione eterologa con donazione di gameti maschili e femminili e di preembrioni, da parte di donne sposate, unite ad un *partner* di fatto o *singles*, rendendo possibile anche la fecondazione *post mortem*. Non era necessario che la donna (o, se del caso, l'uomo) fosse affetta da problemi di sterilità o infertilità, così come non era prevista un'età massima per ricorrere alla PMA né era richiesto che l'intervento avvenisse in età fertile. Non si era neppure previsto un periodo minimo di convivenza da parte delle coppie di fatto per accedere alla PMA.

Il sollecito intervento del legislatore era stato, tuttavia, criticato come illegittimo, sulla base di motivazioni di diversa indole, ad esempio, dalla Chiesa cattolica e dal movimento femminista. Alcuni deputati del gruppo parlamentare popolare avevano sollevato un ricorso di legittimità in via principale contro la quasi totalità della legge, che essi ritenevano contraria agli istituti del matrimonio e della

---

<sup>1</sup> Per un approfondimento, si veda M. IACOMETTI, *La procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento spagnolo*, in C. CASONATO – T. E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2006, 37-91; F. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Editorial Reus, Madrid, 2012; e A. LUNA SERRANO, *Comparación en materia de filiación por reproducción asistida entre los derechos español e italiano*, in *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. 87, settembre-dicembre 2012, 170 ss.

<sup>2</sup> In attuazione della legge sulla procreazione assistita sono stati approvati: il regio decreto n. 412/1996, del 1° marzo (ancora in vigore), che ha stabilito i protocolli di studio dei donatori di gameti e degli utenti delle tecniche di riproduzione assistita e che ha regolato la creazione ed organizzazione del Registro nazionale di donatori di gameti e preembrioni a fini di procreazione umana; il regio decreto n. 413/1996, del 1° marzo (ancora in vigore), che ha posto i requisiti tecnici e funzionali per l'autorizzazione e l'omologazione dei centri e dei servizi sanitari incaricati di realizzare le tecniche di procreazione umana assistita; ed il regio decreto n. 415/1997, del 21 marzo (già modificato dal regio decreto n. 906/2007, del 6 luglio ed oggi abrogato), con il quale si è istituita la Commissione nazionale sulla riproduzione umana assistita.

La legislazione spagnola, ivi comprese le norme abrogate, può essere consultata *on line* alla pagina <http://www.boe.es/legislacion/legislacion.php>.



famiglia. Il Tribunale costituzionale fece comunque salva la maggior parte delle doglianze prospettate e, per quanto in questa sede specificamente interessa, confermò la legittimità della fecondazione eterologa e della scelta dell'anonimato dei donatori.

Nonostante le critiche alla legge, è un fatto che la fecondazione eterologa sia socialmente accettata e, in questo senso, risulta significativo che, nonostante le diverse riforme legislative avvenute in materia a seguito dei cambiamenti del partito al governo<sup>3</sup>, non siano state mai adottate modifiche volte a limitare il ricorso a tale tecnica procreativa.

La legge attualmente in vigore è la legge n. 14/2006, del 26 maggio, sulle tecniche di riproduzione umana assistita (d'ora in avanti, legge PMA), completata per certi aspetti dalla legge n. 14/2007, del 3 luglio, in materia di ricerca biomedica.

La legge n. 14/2006 è stata modificata dalla legge n. 3/2007, del 15 marzo, che disciplina la rettificazione nei registri della menzione relativa al sesso delle persone, che ha permesso l'iscrizione all'anagrafe della doppia filiazione materna di un figlio nato a seguito di tecniche di PMA (art. 7, comma 3) e dalla legge n. 26/2011, del 1° agosto, di adeguamento normativo alla Convenzione internazionale sui diritti delle persone con disabilità, che ha novellato le norme concernenti le informazioni da fornire<sup>4</sup> alle persone disabili coinvolte affinché queste siano accessibili e comprensibili.

Inoltre, con regio decreto n. 42/2010, del 15 gennaio, è stata ridisegnata la struttura della Commissione nazionale sulla riproduzione assistita<sup>5</sup>, allo scopo di dotarla di maggiore agilità ed efficacia nell'esercizio delle sue competenze. In seguito ad altre riforme strutturali si è deciso che la vicepresidenza della

---

<sup>3</sup> La legge sulla procreazione assistita del 1988 è stata modificata dalla legge n. 45/2003, del 21 novembre, che ha limitato il numero di embrioni da creare ed impiantare nella donna ed ha ridotto il numero di embrioni soprannumerari, chiarendone il destino. A questa legge è seguito il regio decreto n. 120/2003, del 31 gennaio, in base al quale si sono stabiliti i requisiti per la realizzazione di pratiche controllate, a fini riproduttivi, di fecondazione di ovociti o di tessuto ovarico precedentemente congelati, nell'ambito delle tecniche di riproduzione umana assistita.

Successivamente si è cercato di limitare la portata della riforma precedente mediante l'approvazione del regio decreto n. 1720/2004, del 23 luglio, in base al quale si sono stabilite le tipologie fisiopatologiche che permettevano il superamento dei limiti generali stabiliti per la fecondazione di ovociti nei processi di riproduzione assistita. Sulla stessa scia si è posto il regio decreto n. 2132/2004, del 29 ottobre, che ha disciplinato i requisiti e le procedure per richiedere lo sviluppo di progetti di ricerca con cellule staminali ottenute da preembrioni sovranumerari.

<sup>4</sup> La modifica ha interessato l'art. 5, comma 4 (riferito ai contratti di donazione), l'art. 6, comma 4 (riguardante gli utenti delle tecniche di PMA) e l'art. 11, comma 7 (concernente la crioconservazione di gameti e di preembrioni).

<sup>5</sup> È l'organo collegiale di carattere permanente e consultivo, dipendente dal Ministero della Sanità, Servizi sociali e Uguaglianza, che elabora pareri obbligatori in materia di: nuove tecniche di procreazione assistita; studio, aggiornamento e proposta delle malattie genetiche ed ereditarie che possono essere rilevati nella diagnosi pre-impianto; protocolli e progetti di ricerca e di sperimentazione su gameti, preembrioni e feti umani (art. 20 della legge 14/2006).

La Commissione ha approvato l'uso della diagnosi genetica pre-impianto, ad esempio, in casi di cancro ereditario al seno, al colon e alla tiroide. V. *Setenta familias quieren un «bebé medicamento»*, in *La Razón*, 16/02/2012, [http://www.larazon.es/detalle\\_hemeroteca/noticias/LA\\_RAZON\\_434674/3027-setenta-familias-quieren-un-bebe-medica-mento#.Ttt1Ar2CRAa4JF8](http://www.larazon.es/detalle_hemeroteca/noticias/LA_RAZON_434674/3027-setenta-familias-quieren-un-bebe-medica-mento#.Ttt1Ar2CRAa4JF8).

Commissione fosse assunta dal titolare della *Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia*, anziché dal titolare della *Dirección General de Terapias Avanzadas y Trasplantes*<sup>6</sup>.

Nel 2011 si prospettava la creazione a breve del Registro nazionale di donatori di gameti e di preembrioni, ma questo registro non è ancora stato istituito<sup>7</sup>.

## 2. La fecondazione eterologa

### 2.1. Le tecniche ammesse

Oltre alla disciplina dell'applicazione delle tecniche di PMA nella prevenzione e nel trattamento di malattie di origine genetica, la legge PMA ha per oggetto la disciplina dell'applicazione delle tecniche di riproduzione umana assistita "accreditate scientificamente e clinicamente indicate" e la disciplina dei presupposti e requisiti di utilizzo dei gameti e preembrioni umani crioconservati (art. 1, comma 1).

L'art. 2, comma 1, stabilisce che le tecniche ammesse ai sensi dell'art. 1 sono quelle menzionate nell'allegato alla legge, ovvero: 1) l'inseminazione artificiale; 2) la fecondazione *in vitro* ed iniezione intracitoplasmica di spermatozoi con gameti propri o di donatore e con trasferimento di preembrioni<sup>8</sup>; e 3) il trasferimento intratubarico di gameti.

L'applicazione di qualsiasi altra tecnica non inclusa nell'allegato richiederà l'autorizzazione dell'autorità sanitaria corrispondente, previa relazione favorevole della Commissione nazionale sulla riproduzione assistita, per la sua pratica provvisoria e per la tutela quale tecnica sperimentale (art. 2, comma 2).

Il Governo, previo parere della Commissione nazionale sulla riproduzione assistita, potrà aggiornare con regio decreto l'allegato allo scopo di adeguarlo ai progressi scientifici e tecnici e per incorporare le tecniche sperimentali che integrano le condizioni scientifiche e cliniche che permettono la loro applicazione generalizzata (art. 2, comma 3).

---

<sup>6</sup> V. il regio decreto n. 200/2012, del 23 gennaio, *por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales*.

<sup>7</sup> V. *¿Qué pasa con el registro de donantes de gametos?*, in *El Mundo*, 27/05/2013, <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2013/05/24/noticias/1369421024.html>.

<sup>8</sup> La disposizione finale quarta della legge n. 14/2007, del 3 luglio, in materia di ricerca biomedica, ha modificato leggermente questo punto. Il testo originale così recitava: "2. Fecondazione *in vitro* ed iniezione intracitoplasmica di spermatozoidi provenienti da eiaculato, con gameti propri o di donatore e con trasferimento di preembrioni".

## 2.2. I requisiti soggettivi per l'accesso alle tecniche di PMA

L'accesso alle tecniche di riproduzione assistita è consentito a tutte le donne maggiorenni con piena capacità di agire, purché abbiano prestato il loro consenso per scritto, ed a prescindere dal loro stato civile e dal loro orientamento sessuale<sup>9</sup> (art. 6, comma 1). Inoltre, la disposizione aggiuntiva quinta garantisce la non discriminazione nell'accesso alle tecniche di PMA alle persone affette da *handicap*.

L'art. 3, commi 1, 3 e 4, nel disciplinare le condizioni personali che permettono l'accesso alle tecniche di PMA, esige solo che vi siano possibilità ragionevoli di successo, che l'impiego delle tecniche non comporti un grave rischio per la salute fisica o psichica della donna o della possibile discendenza e che la donna abbia prestato previamente il suo consenso informato, essendo a conoscenza degli aspetti biologici, giuridici ed etici, del costo economico e dei rischi connessi all'utilizzo delle suddette tecniche<sup>10</sup>. La legge insiste sul fatto che il consenso della donna, oltre che informato, deve essere libero, consapevole ed esplicito (art. 6, comma 1). Altro aspetto che viene rimarcato è quello della possibilità di richiedere la sospensione del trattamento in qualsiasi momento prima del *transfer* embrionario (art. 3, comma 5).

Se la donna è sposata, è necessario ottenere anche il consenso (libero, consapevole ed esplicito) del marito, a meno che la coppia non sia separata, legalmente o di fatto (art. 6, comma 3). All'origine di

---

<sup>9</sup> Nell'aprile 2011, i *media* hanno reso pubblico che i servizi sanitari pubblici delle Comunità autonome di Catalogna, Murcia e Asturias avevano negato a diverse coppie di donne lesbiche l'accesso alle tecniche di PMA, sul presupposto che non esisteva un problema di infertilità maschile. Queste Comunità autonome si sono rifatte al regio decreto n. 1030/2006, del 15 settembre, con cui si stabilisce la carta di servizi comuni del Sistema nazionale di salute, e che contempla la PMA quando ci sia una diagnosi di sterilità o un'indicazione clinica. V. *Tres comunidades se niegan a pagar la fecundación a lesbianas*, in *El País*, 27/04/2011, [http://elpais.com/diario/2011/04/27/sociedad/1303855204\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2011/04/27/sociedad/1303855204_850215.html).

La sezione del lavoro del Tribunale superiore di giustizia delle Asturie ha condannato i servizi sanitari di questa Comunità autonoma con sentenza del 26/04/2013 (n. rec. 554/2013). Non solo dovranno garantire l'accesso finora negato alle tecniche di PMA, ma dovranno anche rimborsare la coppia delle spese già sostenute. Secondo il tribunale, "la Costituzione sancisce il principio di eguaglianza e di non discriminazione in ragione del sesso, per cui dobbiamo interpretare il regio decreto [n. 1030/2006] in questo contesto e ritenere che tra i casi di sterilità non si può escludere quella che in termini medici viene chiamata sterilità primaria [assenza del fattore maschile], poiché in caso contrario si costringerebbe una persona di orientamento omosessuale ad avere rapporti eterosessuali per poter giungere alla procreazione" (FD 13).

La sentenza è reperibile nel *database* di giurisprudenza ordinaria del Consiglio generale del Potere giudiziario alla pagina internet <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>.

<sup>10</sup> Pur non prevedendosi limiti anagrafici, l'art. 6, comma 2, esige esplicitamente che la donna sia a conoscenza dei possibili rischi per lei stessa (durante il trattamento e la gravidanza) e per la discendenza che possano derivare da una maternità in un'età clinicamente inadeguata.

In questo momento è allo studio da parte del Governo, tra le altre cose, la possibilità di limitare l'accesso (gratuito) alle tecniche di PMA nell'ambito della sanità pubblica alle donne di età inferiore ai 40 anni. V. il *Proyecto de orden por la que se concreta y actualiza la cartera común básica de servicios asistenciales del sistema nacional de salud* (noviembre 2013) alla pagina <http://www.msssi.gob.es/normativa/docs/Orcarterabasica.pdf>.

quest'esigenza vi è la presunzione di filiazione matrimoniale di cui all'art. 116 del codice civile, in virtù della quale il marito è il padre del figlio concepito durante il matrimonio.

### 2.3. La determinazione della filiazione

In base all'art. 7, comma 1, la filiazione dei figli nati con tecniche di riproduzione assistita è disciplinata dalle leggi civili, eccezion fatta per alcune previsioni specifiche previste negli artt. 8, 9 e 10, riguardanti rispettivamente la determinazione legale della filiazione, l'ipotesi di premorienza del marito e la maternità surrogata<sup>11</sup>.

È fatto divieto di inscrivere presso l'anagrafe dati dai quali possa inferirsi la generazione del bambino attraverso tecniche di PMA (art. 7, comma 2) e, quando la donna sottoposta alle tecniche di PMA sia sposata, e non separata legalmente o di fatto, con un'altra donna, la legge permette che quest'ultima possa chiedere all'incaricato del Registro civile del domicilio coniugale che risulti che il figlio della coniuge è legato anche nei suoi confronti dal rapporto di filiazione (art. 7, comma 3)<sup>12</sup>. È un caso di filiazione per possesso di stato.

Quando la donna e il marito abbiano prestato il loro consenso alla fecondazione con contributo di un donatore o di donatori, non potranno impugnare il riconoscimento del rapporto di filiazione che li lega al nato (art. 8, comma 1).

---

<sup>11</sup> Sull'argomento, cfr. R. BARBER CÁRCAMO, *Reproducción asistida y determinación de la filiación*, in *REDUR*, n. 8, dicembre 2010, 25-37.

<sup>12</sup> Cionondimeno, la *sala* civile del Tribunale supremo, con sentenza del 15 gennaio 2014 (ric. n. 758/2012), ha permesso che fosse iscritta la filiazione nel caso della *ex* compagna di una donna che era ricorsa alle tecniche di PMA per concepire. Il Tribunale supremo ha applicato l'art. 131 del codice civile, che permette a "qualsiasi persona con un interesse legittimo che sia dichiarata la filiazione manifestata dal costante possesso di stato". Il Tribunale ha ritenuto che la norma fosse compatibile con i principi ispiratori della legge sulla PMA. Inoltre, dalle motivazioni si evince che il Tribunale ha preso in considerazione i principi costituzionali di non discriminazione in ragione della nascita e di tutela della famiglia, ed ha altresì ha ponderato l'interesse superiore del minore.

La sentenza reca l'opinione dissenziente di tre giudici, secondo cui non doveva essere applicato il codice civile ma la norma speciale della legge sulla PMA, che non avrebbe permesso l'iscrizione perché le donne non erano sposate e non era stato provato il consenso congiunto di entrambe alla PMA. I giudici hanno ritenuto inoltre che la decisione non fosse stata presa nell'interesse del minore perché, nella fattispecie concreta, l'attribuzione della filiazione poteva creare una situazione potenzialmente conflittuale tra le due *ex partners* da cui il minore non avrebbe tratto certo beneficio.

Il testo integrale della sentenza è reperibile *on line* alla pagina [http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder\\_Judicial/Tribunal\\_Supremo/Noticias\\_Judiciales/El\\_Supremo\\_estima\\_el\\_recurso\\_de\\_una\\_mujer\\_homosexu\\_al\\_que\\_reclama\\_la\\_filiacion\\_de\\_un\\_nino\\_concebido\\_por\\_su\\_pareja\\_con\\_reproduccion\\_asistida](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo/Noticias_Judiciales/El_Supremo_estima_el_recurso_de_una_mujer_homosexu_al_que_reclama_la_filiacion_de_un_nino_concebido_por_su_pareja_con_reproduccion_asistida).

## 2.4. La fecondazione eterologa al vaglio del Tribunale costituzionale

Avendo il legislatore ammesso, nel 1988, il ricorso, da parte di qualunque donna, a tecniche di fecondazione omologa o eterologa, sessantatré deputati del Gruppo parlamentare popolare adirono il Tribunale costituzionale. Consideravano che il testo legislativo impugnato avesse messo in atto un attacco alla garanzia costituzionale dell'istituto della famiglia, due dei cui tratti erano da considerarsi il matrimonio eterosessuale e la possibilità di stabilire relazioni paterno-filiali determinate legalmente conformemente al principio di certezza del diritto.

Il *plenum* del Tribunale costituzionale, con sentenza 116/1999, del 17 giugno<sup>13</sup>, ha respinto tutte le doglianze riguardanti la violazione dell'art. 39 Cost., in particolare dei commi 1 e 2, secondo cui: “1. I pubblici poteri assicurano la protezione sociale, economica e giuridica della famiglia. 2. I pubblici poteri assicurano anche la protezione integrale dei figli, uguali questi di fronte alla legge a prescindere dalla filiazione, e delle madri, qualunque sia il loro stato civile. La legge agevolerà l'accertamento della paternità”.

Partendo dalla constatazione che la Costituzione tutela l'istituto della famiglia e che, quindi, esiste un *minimum* indisponibile, un nucleo essenziale da rispettare necessariamente, il *plenum* ha dichiarato, nel FJ 13 della pronuncia, che “il concetto costituzionale di famiglia possiede profili notoriamente più ampi che quelli considerati dai deputati ricorrenti. È evidente che il suddetto articolo (art. 39, comma 1, Cost.) include la famiglia matrimoniale (STC 45/1989, FJ 4), come è parimenti evidente che la nostra Costituzione «non ha identificato la famiglia che ordina di proteggere con quella che ha origine nel matrimonio», né esiste alcuna «costrizione del concetto di famiglia entro quella di origine matrimoniale, per quanto rilevante questa modalità di vita familiare sia nella nostra cultura – nei valori e nella realtà dei comportamenti sociali. Esistono altre modalità, insieme con questa, come è naturale in una società plurale [...]» (STC 222/1992, FJ 5, ribadita nella STC 47/1993, FJ 2). Parimenti ovvio risulta [...] che, com'è normale e radicato nella nostra cultura, la nozione costituzionale di famiglia includa relazioni senza discendenza (STC 222/1992, FJ 4).

“Di conseguenza, non si può stabilire un parallelismo obbligato tra i profili costituzionali della famiglia ed il concetto di questa, molto più ristretto, da cui partono i ricorrenti. In questo senso, e per rispondere alla motivazione dei ricorrenti, si potrebbe dedurre che la *ratio* ultima della loro impugnazione poggia sul fatto che la legge n. 35/1988, permettendo, mediante le tecniche di riproduzione che disciplina, la fecondazione di qualsiasi donna, indipendentemente dal fatto che il donatore sia suo marito o che sia vincolata o meno matrimonialmente, viola il nucleo essenziale dell'istituto familiare. Questa tesi non può essere, tuttavia, condivisa, perché parte da un'identificazione tra la famiglia naturale e la famiglia giuridica che è priva di qualunque fondamento costituzionale. In effetti, forse la prova più tangibile della necessaria differenziazione dei piani e, altresì, dell'autonomia di significato che acquisisce l'istituto della famiglia nella sua concezione strettamente giuridica, è rappresentata dal fatto, comunemente accettato, che i figli

---

<sup>13</sup> Il testo delle decisioni del Tribunale costituzionale è accessibile *on line* alla pagina <http://hj.tribunalconstitucional.es>.

adottivi si integrino e costituiscano una famiglia, benché i loro genitori legali non corrispondano a quelli biologici (si vedano, in questo senso, le sentenze della Corte EDU del 13 giugno 1979, *causa Marckx*; del 26 maggio 1994, *causa Keegan v. Irlanda*, e del 27 ottobre 1994, *causa Catharina Kroon, Ali Zerrouk e Sami M'Halleem-Driss v. Paese Bassi*). Non esiste, pertanto, una corrispondenza obbligata tra le relazioni paterno-filiali giuridicamente riconosciute e le relazioni naturali derivate dalla procreazione (SSTC 289/1993 e 114/1997), né, come è stato detto, il concetto costituzionale di famiglia si riduce a quella matrimoniale (SSTC 184/1990 e 222/1992).

“Alla luce di questa concezione della famiglia, è evidente che le tecniche di procreazione assistita disciplinate dalla legge non implicano, di per sé, un abbassamento della tutela costituzionale, né un’obliterazione del principio di cui all’art. 39 Cost. Perciò, è perfettamente lecita, dal punto di vista costituzionale, la dissociazione tra genitore biologico e padre legale che funge da fondamento a certe regole contenute principalmente negli artt. 8 e 9 della legge. D’altronde, l’argomento dei ricorrenti, secondo cui nei casi di adozione la differenza tra paternità o maternità biologica è giustificata in base a ragioni di tutela dell’interesse del figlio, cosa che non accade nelle ipotesi contemplate dalla legge n. 35/1988, presuppone che si ignori la prima finalità che giustifica la stessa legge, e cioè rendere possibile la fecondazione e, conseguentemente, la creazione della famiglia come unità basilare ed essenziale di convivenza”.

### 3. La donazione di gameti e preembrioni

In Spagna è permessa la donazione gratuita di gameti (maschili e femminili) e di preembrioni per gli utilizzi consentiti dalla legge PMA (art. 5, comma 1). La categoria del “preembrione” è definita dalla stessa legge come “l’embrione *in vitro* costituito dall’insieme di cellule derivanti dalla divisione progressiva dell’ovocita dal momento della fecondazione fino a 14 giorni dopo” (art. 1, comma 2).

La donazione è anonima (nonostante siano consentite talune eccezioni) ed è questa una delle chiavi del successo delle tecniche<sup>14</sup>. Al momento non si pone la questione dell’eliminazione dell’anonimato, nonostante sia aperto in dottrina un dibattito circa la prevalenza del diritto del figlio a conoscere la propria origine biologica, diritto che alcuni autori ritengono sia collegato alla dignità umana ed al libero sviluppo della personalità (art. 10 Cost.).

---

<sup>14</sup> A questo proposito, ad esempio, nel Regno Unito si è constatato un calo nelle donazioni, dopo la riforma operata dai *Statutory Instruments 2004 No. 1511 - The Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations 2004*. Parimenti, si è osservato che molti cittadini britannici che vogliono ricorrere alla procreazione eterologa si recano in Spagna per evitare l’identificazione del donatore raggiunta la maggiore età dei concepiti. Cfr. E. FARNÓS AMORÓS, *European Society of Human Reproduction and Embryology 26th Annual Meeting (Roma, 27-30 de junio, 2010)*, in *InDret*, luglio 2010, 10.



### 3.1. Il contratto di donazione

La donazione di gameti e di preembrioni è un contratto gratuito, formale (richiedente, cioè, la forma scritta) e confidenziale tra il donante ed il centro autorizzato (art. 5, comma 1)<sup>15</sup>. Nonostante la donazione non possa avere scopo di lucro o commerciale, è previsto un compenso economico (art. 5, comma 3), volto a risarcire unicamente il disagio fisico, le spese di viaggio ed i mancati introiti professionali che ne possano derivare; non può comunque configurarsi alcun incentivo economico alla donazione<sup>16</sup>. Se i centri di PMA decidono di promuovere la donazione di tessuti e cellule umane attraverso una campagna pubblicitaria, questo aspetto deve essere chiaro.

Prima di sottoscrivere il contratto, i donatori devono essere informati degli scopi e delle conseguenze del loro atto (art. 5, comma 4). La donazione potrà essere revocata solo quando il donatore abbia necessità per sé dei gameti donati, purché alla data della revoca questi continuino ad essere disponibili, e rimborsi al centro i danni cagionati con la revoca (art. 5, comma 2).

### 3.2. I donatori

L'art. 5, comma 6, della legge stabilisce i requisiti che devono integrare i donatori: avere più di 18 anni, un buono stato di salute psico-fisica e la piena capacità di agire. Il regio decreto n. 412/1996 specifica che le donatrici di gameti femminili non possono avere più di trentacinque anni; per i donatori maschili il limite sono i cinquanta anni, onde evitare la comparizione di alterazioni cromosomiche (art. 2, comma 1).

Lo stato psico-fisico deve soddisfare i requisiti di un protocollo obbligatorio per lo studio dei donatori, che include le loro caratteristiche fenotipiche e psicologiche, nonché le condizioni cliniche e le determinazioni analitiche necessarie a dimostrare, secondo lo stato delle conoscenze della scienza e della tecnologia esistente al momento della loro realizzazione, che i donatori non soffrono di malattie genetiche, malattie ereditarie o infettive trasmissibili alla prole<sup>17</sup>.

Nell'applicazione delle tecniche di PMA, l'elezione del donatore di seme può essere realizzata solo da parte della *équipe* medica che applica la tecnica, che deve preservare le condizioni di anonimato della donazione. In nessun caso si potrà selezionare personalmente il donatore su richiesta della ricettrice. Spetta

---

<sup>15</sup> Le norme dell'art. 5 si applicano anche alle ipotesi di donazione dei gameti in sovrannumero non utilizzati dalla coppia (art. 5, comma 8).

<sup>16</sup> Spetta al Ministero della Salute, previo parere della Commissione nazionale sulla riproduzione assistita, determinare periodicamente le condizioni basilari che garantiscano il rispetto del carattere gratuito della donazione. La Commissione ha fissato come somma di riferimento 45 euro per la donazione di seme e 900 euro per la donazione di ovociti.

<sup>17</sup> Le stesse condizioni si applicano ai campioni di donatori provenienti da altri paesi. In questo caso, i responsabili del centro che li trasmette devono certificare la conformità a tutte le condizioni e le prove la cui determinazione non sia praticabile nei campioni inviati una volta ricevuti. In ogni caso, i centri autorizzati potranno rifiutare la donazione quando le condizioni psico-fisiche del donatore non siano adeguate.

alla *équipe* medica cercare di garantire la maggiore similitudine fenotipica ed immunologica possibile dei campioni disponibili con la donna ricettrice (art. 6, comma 5)<sup>18</sup>.

Il numero massimo di bambini nati in Spagna generati da gameti di uno stesso donatore non deve superare i sei (art. 5, comma 7). Il donatore deve dichiarare in ogni donazione se ne ha realizzate altre in precedenza, e deve dare indicazione delle condizioni, del momento e del centro in cui le ha fatto.

È responsabilità di ogni centro o servizio che utilizzi gameti di donatori comprovare in modo facente fede l'identità dei donatori e, se del caso, le conseguenze di precedenti donazioni quanto alla generazione di bambini<sup>19</sup>. Se viene accertato che il loro numero ha superato il limite, si procederà alla distruzione dei campioni del donatore.

La legge PMA sanziona come infrazioni gravi la violazione dell'anonimato dei donatori, la retribuzione economica della donazione di gameti e preembrioni in violazione di quanto previsto dall'art. 5, comma 3, la pubblicità che promuova la donazione in cambio di una retribuzione economica, e la generazione di un numero di figli per donatore superiore al limite legalmente stabilito per negligenza del centro o per omissione o falsità dei dati presentati dal donatore (art. 26, comma 2, lettera *b*). Sono infrazioni molto gravi la creazione di preembrioni con materiale biologico maschile di individui differenti da trasferire alla donna ed il *transfer* di preembrioni originati da ovociti di diverse donne (art. 26, comma 2, lettera *c*).

Le infrazioni gravi sono sanzionate con l'ammenda da 1.001 a 10.000 euro, e le infrazioni molto gravi con l'ammenda da 10.001 euro ad un milione di euro (art. 27, comma 1).

### **3.3. Anonimato del donatore *versus* diritto a conoscere la propria identità biologica**

L'art. 5, comma 5, stabilisce che “la donazione è anonima e deve garantirsi la confidenzialità dei dati sull'identità dei donatori da parte delle banche di gameti, nonché, se del caso, da parte dei registri di donatori e di attività dei centri che si istituiscano.

“I figli nati hanno il diritto, in proprio o attraverso i loro rappresentanti legali, di ottenere informazioni generali sui donatori che non includano la loro identità. Ugual diritto spetta alle recettrici dei gameti e dei preembrioni.

Solo eccezionalmente, in circostanze straordinarie che comportino un pericolo certo per la vita o la salute del figlio o quando sia previsto da norme processuali penali, potrà rivelarsi l'identità dei donatori, purché tale rivelazione sia indispensabile per evitare il pericolo o per conseguire il fine legittimo perseguito. Tale rivelazione avrà carattere ristretto e non implicherà in alcun caso il dare pubblicità dell'identità dei donatori”.

---

<sup>18</sup> Il regio decreto n. 412/1996 non si riferisce ai soli gameti maschili, affermando che nell'elezione dei donatori si cercherà la massima similitudine fenotipica con gli utenti delle tecniche di PMA.

<sup>19</sup> Senza dubbio, il controllo si renderà più agevole una volta che sarà divenuto operativo il Registro nazionale dei donatori, previsto già nella legge del 1988, ma non ancora istituito.

E nell'art. 8, comma 3, la legge PMA chiarisce che la rivelazione dell'identità del donatore in queste ipotesi eccezionali non ha conseguenze in ordine alla determinazione legale della filiazione.

Il Tribunale costituzionale si è pronunciato sulla legittimità dell'art. 5, comma 5, della legge PMA. Nel ricorso presentato dai deputati del gruppo parlamentare popolare, si era posta la questione della violazione dell'obbligo costituzionale in virtù del quale la legge deve agevolare l'accertamento della paternità (art. 39, comma 2, Cost., *in fine*), perché con la garanzia della segretezza dell'identità del donatore la legge PMA avrebbe occultato deliberatamente il padre biologico. Inoltre, in questo caso, ed a differenza di quanto accade con l'adozione, rompendo il vincolo biologico che unisce la famiglia formata da padre, madre e bambino, non si sarebbe agito nell'interesse del bambino: si era espressamente sostenuto che “la tecnica non prescinde, non può prescindere, del padre biologico”.

Nel FJ 15 della sentenza del *plenum* n. 116/1999, del 17 giugno, il Tribunale costituzionale ha considerato l'anonimato del donatore compatibile con l'art. 39, comma 2, Cost., che – si è precisato – non protegge un diritto incondizionato<sup>20</sup>:

“La Costituzione impone al legislatore di «agevolare» la ricerca della paternità, ma ciò non implica l'esistenza di un diritto incondizionato dei cittadini che abbia ad oggetto l'accertamento, in ogni caso ed al di fuori della sussistenza di cause giustificative che lo sconsiglino, dell'identità del genitore. In questa prospettiva, la legge oggetto di giudizio potrà essere tacciata di incostituzionalità, per violazione di quanto disposto nell'art. 39, comma 2, Cost., solo nell'ipotesi in cui ostacoli, senza alcuna ragione o giustificazione, l'accertamento della paternità.

“Non è il caso della previsione contenuta nell'art. 5, comma 5, della legge n. 35/1988, che garantisce, come regola, la non rivelazione dell'identità dei donatori di gameti. Conviene non dimenticare, come punto di partenza, che l'azione di reclamo o di accertamento della paternità si orienta a costituire tra i soggetti coinvolti un legame giuridico comprensivo di diritti ed obblighi reciproci, integrante la c.d. relazione paterno-filiale, mentre la rivelazione dell'identità di chi è genitore attraverso le tecniche di procreazione artificiale non è volta in alcun modo alla costituzione del suddetto legame, bensì alla semplice determinazione identificativa del soggetto donatore dei gameti che hanno originato la nascita [...].

“Prendendo in considerazione quanto affermato, dobbiamo respingere [la doglianza di] incostituzionalità dell'art. 5, comma 5, della legge impugnata. Deve segnalarsi, in primo luogo, che l'anonimato dei donatori, che la legge cerca di preservare, non presuppone l'assoluta impossibilità di determinare la loro identità, perché lo stesso precetto dispone che, eccezionalmente, «in circostanze straordinarie che comportino un comprovato pericolo per la vita del figlio, o quando ciò sia conforme alle norme processuali penali, potrà rivelarsi l'identità del donatore, purché tale rivelazione sia indispensabile per evitare il pericolo o per raggiungere il fine legittimo perseguito». Parimenti, il menzionato precetto

---

<sup>20</sup> Molto critico nei confronti delle motivazioni addotte dal Tribunale costituzionale R. DURÁN RIVACOBA, *Anonimato del progenitor y derecho a la identidad del hijo. Decisiones judiciales encontradas sobre reserva de identidad en los casos de madre soltera y donante de espermia*, in *Revista Ius et Praxis*, n. 1, 2010, 3-54.

legale attribuisce ai figli nati mediante le tecniche di riproduzione artificiale, o ai loro rappresentanti legali, il diritto di ottenere informazioni generali sui donatori, con la riserva della loro identità, circostanza che garantisce la conoscenza dei fattori o elementi genetici e di altra indole del genitore [biologico]. Non si può affermare, perciò, che la disciplina legale, preservando l'identità dei donatori, causi conseguenze pregiudizievoli per i figli con una portata tale da affermare che produce la loro *desprotección*.

“D'altra parte, i limiti e le cautele stabiliti in questo ambito dal legislatore non mancano di base razionale, rispondendo chiaramente alla necessità di bilanciare l'ottenimento di gameti e preembrioni suscettibili di essere trasferiti all'utero materno ed imprescindibili per la messa in pratica di queste tecniche di procreazione assistita, orientate – si deve ricordare nuovamente – a fini terapeutici ed a combattere la sterilità umana (art. 1, comma 2, della legge), con il diritto all'intimità dei donatori, contribuendo, in tal modo, a favorire l'accesso alle tecniche di procreazione umana artificiale, che appartengono ad un ambito medico in cui, per diverse ragioni – da quelle culturali ed etiche, fino a quelle derivate dalla novità tecnologica di questi mezzi di fecondazione –, può risultare particolarmente difficoltoso ottenere il materiale genetico necessario per portarle a termine”.

## **4. Il divieto della c.d. maternità surrogata**

### **4.1. La nullità dei contratti**

I contratti di *gestación por sustitución* (ovvero, di maternità surrogata) sono nulli. L'art. 10 della legge così recita: “1. È nullo in modo assoluto il contratto con il quale si conviene la gravidanza, con o senza compenso, a carico di una donna che rinuncia alla filiazione in favore del contraente o di un terzo. 2. La filiazione dei figli nati per gravidanza surrogata sarà determinata in base al parto. 3. Si fa salva la possibile azione di reclamo della paternità rispetto il padre biologico, conformemente alle regole generali”.

La dichiarazione di nullità del contratto non comporta, nella legge PMA, sanzione amministrativa alcuna né la conclusione di esso ha rilevanza penale, ma ciò non implica che non abbia rilevanza giuridica: la filiazione del figlio nato spetta alla madre biologica (sulla base dell'antico brocardo latino *mater semper certa est*), e così risulterà nel Registro dello stato civile. Inoltre, data la illiceità del contratto, la dottrina ha segnalato che la donna gestante non avrebbe obbligo di consegnare il neonato, né di indennizzare l'altra parte per l'inadempimento contrattuale (*ex artt. 1305 e 1306 del codice civile*).

### **4.2. Problemi di filiazione: l'iscrizione all'anagrafe di figli nati all'estero a seguito di maternità surrogata**

Negli ultimi anni si sono presentati con una certa frequenza problemi legati all'iscrizione all'anagrafe di figli di coppie omosessuali di soli uomini e di padri *singles* spagnoli nati all'estero da madri surrogate. Il fenomeno, che riguarda anche un numero importante di matrimoni o coppie eterosessuali, ha rilanciato con

molta forza il dibattito sociale e dottrinale sulla opportunità che il legislatore elimini il divieto di cui all'art. 10 della legge PMA.

#### **4.2.1. La resolución della Dirección General de los Registros y del Notariado del 18 febbraio 2009 e la sentenza del Juzgado de Primera Instancia n. 15 di Valencia, del 15 settembre 2010**

Nel novembre 2008, l'incaricato del Registro civile consolare di Los Angeles-California – basandosi sul divieto dell'art. 10 della legge PMA – aveva respinto la richiesta, da parte di due uomini spagnoli sposati, di iscrizione di due gemelli nati grazie ad un c.d. “utero in affitto”. La coppia aveva fatto ricorso contro la decisione dinanzi alla Direzione Generale dei Registri e del Notariato (d'ora in avanti, DGRN), massimo organo spagnolo in materia di Registri civili, che, con *resolución* del 18 febbraio 2009<sup>21</sup>, aveva deciso di accogliere la loro istanza, basandosi sul principio dell'interesse superiore del minore.

La DGRN aveva considerato che, trattandosi di un caso di iscrizione attraverso la presentazione di una certificazione straniera in cui constava la nascita e la filiazione dei bambini nati, doveva applicarsi l'art. 81 del regolamento del Registro civile, secondo cui “il documento autentico, sia in originale che in copia, sia esso giudiziario, amministrativo o notarile, è titolo per iscrivere il fatto del quale dà fede. Lo è anche il documento autentico straniero, dotato di fede in Spagna in base alle leggi o ai trattati internazionali”. In casi come il presente, il controllo di legalità dei certificati registrali stranieri doveva, dunque, comprendere la verifica che si trattasse di un documento pubblico autorizzato da un'autorità straniera e che il certificato fosse emanato da un'autorità svolgente funzioni equivalenti alle autorità omologhe spagnole, ai sensi dell'art. 85 del Regolamento del Registro civile.

Nella fattispecie, la DGRN aveva ammesso che la certificazione californiana integrava i requisiti formali per l'iscrizione e quindi l'unico ostacolo che in teoria si doveva far salvo era che l'iscrizione “non producesse effetti contrari all'ordine pubblico internazionale spagnolo”, ciò che non accadeva perché non violava la struttura basilare e fondamentale della società spagnola, avendo la Spagna ammesso la filiazione a beneficio di due uomini nei casi di adozione e permettendo la filiazione a beneficio di due donne. Anzi, la DGRN faceva leva anche sul fatto che il non permettere questa iscrizione a beneficio di due uomini sarebbe stato discriminatorio. Ma, soprattutto, considerando che doveva agire nell'interesse dei minori, figli di spagnoli, aveva dichiarato “inapplicabile al presente caso l'art. 10, comma 1, della legge n. 14/2006, dato che l'addetto del registro non sta[va] procedendo a determinare una filiazione, ma quello che determina[va] [era] se una filiazione già determinata [potesse] accedere al Registro”.

---

<sup>21</sup> Il testo è reperibile *on line* alla pagina <http://www.codigo-civil.net/archives/485>. La *resolución* è stata oggetto di molteplici commenti in dottrina. Si vedano, ad esempio, A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada (En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009)*, in *InDret*, n. 3/2009, luglio 2009, e E. FARNÓS AMORÓS, *Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California (Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009)*, in *InDret*, n. 1/2010, gennaio 2010.

La *resolución* della DGRN è stata oggetto di ricorso da parte del pubblico ministero, la cui istanza è stata accolta con la sentenza del *Juzgado de Primera Instancia* n. 15 di Valencia, del 15 settembre 2010.

Il fulcro del ricorso consisteva nello stabilire se l'art. 10 fosse applicabile o meno al caso (*fundamento de derecho tercero*). A differenza della DGRN, che aveva basato la sua decisione sull'applicazione dell'art. 81 del regolamento del Registro civile, il tribunale ha ritenuto applicabile l'art. 23 della legge sul Registro civile, che autorizza l'iscrizione nel Registro civile spagnolo di una certificazione emanata da un registro straniero "purché non ci sia dubbio della realtà del fatto iscritto e *della sua legalità in conformità alla legge spagnola*" (il corsivo è aggiunto), secondo quanto era stato sottolineato in precedenza in altre decisioni della stessa DGRN (*resoluciones* del 19 novembre 2008, 24 febbraio 2009 e 30 gennaio 2009). È in questo contesto, e non nel generico ed astratto riferimento all'ordine pubblico internazionale spagnolo, che doveva esaminarsi se fosse applicabile o meno la legge n. 14/2006. E, per questo motivo, essendo la maternità surrogata vietata, si doveva impedire l'accesso al Registro dell'iscrizione richiesta.

Inoltre, il tribunale ha disatteso il resto della motivazione della DGRN nel *fundamento de derecho cuarto* della sua decisione:

a) *Argomento in base al quale l'iscrizione non viola l'ordine pubblico internazionale spagnolo:*

La DGRN aveva formulato un sillogismo (se i figli adottati possono avere due genitori maschi e la legge non distingue tra figli adottati e figli naturali, i figli naturali devono potere avere due genitori maschi naturali), smentito dalla stessa motivazione, giacché i figli naturali non possono avere due genitori maschi naturali, per la semplice ragione che gli uomini non possono, allo stato attuale della scienza, concepire né dare alla luce.

b) *Argomento in base al quale non permettere l'iscrizione della filiazione a beneficio di due uomini è discriminatorio:*

L'impossibilità dell'iscrizione non nasce dal fatto che i richiedenti siano maschi, bensì dalla circostanza che i bambini sono nati come conseguenza di un contratto di maternità surrogata, e questa conseguenza giuridica sarebbe applicabile nello stesso caso ad una coppia di uomini, di donne, a un uomo o una donna *singles* o a una coppia eterosessuale. Certamente, in ipotesi di donne o di coppie eterosessuali esisterà il problema che l'incaricato del Registro abbia contezza del fatto che la donna non ha partorito, ma una volta conosciuta questa circostanza la conseguenza deve essere la stessa, e cioè il rifiuto dell'iscrizione.

c) *Argomento in base al quale l'interesse superiore del minore consiglia l'iscrizione perché, in caso contrario, i minori potrebbero rimanere privi di filiazione iscritta nel Registro civile ed i minorenni hanno diritto ad un'identità unica:*

L'affermazione è vera, ma il conseguimento del fine indicato non legittima applicazioni contrarie allo stesso ordinamento giuridico: il risultato deve ottenersi attraverso le modalità che il diritto spagnolo stabilisce<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> La dottrina ha evidenziato che esiste un sotterfugio legale, che permetterebbe di fatto l'iscrizione in casi di maternità surrogata: l'uomo padre biologico del neonato potrebbe esercitare l'azione di reclamo della paternità (*ex art. 10, comma 3*)



#### **4.2.2. La instrucción della Dirección General de los Registros y del Notariado del 5 octubre 2010**

Allo stato, l'ultimo passo in materia è quello dell'*instrucción* della DGRN del 5 ottobre 2010<sup>23</sup>, sul regime della registrazione della filiazione di figli nati a seguito di maternità surrogata, che, distinguendo tra i casi in cui sorge un contenzioso e le ipotesi in cui sussiste un accordo tra le parti interessate, individua i controlli che devono realizzare gli ufficiali del Registro sullo stato civile, "allo scopo di dotare di piena tutela giuridica l'interesse superiore del minore, facilitando la continuità oltrefrontiera di una relazione di filiazione dichiarata da un tribunale straniero, purché tale risoluzione sia riconosciuta in Spagna".

Le regole stabilite così recitano:

*“Prima.*

“1. L'iscrizione della nascita di un minore, nato all'estero in conseguenza di tecniche di maternità surrogata, si può realizzare solo se, insieme con la richiesta di iscrizione, si presenta la risoluzione giudiziaria emanata da un tribunale competente in cui si determini la filiazione del figlio nato.

“2. Salvo che si applichi una convenzione internazionale, la risoluzione giudiziaria straniera dovrà essere oggetto di *exequatur* secondo il procedimento contemplato nella legge processuale civile del 1881. Per procedere all'iscrizione della nascita dovrà presentarsi al Registro civile spagnolo la richiesta di iscrizione e la decisione giudiziaria che ponga fine all'anzidetto provvedimento di *exequatur*.

“3. Senza pregiudizio di quanto sopra, nel caso in cui la risoluzione giudiziaria straniera abbia origine in un provvedimento analogo ad uno spagnolo di giurisdizione volontaria, l'incaricato del Registro civile deve controllare incidentalmente, come prerequisito della iscrizione, se tale risoluzione giudiziaria può essere riconosciuta in Spagna. In tale controllo incidentale deve constatare:

- a) La regolarità ed autenticità formale della risoluzione giudiziaria straniera e di qualunque altro documento presentato.
- b) Che il tribunale di origine abbia basato la sua competenza giudiziaria internazionale su criteri equivalenti a quelli contemplati nella legislazione spagnola.
- c) Che siano stati garantiti i diritti processuali delle parti, in particolare della madre gestante.

---

e, successivamente, previa rinuncia al figlio da parte della madre gestante entro trenta giorni dal parto, il figlio potrebbe essere adottato dall'altro coniuge.

<sup>23</sup> Il testo è reperibile *on line* alla pagina [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292338996904?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DInstrucci%C3%B3n\\_de\\_5\\_de\\_octubre\\_de\\_2010.PDF](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292338996904?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DInstrucci%C3%B3n_de_5_de_octubre_de_2010.PDF). V. anche M. R. DÍAZ ROMERO, *La gestión por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico*, in *Diario La Ley*, n. 7527, 14 dicembre 2010; e A. J. VELA SÁNCHEZ, *Propuesta de regulación del convenio de gestión por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler: a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010*, in *Diario La Ley*, n. 7621, 3 maggio 2011.

- d) Che non sia avvenuta la violazione dell'interesse superiore del minore e dei diritti della madre gestante. In special modo, si deve verificare che il consenso di questa ultima sia stato ottenuto di maniera libera e volontaria, senza incorrere in errore, dolo o violenza e che [essa] abbia una capacità naturale sufficiente.
- e) Che la risoluzione giudiziale è definitiva e che i consensi prestati siano irrevocabili, oppure, se soggetti ad un termine di revoca conformemente alla legislazione straniera applicabile, che questo sia trascorso, senza che colui che ha la facoltà di revoca l'abbia esercitata.

“*Seconda.*

“In alcun caso si ammetterà, come titolo idoneo all'iscrizione della nascita e della filiazione del nato, una certificazione straniera o la semplice dichiarazione, accompagnata da certificazione medica relativa alla nascita del minore in cui non consti l'identità della madre gestante”.

La maggior parte degli autori che hanno commentato l'*instrucción* si è mostrata critica, poiché, prestando copertura amministrativa ad un “turismo procreativo” volto ad evitare l'applicazione di un divieto legale, permette, in sostanza, la frode alla legge: l'art. 10 della legge PMA deve essere considerato una norma di ordine pubblico, perché risponde al principio fondamentale, connesso alla dignità umana (art. 10, comma 1, Cost.), secondo cui non può essere oggetto di traffico giuridico la gravidanza di una donna<sup>24</sup>.

Altri autori hanno segnalato che l'*instrucción* provocherebbe discriminazioni tra gli spagnoli che hanno le risorse economiche che permettono loro di accedere a questi contratti all'estero e coloro che non hanno queste risorse o che intendano sottoscrivere un contratto simile in Spagna, per cui il principio di uguaglianza di cui all'art. 14 Cost. impedirebbe di fatto l'applicazione dell'*instrucción* fintanto che non sia disciplinata, in Spagna, la maternità surrogata<sup>25</sup>.

#### **4.2.3. La sentenza del Tribunale supremo del 6 febbraio 2014**

La sentenza del *Juzgado de Primera Instancia* n. 15 di Valencia, del 15 settembre 2010 (v. *supra* par. 4.2.1), che annullava la *resolución* del 18 febbraio 2009 della DGRN, è stata oggetto di un ricorso in appello promosso dai genitori dei bambini nati in California da una madre surrogata. Il ricorso è stato respinto e così anche il ricorso di cassazione che era stato presentato ulteriormente. Con sentenza del 6

---

<sup>24</sup> Cfr. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)*, in *Diario La Ley*, n. 7501, 3 novembre 2010, 7; e M. DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO, *La gestación por sustitución...*, cit.

<sup>25</sup> Cfr. A. J. VELA SÁNCHEZ, *Propuesta de regulación del convenio ...*, cit., il quale sostiene che, peraltro, l'*instrucción* fornirebbe le chiavi per una possibile disciplina della maternità surrogata in Spagna, e cioè: a) fecondazione della donna gestante con l'apporto di materiale genetico di, almeno, uno dei genitori o madri intervenienti; b) capacità di agire e consenso volontario delle parti; c) irrevocabilità del consenso; d) salvaguardia della possibilità che il figlio conosca la sua origine biologica.

febbraio 2014 (n. ric. 245/2012), la *sala* civile del Tribunale supremo ha escluso che potesse risultare la filiazione dei due uomini nel Registro civile, come preteso dai ricorrenti.

Il fulcro della decisione è il riconoscimento di decisioni straniere di nascita realizzate da organismi equivalenti al Registro civile ed il rispetto dell'ordine pubblico spagnolo (FD 3). Per riconoscere il titolo straniero, la normativa che disciplina il Registro civile esige che nell'anagrafe straniera esistano garanzie analoghe a quelle stabilite in Spagna per l'iscrizione del fatto e che non sussistano dubbio sulla realtà del fatto iscritto e sulla sua legalità conformemente alla legge spagnola, donde la necessità di realizzare un controllo non solo formale ma anche del merito della decisione straniera.

L'ordinamento spagnolo (e di altri Stati con simili principi e valori) non accetta che la generalizzazione dell'adozione (perfino quella internazionale) o che i progressi nelle tecniche di PMA violino la dignità della donna gestante e del bambino, mercifichino la gestazione e la filiazione, oppure "reifichino" la donna gestante o il bambino, permettendo a determinati intermediari di realizzare affari con loro, agevolando lo sfruttamento dello stato di necessità cui si trovano donne giovani in situazione di povertà e creando una sorta di "cittadinanza censitaria" in cui solo le persone che hanno a disposizione elevate risorse economiche possono stabilire rapporti paterno-filiali preclusi alla maggior parte della popolazione.

L'art. 10 della legge sulla PMA forma parte dell'ordine pubblico internazionale spagnolo in materia, che viene definito come il "sistema di diritti e di libertà individuali garantiti nella Costituzione e negli accordi internazionali sui diritti umani ratificati dalla Spagna ed [il sistema] di valori e principi che questi incarnano", e che agisce come limite al riconoscimento di decisioni di autorità straniere.

Il Tribunale supremo ha respinto la doglianza relativa ad una asserita discriminazione patita dai ricorrenti, perché la causa del rifiuto dell'iscrizione della filiazione non era che entrambi i richiedenti fossero di sesso maschile, ma che la filiazione pretesa traesse origine da una gestazione per sostituzione da loro contrattata in California (FD 4).

Non si è ammesso che l'interesse superiore del minore possa fungere da mezzo per ottenere risultati contrari alla legge, alla quale il giudice è sottoposto. Il concetto di "interesse superiore del minore" deve essere infatti interpretato conformemente ai valori della società, e non spetta ai tribunali esercitare funzioni che spettano al legislatore. In casi come questo devono ponderarsi tutti i beni giuridici in gioco, nonché i principi di rispetto della dignità della gestante ed anche l'interesse del minore di non essere oggetto di traffico commerciale (FD 5).

Il Tribunale supremo ha dichiarato che deve permettersi l'integrazione dei bambini nella loro famiglia ed ha chiesto al pubblico ministero, cui spetta vigilare per la protezione dei minori, che avviasse le azioni pertinenti per determinare la corretta filiazione dei minori in applicazione delle regole contenute nell'art. 10 della legge PMA, affermando anche che ci sono altri istituti che permettono l'integrazione reale dei minori nel nucleo familiare, come l'affidamento o l'adozione.

La sentenza reca l'opinione dissenziente di un giudice cui hanno aderito altri due. In essa si è rilevato come non si dovesse analizzare la legalità della decisione straniera, bensì il riconoscimento in Spagna di una decisione straniera valida e legittima conformemente alla normativa californiana, motivo per cui non

occorreva applicare l'art. 10 della legge PMA, ma era necessario analizzare il caso dalla prospettiva dell'ordine pubblico internazionale, in relazione con l'interesse superiore del minore. A sostegno della sua tesi, il giudice dissenziente ha ripercorso le tendenze attuali nel piano nazionale ed internazionale volte a regolarizzare e rendere più flessibili i casi di figli nati da madri surrogate: dal cambiamento dei requisiti richiesti dalla DGRN per permettere l'iscrizione, ai riconoscimenti di certi effetti a questi contratti da parte dei tribunali della giurisdizione del lavoro spagnoli e della Corte di giustizia dell'UE, senza omettere quanto emerso dall'analisi della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato sui problemi derivanti dagli accordi internazionali di maternità surrogata. Alla luce di tutto ciò, ha concluso che spetta al legislatore garantire i diritti di tutte le parti, ma che in questo caso concreto l'applicazione del principio dell'ordine pubblico ha pregiudicato i minori coinvolti, privandoli della loro identità e del loro nucleo familiare.

I ricorrenti hanno reso pubblico che hanno intenzione di presentare un ricorso di *amparo* nei confronti della sentenza del Tribunale supremo.

# APPENDICE

## (MATERIALI SU ALTRE ESPERIENZE)

### 1. Austria

a cura di *Maria Theresia Rörig*

La Corte di Strasburgo si è recentemente pronunciata in merito alla disciplina austriaca relativa alla procreazione assistita nel caso *S.H. ed altri c. Austria* (Ricorso n° 57813/00). Il caso riguardava due coppie di coniugi austriaci che contestavano il divieto previsto dalla normativa austriaca in materia di procreazione assistita di potersi avvalere di alcune tecniche di fecondazione di tipo eterologo. La legge austriaca sulla procreazione assistita esclude infatti sia la donazione di cellule uovo che l'utilizzo di sperma da donatore in pratiche di fecondazione *in vitro*. La legge, invece, ammette tecniche di fecondazione *in vitro* con ovuli e sperma provenienti dal coniuge o *partner* convivente (fecondazione omologa) e permette la donazione di sperma da donatore esterno, ma solamente per pratiche di fecondazione *in vivo*.

Dopo aver adito senza successo la Corte Costituzionale austriaca nel 1998, i ricorrenti si erano rivolti alla Corte EDU lamentando, da un lato, la violazione del proprio diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), nell'accezione riconosciuta dalla Corte europea di formare una famiglia attraverso la filiazione e di poter a tal fine usufruire di tecniche di procreazione assistita, e, dall'altro, evidenziando un profilo discriminatorio delle limitazioni contestate (art. 14) nella misura in cui queste ultime produrrebbero una situazione di disparità tra coppie di fronte all'accesso alla procreazione assistita.

Con sentenza del 1° aprile 2010, la prima sezione della Corte europea aveva accolto sostanzialmente tutte le argomentazioni presentate dei ricorrenti condannando l'Austria per la violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8 della CEDU.

Nella sentenza del 3 novembre 2011, la Grande Camera della Corte EDU, investita della questione dal Governo austriaco, ha tuttavia ribaltato la pronuncia di primo grado emessa nel 2010, ritenendo non lesive degli artt. 8 e 14 le disposizioni della legge austriaca, in particolare alla luce del margine di discrezionalità di cui godono gli Stati in un ambito particolarmente delicato e controverso come quello in esame<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sulla vicenda e sulle decisioni della Corte di Strasburgo, v., *ex plurimis*, *Sintesi dello stralcio di sentenza della Grande Camera – Caso Eterologa Austria – 3 novembre 2011*, a cura di M.P. COSTANTINI – M. D'AMICO, 4 novembre 2011, <http://www.hera.it/news/299-sintesi-dello-stralcio-di-sentenza-della-grande-camera-caso-eterologa-austria-3-novembre-2011.html>; C. PIVIDORI, *La Grand Chamber ribalta la sentenza di primo grado nel caso S.H. e al. c Austria: i limiti posti dalla legge austriaca sulle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo non violano l'art.*

Successivamente alle pronunce della Corte europea, è nuovamente intervenuta la Corte costituzionale austriaca, che nel dicembre 2013 ha dichiarato incostituzionale la normativa austriaca in materia di procreazione assistita nella parte in cui non consentiva ad una coppia di donne omosessuali unite in una *partnership* registrata di accedere alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

### **1.1. Stralci della sentenza della prima sezione della Corte EDU nel caso *S.H. e altri c. Austria* (ric. n. 57813/00) del 1° aprile 2010**

*Di seguito si riportano ampi stralci della sentenza resa dalla prima sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso S.H. e altri c. Austria (ric. n. 57813/00), del 1° aprile 2010, nella traduzione italiana a cura dell'Osservatorio Giurisprudenza CEDU dell'Unione Forense per la Tutela dei Diritti Umani, consultabile on line dal sito <http://www.osservatoriocedu.eu/>.*

IN FATTO

[...]

II. MATERIALE NON CONVENZIONALE PERTINENTE

**A. Il diritto interno: la legge sulla procreazione artificiale**

25. La legge sulla procreazione assistita (*Fortpflanzungsmedizingesetz*, Gazzetta Ufficiale 275/1992) regola l'uso delle tecniche mediche per indurre al concepimento di un bambino attraverso mezzi diversi dalla copulazione (paragrafo 1(1)).

26. Questi metodi comprendono: (i) L'introduzione di sperma negli organi riproduttivi di una donna, (ii) l'unificazione di un ovulo e di uno sperma fuori dal corpo di una donna, (iii) l'introduzione di cellule vitali nell'utero o nelle tube di Falloppio di una donna e (iv) l'introduzione di cellule uovo o di cellule uovo con sperma nell'utero o nelle tube di Falloppio di una donna (paragrafo 1(2)).

27. La procreazione medicalmente assistita solo all'interno di un matrimonio o di una relazione simile al matrimonio e può essere compiuta se ogni altro possibile e ragionevole trattamento, mirante all'induzione della gravidanza mediante rapporto, fallisce o non ha alcuna ragionevole possibilità di successo (paragrafo 2).

---

8 CEDU, in *Archivio Pace Diritti Umani*, Università di Padova, 9 novembre 2011, <http://unipd-centrodirittiumani.it/it/schede/La-Grand-Chamber-ribalta-la-sentenza-di-primo-grado-nel-caso-SH-e-al-c-Austria-i-limiti-posti-dalla-legge-austriaca-sulle-tecniche-di-procreazione-medicalmente-assistita-di-tipo-eterologo-non-violano-lart-8-CEDU/230>; C. DI COSTANZO, *Ancora sul margine di apprezzamento: frontiera costituzionale o crinale giuridicamente indefinibile?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2 dicembre 2011, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).



28. Ai sensi del paragrafo 3(1), solo gli ovuli e lo sperma dei coniugi o delle persone che vivono una relazione simile al matrimonio (*Lebensgefährten*) possono essere usati agli effetti della procreazione medicalmente assistita. In circostanze eccezionali, lo sperma di un terzo può essere usato per un'inseminazione artificiale per introdurre sperma negli organi riproduttivi di una donna (paragrafo 3(2)). In tutte le altre circostanze, ed in particolare allo scopo della fecondazione in vitro, l'utilizzazione della sperma di donatori è proibito.

29. Ai sensi del paragrafo 3(3), gli ovuli o le cellule vitali possono essere usati solo nelle donne da cui provengono. In tal modo la donazione di ovuli è sempre vietata.

30. Le ulteriori disposizioni della legge sulla procreazione artificiale stabiliscono, *inter alia*, che la procreazione medicalmente assistita può essere compiuta solo da medici specializzati ed in ospedali o sale operatorie specificamente attrezzati (paragrafo 4) e solo con il consenso espresso e scritto dei coniugi o dei conviventi (paragrafo 8).

31. Nel 1999 la legge sulla procreazione artificiale veniva integrata da una legge federale che stabiliva un fondo per il finanziamento della tecnica di fecondazione in (*Bundesgesetz mit dem ein Fonds zur Finanzierung der In-vitro-Fertilisation eingerichtet wird* – Gazzetta Ufficiale Parte I n° 180/1999) al fine di sovvenzionare la tecnica di fecondazione in vitro permessa ai sensi della legge sulla procreazione artificiale.

[...]

## IN DIRITTO

### I. SULLA DEDOTTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 14 IN COMBINATO DISPOSTO CON L'ARTICOLO 8

40. I ricorrenti lamentano che il divieto di tecniche eterologhe di procreazione artificiale per la fecondazione in vitro, stabilito nel paragrafo 3(1) e nel paragrafo 3(2) della legge sulla procreazione artificiale, ha violato i loro diritti garantiti dall'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8.

41. Queste norme, per la parte che qui rileva, dispongono quanto segue:

#### **Articolo 14: Divieto di discriminazione**

“Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione.”

#### **Articolo 8: Diritto al rispetto della vita privata e familiare**

“1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare ...

2. Non può esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla

sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.”

## **A. Argomenti delle parti**

### *1. I ricorrenti*

42. I ricorrenti affermano che l'articolo 8 della Convenzione è applicabile e, quindi, anche l'articolo 14. A causa della speciale importanza del diritto a fondare una famiglia e dal diritto alla procreazione, gli Stati contraenti non godono di un margine di apprezzamento totale nel regolare queste materie. Le decisioni che sono assunte dalle coppie desiderose di ricorrere alla procreazione artificiale riguardano la loro sfera più intima e, dunque, il legislatore dovrebbe mostrare moderazione nel disciplinare queste materie.

43. Tutti gli argomenti sollevati dal Governo a difesa della legislazione impugnata sono rivolti contro la procreazione artificiale in generale e, inoltre, non sono convincenti quando si dice di accettare alcune delle tecniche di procreazione mentre di rigettarne altre. Il rischio dello sfruttamento delle donatrici, a cui il governo si riferisce, non è pertinente in circostanze come quelle del caso di specie. Per combattere ogni potenziale abuso nella società austriaca è sufficiente vietare la remunerazione della donazione di ovuli o sperma; tale divieto è previsto in Austria.

44. Il sistema applicato ai sensi della legge sulla procreazione artificiale è incoerente ed illogico poiché le forme di procreazione medicalmente assistita eterologa non sono proibite in generale ma si fa eccezione alla donazione di sperma in relazione a specifiche tecniche. I motivi di questa differenza di trattamento non sono persuasivi. Inoltre, non è chiaro perché la legge in vigore permette l'inseminazione artificiale con un donatore di sperma mentre proibisce categoricamente la donazione di ovuli. In particolare, la distinzione fatta tra inseminazione con sperma donato e fecondazione in vitro con sperma donato è incomprensibile. In tal senso la legge impugnata causa una discriminazione vietata dall'articolo 14.

### *2. Il Governo*

45. Il Governo afferma che l'articolo 14 integra le altre disposizioni sostanziali della Convenzione e dei suoi protocolli. Poiché l'applicabilità dell'articolo 8 non è discussa, ed il governo si riferisce alle dichiarazioni della Corte Costituzionale austriaca, anche l'articolo 14, in combinato disposto con quella norma, è applicabile.

46. Il Governo, inoltre, afferma che, in conformità alla giurisprudenza della Corte, una differenza di trattamento è discriminatoria agli effetti dell'articolo 14 quando non c'è una giustificazione oggettiva e ragionevole, cioè, se non persegue uno “scopo legittimo” o se non c'è un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo che si intende realizzare. Tuttavia, gli Stati contraenti godono di un certo margine di discrezionalità nel valutare se, e in quale misura, differenze in situazioni analoghe giustificano diversi trattamenti di legge. Il divieto della fecondazione in vitro con sperma o ovuli provenienti da un donatore è oggettivamente e ragionevolmente giustificato. Il divieto, che persegue lo scopo legittimo di proteggere la salute e il benessere delle donne e dei bambini coinvolti, così come quello di salvaguardare i valori etici e morali della società, è anche proporzionato.

47. Sebbene il diritto al rispetto della vita privata e familiare comprenda anche il diritto a soddisfare il desiderio di un bambino, ciò non significa che uno Stato è obbligato a consentire indiscriminatamente tutti i mezzi tecnicamente praticabili di riproduzione né di prevedere tali mezzi. Nel far uso del margine di discrezionalità loro concesso, gli Stati devono decidere da sé quale bilanciamento deve essere trovato tra gli opposti interessi, alla luce degli specifici bisogni sociali e culturali e delle tradizioni dei loro paesi. La legislazione austriaca ha trovato un giusto equilibrio, prendendo in considerazione tutti gli interessi coinvolti. Un bilanciamento simile permette la procreazione medicalmente assistita ma, allo stesso tempo, stabilisce certi limiti laddove lo stato attuale del progresso medico e sociale non permette ancora un'autorizzazione legale della fecondazione in vitro con sperma o ovuli di terze persone, come desiderano i ricorrenti. Dunque la legge sulla procreazione artificiale è caratterizzata dall'intento di prevenire ripercussioni negative e potenziali abusi e di impiegare il progresso medico solo a scopi terapeutici e non per altri obiettivi, come la "selezione" dei nascituri, così il legislatore non può e non deve trascurare le remore esistenti in molte parti della società circa il ruolo e le possibilità della moderna medicina riproduttiva.

48. Dopo una preparazione approfondita il legislatore ha trovato un'adeguata soluzione in un'area controversa, prendendo in considerazione la dignità umana, il benessere dei bambini e il diritto alla procreazione. La fecondazione in vitro offre grandi possibilità per una scelta selettiva di ovuli e sperma, che potrebbero infine portare ad una riproduzione selettiva (*Zuchtauswahl*). Ciò solleva essenziali problematiche rispetto alla salute dei bambini così concepiti e nati, che toccano soprattutto i valori etici e morali della società.

49. Durante la discussione in Parlamento era stato sottolineato che la donazione di ovuli potrebbe portare a conseguenze problematiche come lo sfruttamento e l'umiliazione delle donne, in particolare per quelle provenienti da un contesto economicamente svantaggiato. Potrebbe mettersi pressione su una donatrice, che diversamente non avrebbe affrontato la fecondazione in vitro, per realizzare il proprio desiderio di avere un bambino.

50. La fecondazione in vitro solleva anche il problema di relazioni di parentela inconsuete, in cui le condizioni sociali deviano da quelle biologiche, vale a dire la condivisione della maternità in un aspetto biologico ed in uno di "gravidanza" e forse anche in un aspetto sociale. Infine, si deve anche tenere in considerazione che i bambini hanno un legittimo interesse ad essere informati sulla loro vera discendenza che, con ovuli e sperma donati, potrebbe essere nella maggior parte dei casi impossibile. Con l'utilizzo di ovuli e sperma donati, nell'ambito della procreazione medicalmente assistita, la reale discendenza di un bambino non è rivelata nelle anagrafi e le norme di tutela che disciplinano le adozioni sono ineffettive nel caso della procreazione medicalmente assistita. Le ragioni che permettono l'inseminazione artificiale, come risulta dal rapporto esplicativo al disegno di legge del Governo relativo alla legge sulla procreazione artificiale, stanno nel fatto che questo metodo di procreazione facilmente applicabile, rispetto agli altri, non può essere controllato efficacemente. Inoltre, questa tecnica è usata già da tempo. Così, un divieto di questa semplice tecnica non sarebbe osservato e conseguentemente non rappresenterebbe un mezzo adeguato per perseguire gli obiettivi di una legislazione effettiva.

51. Il Governo conclude, quindi, che il divieto della fecondazione in vitro, con sperma o ovuli provenienti da un donatore, è oggettivamente e ragionevolmente giustificato. Il divieto, che persegue lo scopo legittimo di proteggere la salute ed il benessere delle donne e dei bambini coinvolti, così come quello di salvaguardare i valori etici e morali della società, è anche proporzionato. Di conseguenza, i ricorrenti non sono vittime di una discriminazione.

[...]

### **C. Valutazione della Corte**

#### *1. Sull'applicabilità dell'articolo 14 in combinato con l'articolo 8*

56. Il Governo conferma che l'articolo 8 è applicabile al caso di specie e, di conseguenza, non si oppone all'applicabilità dell'articolo 14 della Convenzione. A tal riguardo il Governo richiama le dichiarazioni della Corte Costituzionale che, nella sua sentenza del 14 ottobre 1999, aveva ritenuto che la decisione dei coniugi o dei conviventi di concepire un bambino e di ricorrere, pertanto, alle tecniche di procreazione medicalmente assistita ricadeva entro l'ambito di tutela dell'articolo 8.

57. I ricorrenti concordano con il Governo sull'applicabilità dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 della Convenzione.

58. La Corte ricorda che la nozione di "vita privata" nell'ambito del significato dell'articolo 8 della Convenzione è un concetto elastico che comprende, *inter alia*, il diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani (si veda il caso *Niemietz c. Germania*, sentenza del 16 dicembre 1992, Serie A n° 251-B, p. 33, § 29), il diritto allo sviluppo della propria personalità (si veda il caso *Bensaid c. Regno Unito*, ricorso n° 44599/98, § 47, ECHR 2001-I) e il diritto di autodeterminarsi (si veda il caso *Pretty c. Regno Unito*, ricorso n° 2346/02, § 61, ECHR 2002-III). Esso comprende elementi come i nomi (si veda il caso *Burghartz c. Svizzera*, sentenza del 22 febbraio 1994, Serie A n° 280-B, p. 28, § 24), l'identità sessuale, l'orientamento sessuale e la vita sessuale, che ricadono nell'ambito della sfera della personalità protetta dall'articolo 8 (si veda, per esempio, il caso *Dudgeon c. Regno Unito*, sentenza del 22 ottobre 1981, Serie A n° 45, pp. 18-19, § 41, e il caso *Laskey, Jaggard e Brown c. Regno Unito*, sentenza del 19 febbraio 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I, p. 131, § 36), nonché il diritto al rispetto della decisione sia di aver un che di non avere un figlio (si veda il caso *Evans c. Regno Unito* [GC], ricorso n° 6339/05, § 71, ECHR 2007-IV).

59. Nel caso *Dickson c. Regno Unito*, che riguardava il rifiuto di tecniche per l'inseminazione artificiale ai ricorrenti, un detenuto e sua moglie, la Corte dichiarava che l'articolo 8 era applicabile in quanto le tecniche di inseminazione artificiale in questione coinvolgevano la loro vita privata e familiare, la cui nozione ricomprende il diritto al rispetto della loro decisione di diventare genitori genetici (caso *Dickson c. Regno Unito* [GC], ricorso n° 44362/04, § 66, ECHR 2007-XIII, con ulteriori riferimenti).

60. La Corte, quindi, considera che il diritto di una coppia di concepire un bambino e di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per tale scopo rientra nell'ambito di applicazione

dell'articolo 8, in quanto tale scelta è chiaramente un'espressione della vita privata e familiare. Dunque l'articolo 8 della Convenzione è applicabile al caso di specie.

61. Con riguardo all'articolo 14, che è stato richiamato nel caso in esame, la Corte ricorda che esso integra solo le altre disposizioni sostanziali della Convenzione e anche dei suoi Protocolli. Esso non ha un'esistenza indipendente in quanto ha effetto solamente in relazione al "godimento dei diritti e delle libertà" protette da quelle disposizioni (si veda, fra gli altri autorevoli precedenti, il caso *Sahin c. Germania* [GC], ricorso n° 30943/96, § 85, ECHR 2003-VIII). L'applicazione dell'articolo 14 non presuppone necessariamente la violazione di uno dei diritti sostanziali protetti dalla Convenzione. È necessario, ma anche sufficiente, che i fatti del caso ricadano "nell'ambito" di uno o più degli articoli della Convenzione (si veda il caso *Petrovic c. Austria*, sentenza del 27 marzo 1998, *Reports* 1998-II, § 22 e il caso *Burden c. Regno Unito* [GC], ricorso n° 13378/05 §58, ECHR 2008-...).

62. Siccome i ricorrenti lamentano di essere stati vittime di una discriminazione che è priva di una oggettiva e ragionevole giustificazione come richiede l'articolo 14 della Convenzione, tale disposizione è applicabile in combinato disposto con l'articolo 8.

#### 2. Sull'osservanza dell'articolo 14 in combinato con l'articolo 8

63. I ricorrenti sostengono di essere in una situazione simile o analoga a quella delle altre coppie che desiderano servirsi di tecniche di procreazione medicalmente assistita ma che, per le loro condizioni di salute, non hanno bisogno di una donazione di ovuli o di sperma. I ricorrenti, quindi sono stati oggetto di una differenza di trattamento. Deve verificarsi lo scopo alla base di quella differenza di trattamento e, se lo scopo è legittimo, deve verificarsi se il trattamento differenziato è giustificato.

64. La Corte ricorda che, agli effetti dell'articolo 14, una differenza di trattamento è discriminatoria se non ha una giustificazione oggettiva e ragionevole, cioè se non persegue uno "scopo legittimo" o se non c'è una "ragionevole proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo che si intende realizzare" (si veda, *inter alia*, il caso *Petrovic*, sopra citato, § 30; e il caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, ricorso n° 33290/96, § 29..., ECHR 1999-IX). In relazione a ciò la Corte osserva che la Convenzione è uno strumento vivente che deve essere interpretato alla luce del contesto attuale (si veda, *inter alia*, il caso *Johnston e altri c. Irlanda*, 18 dicembre 1986, § 53, Serie A n° 112).

65. La Corte ricorda inoltre che gli Stati contraenti godono di un margine di discrezionalità nello stabilire se ed in quale misura delle differenze in situazioni altrimenti simili giustificano un trattamento differente (si veda il caso *Van Raalte c. Olanda*, 21 febbraio 1997, § 39, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I). Lo scopo di questo margine varierà in rapporto alle circostanze, alla materia e al contesto (si veda il caso *Petrovic*, sopra citato, § 38).

66. I ricorrenti affermano che, a causa della speciale importanza del diritto a fondare una famiglia e del diritto alla procreazione, gli Stati contraenti non godono di un margine di apprezzamento globale nel disciplinare queste materie.

67. Secondo il Governo il legislatore austriaco, nel concepire la disciplina della procreazione assistita e nel decidere in quel contesto quali tecniche di procreazione sono consentite, aveva un margine di

discrezionalità particolarmente ampio che è un elemento decisivo per stabilire se una differenza di trattamento in situazioni altrimenti simili persegue uno scopo legittimo.

68. La Corte nota che nel campo della procreazione medicalmente assistita non c'è un approccio uniforme a tale questione fra gli Stati membri della Convenzione (si veda Consiglio d'Europa, Procreazione medicalmente assistita e protezione degli embrioni umani – Studio comparativo sulla posizione di 39 Stati, giugno 1998, CDBI/INF (98) 8). La procreazione medicalmente assistita è regolata nel dettaglio in alcuni Stati, con una certa estensione in altri e in altri Stati non del tutto. Laddove in uno Stato esiste una normativa c'è una grande varietà di tecniche che sono permesse e tecniche che sono proibite. Come si può notare, la stessa posizione dell'Austria esiste nell'ordinamento della Germania. La donazione di sperma è vietata in Italia, Lituania e Turchia, mentre la donazione di ovuli è vietata in Croazia, Germania, Italia, Lituania, Norvegia, Svizzera e Turchia.

69. Siccome l'utilizzazione della fecondazione in vitro fa emergere delicate questioni etiche e morali contro lo sfondo del veloce progresso medico e scientifico, e siccome le questioni sollevate dal caso in esame riguardano aree in cui non c'è una chiara posizione comune degli Stati membri, la Corte ritiene che il margine di discrezionalità concesso allo Stato convenuto deve essere ampio (si veda il caso *X, Y e Z c. Regno Unito*, 22 aprile 1997, § 44, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-II). In linea di principio l'ampia discrezionalità si estende alla sua decisione di intervenire in questa materia e, una volta che è intervenuto, anche alle norme di dettaglio emanate al fine di raggiungere un equilibrio tra gli interessi pubblici e privati in conflitto (si veda il caso *Evans*, sopra citato, § 75). Tuttavia, le differenze nei vari orientamenti adottati dagli Stati contraenti, come tali, non forniscono alcuna soluzione che rappresenti una legislazione accettabile. Non compete alla Corte esaminare attentamente gli argomenti discussi durante l'*iter* legislativo, né verificare se gli argomenti avanzati dal Governo per giustificare la differenza di trattamento in questione siano pertinenti e sufficienti. Pertanto la Corte dichiara che il caso della prima e del secondo ricorrente e quello della terza e del quarto ricorrente devono essere esaminati separatamente.

#### **a. Il caso della terza e del quarto ricorrente (donazione di ovuli)**

70. La terza ricorrente è completamente sterile e non produce ovuli mentre suo marito, il quarto ricorrente, è in grado di produrre sperma adatto per la procreazione. Non è contestabile che, a causa delle loro condizioni di salute, solo la fecondazione in vitro con utilizzo di ovuli provenienti da un donatore potrebbe permettere alla coppia ricorrente di realizzare il loro desiderio di avere un bambino del quale il quarto ricorrente sarebbe il genitore genetico. Tuttavia, il divieto di tecniche eterologhe di procreazione artificiale per la fecondazione in vitro, stabilito nel paragrafo 3 (1) della legge sulla procreazione artificiale, che vieta la donazione di sperma, esclude questa possibilità. Non ci sono eccezioni a questa norma.

71. La giurisprudenza della Corte stabilisce che, per sussumere una questione sul terreno dell'articolo 14, ci deve essere una differenza di trattamento degli individui in situazioni particolarmente simili (caso *D.H. e altri c. Repubblica ceca* [GC], ricorso n° 57325/00, § 175, ECHR 2007). Tale differenza di trattamento è discriminatoria se non c'è una giustificazione oggettiva e ragionevole; in altre parole, se non persegue uno scopo legittimo o se non c'è un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati



e lo scopo che si intende realizzare. Gli Stati contraenti godono di un margine di apprezzamento nello stabilire se e in quale misura le differenze in situazioni altrimenti simili giustificano un trattamento differente (caso *Stec e altri c. Regno Unito*[GC], ricorsi n\_ 65731/01 e 65900/01, §§ 51-52, ECHR 2006-VI; caso *Burden*, sopra citato, § 60).

72. Così la Corte deve verificare se la differenza di trattamento tra la terza ricorrente e il quarto ricorrente e una coppia che, per realizzare il suo desiderio di avere un bambino, utilizza tecniche di procreazione artificiale senza ricorrere alla donazione di ovuli, ha una giustificazione oggettiva e ragionevole, cioè se persegue uno scopo legittimo o se c'è un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo che si intende realizzare.

73. Il Governo sostiene che il divieto di donazione di ovuli per la fecondazione in vitro previsto dal legislatore austriaco persegue uno scopo legittimo ed è proporzionato. Per il governo il legislatore austriaco ha raggiunto un giusto equilibrio tra gli interessi pubblici e privati coinvolti. Esso sostiene che il legislatore deve fissare certi limiti alle possibilità offerte dalle tecniche mediche di procreazione artificiale perché devono essere tenuti in considerazione la natura moralmente ed eticamente delicata e le remore di una larga parte della società circa il ruolo e le possibilità della moderna medicina riproduttiva.

74. La Corte ritiene che le preoccupazioni basate su considerazioni morali o sull'accettabilità sociale non sono in sé stesse sufficienti ragioni per un divieto assoluto di una specifica tecnica di procreazione artificiale come la donazione di ovuli. Tali ragioni potrebbero essere particolarmente rilevanti nel momento in cui si decide se permettere o no la procreazione artificiale in generale, e la Corte sottolinea che non c'è un obbligo per uno Stato di emanare una normativa del genere né un obbligo di permettere la procreazione artificiale. Tuttavia, una volta che è stato deciso di consentire la procreazione artificiale, e nonostante l'ampio margine di apprezzamento concesso agli Stati contraenti, la normativa concepita per tale materia deve essere formata in un modo coerente che permetta ai diversi interessi coinvolti di essere presi in considerazione adeguatamente ed in conformità con gli obblighi discendenti dalla Convenzione.

75. Il Governo sostiene inoltre che le avanzate tecniche mediche di fecondazione artificiale, come la fecondazione in vitro, implicano il rischio di non essere impiegate solo a scopi terapeutici ma anche per altri obiettivi quali la "selezione" dei nascituri; la fecondazione in vitro pone questo rischio. In aggiunta il Governo afferma che c'è il rischio che la donazione di ovuli possa portare allo sfruttamento e all'umiliazione delle donne, in particolare di quelle provenienti da un contesto economicamente svantaggiato, a causa della pressione esercitata sulla donatrice che, diversamente, non avrebbe effettuato la fecondazione in vitro per soddisfare il proprio desiderio di avere un bambino .

76. La Corte ritiene che i rischi connessi alle nuove tecniche in un settore delicato quale è quello della procreazione medicalmente assistita devono essere seriamente considerati e che il primo compito del legislatore interno è di accertare questi rischi dopo aver attentamente soppesato i diversi interessi pubblici e privati coinvolti e i pericoli che dovrebbero essere fronteggiati. Tuttavia, un divieto assoluto delle tecniche mediche in questione non sarebbe proporzionato, a meno che, dopo attenta riflessione, non si ritenga essere l'unico modo per prevenire efficacemente gravi ripercussioni. Nel caso in esame la Corte non è convinta che il divieto assoluto sia l'unico mezzo a disposizione del legislatore austriaco. Dato che

la legge sulla procreazione artificiale riserva questo genere di interventi a medici specializzati, che hanno una particolare conoscenza ed esperienza in questo campo e che sono essi stessi limitati dalle norme deontologiche della loro professione, e che la legge sulla procreazione stabilisce ulteriori garanzie al fine di minimizzare i rischi, la Corte dichiara che il divieto della donazione di ovuli e di sperma non può essere considerato il solo mezzo, o il meno intrusivo, per raggiungere lo scopo prefissato.

77. Con riguardo alla tesi sul rischio di sfruttamento delle donne e sull'abuso di queste tecniche, la Corte ritiene che questo è un argomento che non riguarda specificamente le tecniche di procreazione in esame ma sembra essere diretto contro la procreazione artificiale in generale. Inoltre, l'eventuale abuso, che indubbiamente deve essere combattuto, non è una ragione sufficiente per proibire in generale una specifica tecnica di procreazione, se esiste la possibilità di disciplinarne l'utilizzo e di predisporre garanzie contro l'abuso. A tal riguardo la Corte osserva che nell'ordinamento austriaco la remunerazione della donazione di ovuli e sperma è vietata dalla legge.

78. In udienza il Governo sottolinea anche che ottenere ovuli ai fini di una donazione è un intervento medico rischioso e serio che ha gravi ripercussioni per il donatore. La Corte riconosce che il legislatore austriaco si sforza di evitare rischi alla salute non necessari, ma nota in primo luogo che, nel caso della fecondazione in vitro omologa, il rischio corso dalla donna da cui gli ovuli sono presi è lo stesso e tale intervento medico è permesso dalla legge sulla procreazione artificiale. Nella misura in cui l'argomento è collegato a quelli riguardanti il rischio di un abuso della donazione di ovuli o della loro commercializzazione, la Corte ritiene che gli argomenti suddetti siano comunque validi in questo contesto.

79. Il Governo afferma anche che la fecondazione in vitro solleva la questione delle relazioni inconsuete in cui le condizioni sociali deviano da quelle biologiche, vale a dire la divisione della maternità in un aspetto biologico ed in uno di "gravidanza" e forse anche in un aspetto sociale.

80. La Corte osserva che, in conformità alla decisione della Corte Costituzionale del 14 ottobre 1999, il legislatore austriaco è stato guidato dall'idea che la procreazione medicalmente assistita debba aver luogo similmente alla procreazione naturale, e in particolare che il principio generale del diritto privato – *mater semper certa est, pater est quem nuptiae demonstrant* – debba essere mantenuto per evitare la possibilità che due persone possano sostenere di essere la madre biologica di uno stesso bambino e per evitare liti fra la madre biologica e la madre genetica nel senso più ampio.

81. Lo scopo di assicurare la certezza legale nel campo del diritto di famiglia mantenendo principi risalenti di questo settore dell'ordinamento, come uno dei suoi tratti essenziali, ha certamente i suoi meriti. Nondimeno, relazioni familiari inconsuete, in senso ampio, sono ben note agli ordinamenti degli Stati contraenti. Le relazioni familiari che non seguono il tipico rapporto genitore-figlio basato su un legame biologico diretto, non rappresentano nulla di nuovo e sono già esistite in passato, sin dall'istituzione dell'adozione, che crea rapporti familiari basati non sulla discendenza ma su un contratto, allo scopo di integrare o di sostituire le relazioni familiari biologiche. Grazie a quest'argomento di comune notorietà la Corte conclude che non ci sono ostacoli insormontabili ad includere rapporti familiari, i quali potrebbero derivare da un valido uso delle tecniche di procreazione artificiale in questione, nella struttura generale del diritto di famiglia e dagli altri settori giuridici collegati.

82. Il Governo adduce un ulteriore argomento militante contro la liceità della donazione di ovuli e di sperma per la fecondazione in vitro, e cioè che i figli ha un legittimo interesse ad essere informati circa la propria reale discendenza, che, con ovuli e sperma donati, potrebbe essere impossibile nella maggior parte dei casi in quanto la reale discendenza di un bambino non è rivelata nelle anagrafi.

83. La Corte non è convinta neanche di questo argomento. A tal proposito ricorda che il rispetto per la vita privata richiede che ognuno debba essere in grado di stabilire la propria identità quale singolo individuo e che il diritto del singolo a tale informazione è importante per la formazione della sua personalità (si veda, per esempio, il caso *Mikulić c. Croazia*, ricorso n° 53176/99, §§ 53-54, ECHR 2002-I, e il caso *Gaskin c. Regno Unito*, sentenza del 7 luglio 1989, Serie A n° 160, p. 16, §§ 36-37, 39). Questo comprende il diritto ad ottenere le informazioni necessarie per scoprire la verità su aspetti importanti della propria identità, come l'identità dei propri genitori (si veda il caso *Jäggi c. Svizzera*, ricorso n° 58757/00, § 25, ECHR 2006-..., e il caso *Odièvre c. Francia* [GC], ricorso n° 42326/98, § 29, ECHR 2003-III).

84. Tuttavia, un tale diritto non è assoluto. Nel caso *Odièvre*, sopra citato, che riguardava una nascita anonima e l'impossibilità per il ricorrente di ottenere informazioni sui suoi genitori biologici, la Corte dichiarava che non c'era violazione dell'articolo 8 della Convenzione perché il legislatore francese aveva raggiunto un appropriato equilibrio tra gli interessi pubblici e privati coinvolti (si veda il caso *Odièvre*, sopra citato, § 49). La Corte quindi considera che il legislatore austriaco potrebbe trovare una appropriata ed adeguata soluzione bilanciata tra gli interessi dei donatori che richiedono l'anonimità ed i legittimi interessi nell'ottenere informazioni di un bambino concepito attraverso la procreazione artificiale con ovuli o sperma donato.

85. In conclusione la Corte dichiara che il Governo non ha fornito una giustificazione oggettiva e ragionevole per la differenza di trattamento tra la terza e il quarto ricorrente, i quali risultano ostacolati dal divieto della donazione di ovuli per la procreazione artificiale di cui al paragrafo 3 della legge sulla procreazione artificiale nel realizzare il loro desiderio di avere un figlio, e una coppia che fa uso di tecniche di procreazione assistita senza ricorrere alla donazione di ovuli. Di conseguenza, c'è stata violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 rispetto alla terza ed al quarto ricorrente.

#### **b. Il caso della prima e il secondo ricorrente (donazione di sperma)**

86. La prima ricorrente soffre di infertilità alle tube di Falloppio e il secondo ricorrente, suo marito, è altrettanto sterile. Non è controverso che, a causa delle loro condizioni di salute, solo la fecondazione in vitro con utilizzo di sperma di un donatore possa permettere alla coppia ricorrente di realizzare il proprio desiderio di avere un bambino di cui almeno uno dei due ricorrenti sarebbe genitore genetico .

87. Tuttavia, il divieto delle tecniche eterologhe di procreazione artificiale per la fecondazione in vitro, sancito dal paragrafo 3(1) della legge sulla procreazione assistita, che, nel caso della prima e del secondo ricorrente non ammette la donazione di sperma, esclude questa possibilità. Nello stesso tempo il paragrafo 3(2) della legge consente la donazione di sperma per la fecondazione in vivo.

88. Dunque, la Corte deve verificare se la differenza di trattamento tra la prima e il secondo ricorrente che, per realizzare il loro desiderio di avere un bambino, possono solo ricorrere alla donazione di sperma per una fecondazione in vitro, ed una coppia che può legalmente utilizzare sperma donato per una fecondazione in vivo, ha una giustificazione oggettiva e ragionevole, cioè se persegue uno scopo legittimo o se c'è un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo che si intende perseguire.

89. La Corte osserva in principio che questa tecnica di procreazione artificiale combina due tecniche che prese da sole sarebbero permesse dalla legge sulla procreazione artificiale, vale a dire, da un lato, la fecondazione in vitro con gameti della coppia e, dall'altro, la donazione di sperma. Così il divieto di queste tecniche legali richiede, secondo la Corte, argomenti particolarmente persuasivi del Governo.

90. La Corte ritiene che gli argomenti addotti dal Governo per giustificare la donazione di ovuli sono poco pertinenti per esaminare il divieto in questione. Alcuni sono relativi alle preoccupazioni contro la procreazione artificiale in generale, laddove non c'è un divieto assoluto nell'ordinamento austriaco. Altri, come la prevenzione dello sfruttamento delle donne in condizioni vulnerabili, la limitazione di eventuali rischi per la salute delle donatrici di ovuli e la prevenzione di relazioni familiari inconsuete a causa della maternità condivisa, semplicemente non sono applicabili. Altri, come il rischio della selezione eugenetica e i problemi discendenti dall'interesse legittimo dei bambini concepiti attraverso la donazione di gameti di essere informati sulla loro vera discendenza, sono rivolti contro la donazione di sperma che, tuttavia, è permessa se allo scopo di una fecondazione in vivo.

91. Nel giustificare il divieto della donazione di sperma il Governo ha sottoposto un altro argomento. Le ragioni addotte per giustificare questa differenza di trattamento tra la fecondazione in vitro e l'inseminazione artificiale stanno nel fatto che quest'ultima tecnica era già utilizzata da tempo quando la legge sulla procreazione artificiale è entrata in vigore e, siccome è facile da gestire e non richiede necessariamente medici chirurghi specializzati, poiché l'osservanza del divieto sarebbe impossibile da controllare.

92. Bisogna ricordare che la Convenzione è nata per "garantire diritti non teorici o illusori ma diritti che sono concreti ed effettivi" (si veda, *inter alia*, il caso *Folgerø e altri c. Norvegia* [GC], ricorso n° 15472/02, § 100, ECHR 2007-..., e il caso *Salduz c. Turchia* [GC], ricorso n° 36391/02, § 51, 27 novembre 2008). Di conseguenza la Corte deve prendere in considerazione l'effettività di un determinato caso di ingerenza quando giudica se esiste un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo che si intende perseguire. In tal senso la Corte si dichiara competente anche a verificare se le presunte ingerenze dello Stato siano mezzi effettivi per perseguire un obiettivo legittimo.

93. Anche se fosse accettato questo argomento dedotto dal Governo come questione di pura efficienza esso dovrebbe essere bilanciato con gli interessi dei singoli individui coinvolti (si veda il caso *Evans*, sopra citato, § 77; il caso *X. e Y. c. Olanda*, sentenza del 26 marzo 1985, Serie A n° 91, §§ 24 e 27; il caso *Dudgeon*, sopra citato, § 52 e il caso *Christine Goodwin c. Regno Unito*[GC], ricorso n° 28957/95, § 90, ECHR 2002-VI). Secondo la Corte il desiderio di avere un bambino è un aspetto di particolarmente importante e, nel caso di specie, ha maggior peso degli argomenti dell'efficienza. Così, il divieto in esame

difetta di un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo che si intende perseguire.

94. La Corte, dunque, dichiara che la differenza di trattamento tra la prima e il secondo ricorrente che, per realizzare il loro desiderio di avere un bambino possono solo ricorrere alla donazione di sperma per una fecondazione in vitro, e una coppia che può legalmente ricorrere alla donazione di sperma per una fecondazione in vitro, non ha una giustificazione oggettiva e ragionevole ed è sproporzionata. Di conseguenza c'è stata violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 con riguardo alla prima e al secondo ricorrente.

## II. SULLA DEDOTTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 8

95. I ricorrenti lamentano anche che il divieto delle tecniche eterologhe di procreazione artificiale per la fecondazione in vitro, sancito dai paragrafi 3(1) e 3(2) della legge sulla procreazione artificiale, ha violato i loro diritti riconosciuti dall'articolo 8 della Convenzione.

96. Nel caso di specie la Corte ritiene che, viste le considerazioni svolte rispetto all'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8, non emergono questioni separate sul terreno del solo articolo 8 della Convenzione

[...]

### PER QUESTE RAGIONI, LA CORTE

1. *Dichiara* per cinque voti contro due che c'è stata violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 per quanto riguarda la terza e il quarto ricorrente;

2. *Dichiara* per sei voti contro uno che c'è stata violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 per quanto riguarda la prima e il secondo ricorrente;

3. *Dichiara* all'unanimità che non è necessario esaminare il caso anche sul terreno dell'articolo 8 della Convenzione;

[...]

### OPINIONE PARZIALMENTE DISSENZIENTE DEL GIUDICE STEINER

Io sono interamente d'accordo con la maggioranza sul fatto che c'è stata violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 per quanto riguarda la prima e il secondo ricorrente. Invece, non sono d'accordo che c'è stata violazione di questi articoli nel caso della terza e del quarto ricorrente. Secondo la mia opinione il divieto delle tecniche eterologhe di procreazione artificiale per la fecondazione in vitro, sancito dal paragrafo 3(1) della legge sulla procreazione artificiale, è compatibile con l'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8.

Il settore della procreazione artificiale è soggetto a sviluppi notevolmente dinamici nella scienza nonché allo sviluppo di una disciplina giuridica per il suo impiego medico. Per questa ragione è

particolarmente difficile ottenere una solida base per stabilire l'adeguatezza e l'opportunità delle misure legislative che possono mostrare le loro conseguenze solo dopo un considerevole lasso di tempo. È quindi comprensibile che gli Stati ritengano necessario legiferare con particolare cautela nel campo della procreazione artificiale.

Il legislatore austriaco non ha completamente vietato la procreazione consentendo l'uso di tecniche omologhe di procreazione. In conformità alle dichiarazioni della Corte Costituzionale nella sua decisione del 14 ottobre 1999, il legislatore austriaco era guidato dall'idea che la procreazione medicalmente assistita debba aver luogo similmente alla procreazione naturale, e in particolare che debba essere mantenuto il principio di diritto privato "*mater semper certa est, pater est quem nuptiae demonstrant*" per evitare la possibilità che due persone possano reclamare di essere la madre dello stesso bambino e per evitare liti tra la una madre biologica e una madre genetica in senso ampio. Così facendo il legislatore ha provato a conciliare il desiderio di rendere accessibili le tecniche di procreazione medicalmente assistita e il disagio avvertito da gran parte della società sul ruolo delle possibilità della moderna medicina riproduttiva, che solleva delicate questioni di natura morale ed etica.

Il legislatore austriaco ha anche adottato specifiche garanzie e precauzioni nella legge sulla procreazione artificiale, come quella di riservare l'impiego delle tecniche di procreazione artificiale a medici specializzati, che hanno una particolare conoscenza ed esperienza in questo campo e che sono essi stessi limitati dalle norme deontologiche professionali, e quella di vietare la remunerazione della donazione di ovuli e di sperma. Queste misure intendono prevenire i potenziali rischi di una selezione eugenetica e l'abuso di tali tecniche e prevenire il rischio di sfruttamento delle donne in situazioni vulnerabili quali donatrici di ovuli, e si può anche pensare che il legislatore austriaco potrà concepire e adottare ulteriori misure di tutela per ridurre i rischi connessi alla donazione di ovuli come descritti dal Governo. Il Governo sostiene anche che c'è il rischio che si creino relazioni inconsuete in cui le condizioni sociali deviano da quelle biologiche, ma rapporti familiari inconsueti in un ampio senso, che non seguono la tipica relazione genitore-figlio basata su un legame biologico diretto, non sono sconosciuti agli ordinamenti degli Stati contraenti. L'istituto dell'adozione è stato creato tempo fa per fornire un fondamento giuridico a tali relazioni, che sono conosciute in tutti gli Stati membri. In tal senso, una disciplina giuridica regolante in modo soddisfacente le problematiche sollevata dalla donazione di ovuli potrebbe anche essere adottata. Tuttavia, non si può trascurare che la condivisione della maternità fra una madre genetica e una che porta avanti la gravidanza si distingue significativamente dai rapporti basati su un'adozione e aggiunge una nuova questione a questa materia.

Il legislatore austriaco avrebbe potuto concepire una diversa disciplina giuridica per regolare la procreazione artificiale permettendo la donazione di ovuli, la quale potrebbe accordarsi con le sue affermate intenzioni. Si noti, a tal proposito, che quest'ultima soluzione è adottata in certo numero di Stati membri del Consiglio d'Europa (si veda il paragrafo 33, *supra*). Tuttavia, secondo me, la questione principale non è tanto quella della diversa soluzione che il legislatore avrebbe potuto trovare la quale avrebbe probabilmente dato un equilibrio più giusto, ma quella di sapere se il legislatore austriaco, nel fissare l'equilibrio al punto in cui è giunto, abbia ecceduto nel margine di discrezionalità concessogli



dall'articolo 14 della Convenzione. Definita tale questione, è di molto importante dire che, mentre, come si notava sopra, non c'è un consenso internazionale circa la liceità dell'utilizzazione del materiale genetico che può essere prelevato, l'Austria non è il solo paese fra gli Stati membri a vietare la donazione di ovuli per gli scopi della procreazione artificiale.

A questo riguardo vorrei sottolineare che gli unici strumenti a livello europea che trattano della materia della donazione di ovuli per la procreazione artificiale sono i principi adottati nel 1989 da una commissione *ad hoc* di esperti sui progressi delle scienze biomediche. Il principio 11 afferma che, la fecondazione in vitro, di regola, deve effettuarsi usando gameti de componenti della coppia (si veda il paragrafo 36, *supra*). La Convenzione su Diritti umani e biomedicina del 1997 e il protocollo addizionale del 2002 a codesta Convenzione sono lacunosi su questa materia (si vedano i paragrafi 37-38, *supra*). Il divieto della donazione di ovuli da parte della legge sulla procreazione artificiale è compatibile con i sopra menzionati principi.

Così, nel prevedere la norma chiara e di principio nel paragrafo 3 della legge sulla procreazione artificiale, attraverso la quale la donazione di ovuli per gli scopi della procreazione artificiale è proibita senza eccezioni, il legislatore austriaco non ha ecceduto l'ampio margine di discrezionalità concessogli dall'articolo 14 della Convenzione.

#### OPINIONE DISSENZIENTE DEL GIUDICE JEBENS

Rispettosamente sono in disaccordo con la maggioranza sul fatto che c'è stata violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 con riguardo ai quattro ricorrenti. Né trovo che ci sia stata violazione del solo articolo 8. Discuto innanzitutto la questione relativa al solo articolo 8.

1. Secondo la mia opinione non c'è dubbio che la decisione dei coniugi o di una coppia convivente di concepire un bambino ricade nell'ambito dell'articolo 8, a prescindere dal fatto che possa essere soddisfatta solo attraverso l'utilizzo di tecniche di procreazione medicalmente assistita. Tuttavia, la procreazione artificiale solleva questioni complicate, in particolare, non tanto per il ricorso all'assistenza medica in sé, ma perché talvolta può collidere con valori etici radicati e perché può creare il rischio di conseguenze indesiderate. È questa la situazione nel caso di specie, ed è per tali ragioni che il legislatore austriaco ha deciso di vietar l'uso di certi metodi di procreazione.

La legge sulla procreazione artificiale disciplina l'uso di metodi artificiali per concepire un bambino consentendo il ricorso a tecniche mediche conosciute, ma vietando l'utilizzo della donazione di ovuli e di sperma da individui esterni alla coppia stessa per la fecondazione in vitro. Questo riflette lo scopo della legge, che è quello di assistere le coppie sposate e conviventi, incapaci di concepire un figlio con metodi naturali, e allo stesso tempo quello di prevenire risultati indesiderati, come la creazione di relazioni familiari inconsuete, la commercializzazione e la riproduzione selettiva nonché lo sfruttamento delle donne povere. In aggiunta a queste concrete ragioni il legislatore ha tenuto in considerazione il consenso esistente nella società austriaca. Infatti, il divieto dell'utilizzo di materiale donato è stato basato non solo

sulle possibilità della moderna medicina riproduttiva, ma anche sulle preoccupazioni della popolazione basate delicate questioni etiche e morali.

Credo che sia chiaro che le ragioni suddette ricadono nei limiti dell'articolo 8 § 2 della Convenzione, coperte in parte dalla "protezione della salute o della morale" e in parte dalla "protezione dei diritti e delle libertà altrui". Con riguardo alla questione della proporzionalità del divieto rispetto allo scopo perseguito, è importante dire che esso ha impedito i ricorrenti della loro unica possibilità di avere biologicamente un figlio proprio. Tuttavia, non sembrano esserci altri mezzi, meno restrittivi, ma comunque effettivi, concretamente praticabili. Inoltre, deve essere preso in considerazione che sebbene l'Austria sia in una minoranza fra gli Stati europei, non c'è un consenso in Europa rispetto alla procreazione artificiale con utilizzo di materiale donato. A causa di ciò, e poiché il caso riguarda una materia questione delicata, allo Stato, secondo la mia opinione, dovrebbe essere concesso un ampio margine di apprezzamento (si veda il caso *Evans c. Regno Unito*[GC], ricorso n° 6339/05, § 77, ECHR 2007-IV). Tenendo presente che il legislatore austriaco ha soppesato attentamente gli interessi in conflitto ed è giunto ad una soluzione ragionevole, la quale consente in modo ampio la procreazione artificiale, non credo che la Corte debba interferire.

2. I ricorrenti richiamano anche l'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8. Dato che ho concluso il discorso sull'applicabilità del solo articolo 8, tratto anche dell'applicabilità dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8.

Dalla giurisprudenza della Corte si ricava che un trattamento è discriminatorio, ai sensi dell'articolo 14, se non c'è una giustificazione oggettiva e ragionevole. Tuttavia, una questione può essere sollevata sul terreno dell'articolo 14 se un trattamento diverso si riferisce a situazioni che sono simili in modo rilevante (si veda il caso *D.H. e altri c. Repubblica ceca* [GC], ricorso n° 57325/00, § 175, ECHR 2007-...). Anche se questa è la regola, gli Stati contraenti hanno un certo margine di discrezionalità quando stabiliscono se ed in quale misura un trattamento diverso è giustificato (caso *Stec e altri c. Regno Unito* [GC], ricorso n° 65731/01, §§ 51-52, ECHR 2006-VI, caso *Burden c. Regno Unito* [GC], ricorso n° 13378/05, § 60, ECHR 2008-...).

Tornando ai fatti del caso di specie, noto in primo luogo che tutti i quattro ricorrenti sono trattati diversamente dalle coppie che sono in grado di far uso delle tecniche mediche permesse dalla legge sulla procreazione artificiale, vale a dire quelle che producono ovuli e sperma e che dunque non hanno bisogno di un donatore. Questa è una differenza di trattamento tra persone che si trovano in una situazione simile perché hanno bisogno dell'assistenza medica per concepire un bambino, ma differente per quanto riguarda il metodo che si applica. Più importante è il fatto che questa differenza si riferisce al nucleo duro del divieto nella legge austriaca. Tenendo presente che gli Stati hanno un certo margine di apprezzamento, e che il divieto è basato su ragioni che sono secondo me accettabili, non sono in grado di concludere che c'è stata una violazione rispetto alla differenza di trattamento appena discussa.

La prima e il secondo ricorrente, che hanno bisogno di una donazione di sperma per realizzare il loro desiderio di avere un figlio, lamentano inoltre che sono stati discriminati perché la legge sulla procreazione artificiale vieta l'uso di sperma donato per la fecondazione in vitro, ma permette la donazione di sperma

per l'inseminazione artificiale. Ritengo che questi ricorrenti si trovino in una situazione simile a quella delle coppie che possono utilizzare il metodo dell'inseminazione, in quanto entrambe le coppie hanno bisogno della donazione di sperma. La ragione della differenza di trattamento è in parte storica, in quanto la tecnica dell'inseminazione viene usata da molti anni, e in parte concreta, perché l'inseminazione è così facile da eseguire che un divieto non sarebbe effettivamente controllabile. Richiamando ancora il margine di discrezionalità degli Stati in questa materia, sono convinto che il legislatore austriaco non ha permesso in via eccezionale la donazione di sperma, ma ha valutato la realtà e ha evitato che la legge potesse essere ineffettiva. In tali condizioni ritengo comunque che sia davvero inopportuno restringere le possibilità di una parte delle coppie di ottenere assistenza, discriminando un gruppo rispetto all'altro.

## **1.2. Stralci della sentenza della Grande camera della Corte EDU nel caso *S.H. e altri c. Austria* (ric. n. 57813/00) del 3 novembre 2011**

*Di seguito si riportano ampi stralci della sentenza resa dalla Grande camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *S.H. e altri c. Austria* (ric. n. 57813/00), del 3 novembre 2011, nella traduzione italiana a cura del Ministero della giustizia.*

IN FATTO

[...]

II. DIRITTO INTERNO PERTINENTE

### **A. Il diritto interno: la legge sulla procreazione artificiale**

27. La legge sulla procreazione assistita (Fortpflanzungsmedizingesetz, Gazzetta Ufficiale 275/1992) regola l'uso delle tecniche mediche che permettono il concepimento di un bambino attraverso mezzi diversi dalla copulazione (articolo 1(1)).

28. Questi metodi comprendono: (i) l'introduzione di sperma negli organi riproduttivi di una donna, (ii) l'unificazione di un ovulo e di uno sperma fuori dal corpo di una donna, (iii) l'introduzione di cellule vitali nell'utero o nelle tube di Falloppio di una donna e (iv) l'introduzione di ovociti o di ovociti e spermatozoi nell'utero o nelle tube di Falloppio di una donna (articolo 1(2)).

29. La procreazione medicalmente assistita è ammessa solo all'interno di un matrimonio o di una relazione simile al matrimonio e può essere compiuta se ogni altro possibile e ragionevole trattamento, mirante all'induzione della gravidanza mediante rapporto, fallisce o non ha alcuna ragionevole possibilità di successo (articolo 2).

30. Ai sensi dell'articolo 3(1), solo gli ovuli e lo sperma dei coniugi o delle persone che vivono una relazione simile al matrimonio (Lebensgefährten) possono essere usati ai fini della procreazione medicalmente assistita. In circostanze eccezionali, lo sperma di un terzo può essere usato per un'inseminazione artificiale per introdurre sperma negli organi riproduttivi di una donna (articolo 3(2)).

Questo metodo è noto come fecondazione in vivo. In tutte le altre circostanze, ed in particolare allo scopo della fecondazione in vitro, l'utilizzazione dello sperma di donatori è proibita.

31. Ai sensi dell'articolo 3(3), gli ovuli o le cellule vitali possono essere usati solo nelle donne da cui provengono. In tal modo la donazione di ovuli è sempre vietata.

32. Le ulteriori disposizioni della legge sulla procreazione artificiale stabiliscono, tra l'altro, che la procreazione medicalmente assistita può essere compiuta solo da medici specializzati ed in ospedali o sale operatorie specificamente attrezzati (articolo 4) e solo con il consenso espresso e scritto dei coniugi o dei conviventi (articolo 8).

33. Nel 1999 la legge sulla procreazione artificiale veniva integrata da una legge federale che istituiva un fondo per il finanziamento delle tecniche di fecondazione in vitro (Bundesgesetz mit dem ein Fonds zur Finanzierung der In-vitro-Fertilisation eingerichtet wird – Gazzetta Ufficiale Parte I n° 180/1999) al fine di sovvenzionare le tecniche di fecondazione in vitro permessa ai sensi della legge sulla procreazione artificiale.

34. Le questioni sulla maternità e sulla paternità sono regolate dal Codice Civile (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch). Secondo l'articolo 137b, adottato contemporaneamente all'entrata in vigore della legge sulla procreazione artificiale, la madre di un bambino è colei che lo ha dato alla luce. L'articolo 163 stabilisce che il padre di un bambino è la persona di sesso maschile che ha intrattenuto rapporti sessuali con la madre per un lasso di tempo determinato (tra 180 e 300 giorni) prima della sua nascita. Se la madre si è sottoposta alla procreazione medicalmente assistita utilizzando lo sperma di un donatore, il padre è colui che ha espresso il proprio consenso a tale trattamento, ovvero, il marito o il partner di sesso maschile. Il donatore dello sperma non può in alcun modo essere riconosciuto come il padre del bambino..

[...]

IN DIRITTO

[...]

## II. DEDOTTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 8 DELLA CONVENZIONE

49. I ricorrenti lamentano che il divieto di tecniche eterologhe di procreazione artificiale per la fecondazione in vitro, stabilito nell'articolo 3 (1) e (2) della legge sulla procreazione artificiale, ha violato i loro diritti garantiti dall'articolo 8 della Convenzione.

50. L'articolo 8 della Convenzione, nelle sue parti, recita: “1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare ... 2. Non può esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.”

## **A. La sentenza della Camera**

51. Nella sua sentenza del 1 aprile 2010, la Camera ha concluso che vi è stata violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 nei confronti della prima e terza ricorrente nonché nei confronti del secondo e quarto ricorrente.

52. Secondo la Camera, l'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 era applicabile al caso di specie poiché il diritto di una coppia di concepire un bambino utilizzando la procreazione medicalmente assistita ricadeva nell'ambito dell'articolo 8 in quanto tale scelta era chiaramente l'espressione della loro vita privata e familiare.

53. Riguardo alla conformità con l'articolo 14, la Camera osservava che, vista la mancanza di un approccio uniforme al presente quesito da parte degli Stati Contraenti e la natura delicata delle questioni morali ed etiche di cui trattasi, gli Stati Contraenti avevano in questo campo un margine di discrezionalità particolarmente ampio. Tale ampio margine di discrezionalità riguardava sia la sua decisione di intervenire o meno nella materia specifica sia le regole dettagliate da esso stabilite per raggiungere un bilanciamento tra gli opposti interessi pubblici e privati. La Camera aveva esaminato la situazione della prima e del secondo ricorrente e, separatamente, della terza e del quarto ricorrente.

54. Riguardo alla situazione della terza e del quarto ricorrente, i quali necessitavano di una donazione di ovuli per esaudire il loro desiderio di avere un bambino, la Camera riteneva che le preoccupazioni basate su considerazioni morali o sull'accettabilità sociale di questa tecnica non sono in sé stesse ragioni sufficienti per un divieto assoluto di una specifica tecnica di procreazione artificiale e che solo in circostanze eccezionali si può ritenere che un tale divieto assoluto costituisca una misura proporzionata. La Camera riteneva che riguardo ai rischi di donazione di ovuli invocati dal Governo, come ad esempio il rischio di sfruttamento delle donne in particolare quelle provenienti da un contesto economicamente svantaggiato o la "selezione" di bambini, la legge sulla procreazione artificiale conteneva già sufficienti tutele. Riguardo ad altre preoccupazioni specifiche indicate dal Governo, come ad esempio la creazione di relazioni atipiche in cui vi è una divisione della maternità tra madre genetica e madre biologica, questi problemi possono essere superati adottando delle norme appropriate. La Camera concludeva pertanto che vi era stata una violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8.

55. Riguardo alla situazione della prima e del secondo ricorrente, i quali necessitavano di una donazione di sperma per la fecondazione in vitro per esaudire il loro desiderio di avere un bambino, la Camera osservava innanzitutto che tale tecnica di procreazione artificiale comprendeva due tecniche che, prese singolarmente, erano consentite dalla Legge sulla Procreazione Artificiale, ovvero, la fecondazione in vitro con ovuli e sperma della coppia stessa da un lato e dall'altro la donazione di sperma per il concepimento dal vivo. Il divieto della combinazione di queste due tecniche lecite richiedeva pertanto argomenti particolarmente persuasivi. La maggior parte degli argomenti presentati dal Governo non erano tuttavia specifici della donazione di sperma per la fecondazione in vitro. Quanto alla tesi del Governo secondo la quale l'inseminazione artificiale non in vitro è utilizzata da tempo, è facile da gestire e il suo divieto sarebbe stato pertanto difficile da monitorare, la Camera riteneva che il fatto della mera efficienza aveva meno peso rispetto agli interessi particolarmente importanti delle persone private coinvolte e

concludeva che la differenza nel trattamento in questione non era giustificata. La Camera concludeva che vi era stata una violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 anche in tal senso.

## **B. Tesi delle parti**

### *1. I ricorrenti*

56. Dal punto di vista dei ricorrenti, l'articolo 8 della Convenzione era applicabile al loro caso. Asserivano inoltre che la normativa impugnata costituiva una diretta ingerenza nei loro diritti di cui all'articolo 8 in quanto, in assenza di tale normativa, il trattamento medico da essi richiesto – fecondazione in vitro con la donazione di ovuli o sperma – costituiva una tecnica medica prontamente disponibile che aveva fatto rilevanti progressi negli ultimi anni ed era diventata molto più affidabile rispetto al passato. Non si trattava dunque di un obbligo positivo ma di un caso classico di ingerenza, che non era necessaria in una società democratica e che era sproporzionata.

57. Data la particolare importanza del diritto di fondare una famiglia e di procreazione, gli Stati Contraenti non avevano alcun margine di discrezionalità nella regolamentazione di tali questioni. Le decisioni che devono essere adottate dalle coppie che desiderano utilizzare la procreazione artificiale hanno riguardato la sfera più intima della loro vita privata e pertanto il legislatore dovrebbe dare particolare prova di fermezza nella regolamentazione di questa materia.

58. Tutti gli argomenti sollevati dal Governo riguardavano la procreazione artificiale in generale e, inoltre, non risponderrebbero in modo convincente al quesito che si pone circa il motivo per cui alcune tecniche di procreazione assistita dovrebbero essere autorizzate e altre vietate. Il rischio dello sfruttamento delle donatrici, a cui il governo si riferisce, non è pertinente in circostanze come quelle del caso di specie. Per combattere ogni potenziale abuso nella società austriaca è sufficiente vietare la remunerazione della donazione di ovuli o sperma; divieto peraltro già previsto in Austria. Inoltre, l'argomento che la donazione di ovuli conducesse a relazioni atipiche in cui la maternità di un bambino concepito attraverso la procreazione artificiale è condivisa tra la madre genetica e la madre che ha dato alla luce il bambino e risultasse in uno stress emotivo per il bambino non era persuasivo, poiché oggi molti bambini crescono in situazioni famigliari in cui essi sono geneticamente affini ad un solo genitore.

59. I ricorrenti affermavano inoltre che il sistema applicato ai sensi della legge sulla procreazione artificiale era incoerente ed illogico, poiché non vi era alcun divieto categorico sulle forme eterologhe della procreazione medicalmente assistita in quanto erano state fatte delle eccezioni di donazione di sperma in relazione a tecniche specifiche. Il motivo di questa differenza di trattamento non era convincente. In tale contesto va rilevato che esisteva un fondo pubblico per il finanziamento della fecondazione in vitro, forse perché l'utilizzo di questa tecnica era di interesse pubblico, mentre nel contempo delle severe limitazioni erano state imposte sul suo utilizzo.

60. Per quanto concerne la situazione giuridica della procreazione artificiale negli Stati Contraenti, i ricorrenti asserivano che vi era ora un consenso generale a favore della donazione di ovuli e sperma. Pertanto, il divieto della donazione di ovuli e sperma della legge austriaca violava l'articolo 8 della Convenzione.



## 2. Il Governo

61. Riguardo all'applicabilità dell'articolo 8 della Convenzione, il Governo faceva riferimento alle dichiarazioni della Corte Costituzionale secondo le quali nella nozione di vita privata nel significato dell'articolo 8 § 1 della Convenzione rientra il desiderio di una coppia di coniugi o di conviventi di avere dei figli che costituisce una delle forme essenziali di espressione della loro personalità di esseri umani. Esso ha pertanto accettato che l'articolo 8 si applicasse al caso di specie.

62. Dal punto di vista del Governo, la questione di stabilire se il provvedimento di cui trattasi debba essere considerato un'ingerenza di un'autorità pubblica o una presunta violazione di un obbligo positivo potrebbe essere lasciata aperta in quanto i principi applicabili erano gli stessi per entrambi i casi. Nelle due ipotesi, era necessario stabilire un armonioso equilibrio tra gli opposti interessi privati e pubblici e in entrambi i contesti lo Stato aveva un certo margine di discrezionalità che, in assenza di uno standard comune stabilito dagli Stati contraenti, era particolarmente ampio. Tuttavia, il divieto di specie aveva un fondamento giuridico nel diritto interno e perseguiva un fine legittimo, segnatamente la tutela dei diritti di altri, in particolare dei donatori potenziali.

63. Dal punto di vista del Governo, il perno centrale del caso non era se vi potesse essere un eventuale ricorso alla procreazione medicalmente e tecnicamente assistita e quali limiti lo Stato potesse fissare a tal riguardo, ma in che misura lo Stato debba autorizzare ed accettare la cooperazione di terzi nell'adempimento del desiderio di una coppia nel voler concepire un bambino. Anche se il diritto al rispetto della vita privata comprendeva altresì il diritto di realizzare il desiderio di avere un figlio, ciò non significa che lo Stato avesse l'obbligo di consentire indiscriminatamente tutti i mezzi tecnicamente realizzabili di riproduzione né tantomeno di metterli a disposizione delle persone interessate. Il margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati dovrebbe permettere loro di stabilire un armonioso equilibrio tra gli opposti interessi alla luce degli specifici bisogni e tradizioni sociali e culturali dei loro Paesi.

64. Considerando tutti gli interessi del caso, il legislatore austriaco aveva stabilito un armonioso equilibrio in linea con l'articolo 8 della Convenzione. Tale equilibrio aveva consentito la procreazione medicalmente assistita e nel contempo prevedeva alcune restrizioni laddove la fase raggiunta nello sviluppo medico e sociale non consentiva ancora il riconoscimento giuridico della fecondazione in vitro con lo sperma o ovulo di terze persone, così come richiesto dalle ricorrenti donne. La legge sulla procreazione artificiale è pertanto caratterizzata dall'intento di prevenire ripercussioni negative e potenziali abusi e di impiegare i progressi medici solo a scopi terapeutici e non per altri obiettivi, come la "selezione" dei nascituri, così il legislatore non può e non deve trascurare le remore esistenti in molte parti della società circa il ruolo e le possibilità della moderna medicina riproduttiva.

65. Dopo una preparazione approfondita il legislatore aveva trovato un'adeguata soluzione in un'area controversa, prendendo in considerazione la dignità umana, il benessere dei bambini e il diritto alla procreazione. La fecondazione in vitro offre grandi possibilità per una scelta selettiva di ovuli e sperma, che potrebbero infine portare ad una riproduzione selettiva (*Zuchtauswahl*). Questa tecnica solleverebbe gravi questioni relative alla salute dei bambini così concepiti e ai valori etici e morali della società.

66. Durante la discussione in Parlamento era stato sottolineato che la donazione di ovuli dipende dalla disponibilità degli stessi e potrebbe portare a conseguenze problematiche come lo sfruttamento e l'umiliazione delle donne, in particolare quelle provenienti da un contesto economicamente svantaggiato. D'altro canto, le donne che ricorrono al trattamento della fecondazione in vitro potrebbero essere costrette a fornire più ovuli di quelli strettamente necessari per il loro trattamento, ciò al fine di permettere loro di sostenerne il costo.

67. La fecondazione in vitro sollevava inoltre il problema di relazioni di parentela atipiche, in cui le condizioni sociali erano in contrasto con quelle biologiche, in quanto la maternità viene ad assumere tre aspetti distinti, ovvero un aspetto biologico, un aspetto "uterino" e forse anche un aspetto sociale. Infine, si doveva anche tenere conto del legittimo interesse dei bambini ad essere informati sulla loro vera discendenza che, con ovuli e sperma donati, potrebbe essere nella maggior parte dei casi impossibile. Con l'utilizzo di ovuli e sperma donati, nell'ambito della procreazione medicalmente assistita, la reale discendenza di un bambino non è rivelata nelle anagrafi e le norme di tutela che disciplinano le adozioni sono inefficaci nel caso della procreazione medicalmente assistita.

68. Come risulta dal rapporto esplicativo al disegno di legge del Governo relativo alla legge sulla procreazione artificiale, le ragioni che permettono l'inseminazione artificiale consistono nel fatto che essendo facilmente applicabile rispetto agli altri, questo metodo di procreazione non può essere controllato efficacemente. Inoltre, questa tecnica è usata già da tempo. Così, un divieto di questa semplice tecnica non sarebbe osservato e conseguentemente non rappresenterebbe un mezzo adeguato per realizzare gli obiettivi perseguiti dalla legge.

### **C. Interventi da parte di terzi**

#### *1. Il Governo tedesco*

69. Il Governo tedesco afferma che, ai sensi dell'articolo 1(1) della legge tedesca sulla protezione degli embrioni (Embryonenschutzgesetz) costituisce reato l'impianto in una donna di un ovulo non prodotto da lei.

70. Lo scopo del divieto era quello di proteggere il benessere dei bambini assicurando l'identità inequivocabile della madre. Distinguere tra una madre biologica e una madre genetica avrebbe come conseguenza che due donne avrebbero un ruolo nella procreazione di un bambino e si contrasterebbe con il principio consolidato dell'inequivocabilità della maternità che rappresenta un valore fondamentale e sociale di base. Tale distinzione e la conseguente ambiguità dell'identità della madre potrebbero compromettere lo sviluppo della personalità del bambino e potrebbero creare notevoli problemi nella ricerca della sua identità. Ciò è pertanto contrario al benessere del bambino.

71. Un altro pericolo sta nel fatto che la madre biologica, consapevole del bagaglio genetico, potrebbe ritenere la donatrice dell'ovulo responsabile delle malattie o dei difetti del bambino e rifiutarlo. Un altro conflitto che potrebbe sorgere e danneggiare i rapporti tra la madre genetica e quella biologica con il bambino è costituito dal fatto che l'ovulo donato risulti fecondo nella provetta mentre la donatrice stessa non riesca a rimanere incinta attraverso la tecnica della fecondazione in vitro. Per i motivi sopra esposti,

detta distinzione della maternità è considerata una seria minaccia per il benessere del bambino, ragione per la quale sono giustificati i divieti ai sensi della legge sulla protezione degli embrioni

## *2. Il Governo italiano*

72. Il Governo italiano dichiara che la legislazione italiana sulla procreazione medicalmente assistita ha una differenza di fondo rispetto a quella austriaca. La legge italiana vieta generalmente l'utilizzo di qualsivoglia metodo eterologo di procreazione medicalmente assistita e, riguardo ai metodi omologhi, questi sono consentiti a condizione che la coppia sia sterile.

73. Secondo il Governo italiano, l'articolo 8 non tutela il diritto delle persone o delle coppie a concepire un bambino e ad utilizzare la procreazione medicalmente assistita a tal fine. Non vi è, pertanto, un obbligo positivo per gli Stati contraenti di rendere disponibile alle coppie sterili tutte le tecniche mediche di procreazione esistenti. L'assenza di un consenso europeo sulla procreazione medicalmente assistita ha conferito agli Stati Contraenti un ampio margine di discrezionalità, permettendo loro di adottare decisioni sulle proprie scelte politiche in relazione a una materia così complessa da avere implicazioni scientifiche, giuridiche, etiche e sociali a lungo termine. La fecondazione in vitro, che ha avuto un effetto diretto sulla vita umana e sulle fondamenta della società, è chiaramente un materiale altamente sensibile rispetto al quale nessun consenso europeo era stato espresso. La procreazione medicalmente assistita implica anche seri rischi. La donazione di gameti potrebbe esporre le donne economicamente svantaggiate a pressioni e incoraggiare il traffico di ovuli. Studi scientifici hanno inoltre dimostrato che esiste un collegamento tra la fecondazione in vitro e le nascite premature. Infine, accettare che la filiazione materna possa essere dissociata la rimetterebbe in causa e farebbe vacillare le fondamenta della società.

## *3. Hera ONLUS e SOS Infertilità Onlus*

74. Hera Onlus e SOS Infertilità Onlus sostengono che l'infertilità dovrebbe essere affrontata come un aspetto della salute umana. Limitare l'accesso alla fecondazione eterologa in vitro ha costituito il rifiuto all'accesso al trattamento disponibile e dunque una ingerenza nei diritti garantiti dall'articolo 8 della Convenzione. Dal loro punto di vista, il divieto all'accesso alla procreazione eterologa medicalmente assistita non era necessaria per prevenire le ripercussioni sullo sviluppo psichico e sociale del bambino. Tenuto conto delle severe norme di qualità e di monitoraggio stabilite dall'Unione Europea, un'interdizione totale sull'accesso ai diversi trattamenti eterologi non è sicuramente il mezzo migliore disponibile per un equilibrio armonioso tra gli opposti interessi coinvolti. Vi era inoltre un ulteriore effetto secondario negativo dell'interdizione, segnatamente il fenomeno del "turismo procreativo", vale a dire che le coppie che si recano all'estero per il trattamento sull'infertilità sono esposte al rischio di norme di qualità basse e di stress finanziario ed emotivo.

## *4. The European Centre for Law and Justice*

75. Il centro European Centre for Law and Justice ("il ECLJ") ha dichiarato che la Convenzione non impone agli Stati membri alcun obbligo positivo di dare accesso a tecniche di procreazione medicalmente assistita. Tuttavia, pur assumendo che, rifiutando di consentire il trattamento eterologo sulla fecondazione

in vitro, lo Stato abbia interferito con i diritti previsti dall'articolo 8 della Convenzione, tale ingerenza era proporzionata.

76. Dal loro punto di vista, gli Stati contraenti godevano di un ampio margine di discrezionalità per ciò che concerne le questioni morali ed etiche delicate, in assenza di un consenso europeo su questa materia. Il ECLJ aveva sottolineato che l'Austria non ha imposto un divieto categorico sulla procreazione medicalmente assistita, ma permetteva alcuni metodi mentre altri metodi non consentiti in Austria erano prontamente disponibili all'estero. Inoltre, le coppie sterili possono esaudire il loro desiderio di avere un figlio attraverso l'adozione.

#### *5. Aktion Leben*

77. Aktion Leben ha dichiarato che la fecondazione in vitro utilizzando gameti, in particolare ovuli di donatori, implica considerevoli rischi clinici e solleva questioni delicate e problematiche della filiazione multipla. Inoltre, la donazione di ovuli incrementerebbe il rischio di sfruttamento delle donne, di commercializzazione del corpo femminile e implica interventi medici molto rischiosi per i donatori. Gli atipici rapporti familiari così sviluppati potrebbero influire negativamente sulla famiglia e sui rapporti sociali esistenti. La fecondazione in vitro potrebbe inoltre provocare problemi di identità al bambino così concepito e, nel caso di donazione di sperma, potrebbe provocare il rischio di un trauma al bambino che volesse stabilire dei rapporti con il padre biologico.

### **D. Valutazione della Corte**

#### *1. Sull'applicabilità dell'articolo 8*

78. Il Governo riconosce che l'articolo 8 era applicabile al caso di specie. A tal riguardo, fa riferimento alle dichiarazioni della Corte Costituzionale la quale, nella sua sentenza del 14 ottobre 1999, ha ritenuto che la decisione di coniugi o di coppie conviventi di concepire un bambino e a tal fine utilizzare tecniche di procreazione medicalmente assistita rientra nell'ambito del loro diritto al rispetto della loro vita privata e conseguentemente nell'ambito della tutela dell'articolo 8.

79. I ricorrenti concordano con il Governo sull'applicabilità dell'articolo 8 della Convenzione.

80. La Corte ricorda che la nozione di "vita privata" ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione è un concetto ampio che comprende, tra l'altro, il diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani (si veda la causa Niemietz c. Germania, sentenza del 16 dicembre 1992, Serie A n° 251-B, p. 33, § 29), il diritto allo sviluppo della propria personalità (si veda la causa Bensaid c. Regno Unito, ricorso n° 44599/98, § 47, CEDU 2001-I) e il diritto all'autodeterminazione (si veda la causa Pretty c. Regno Unito, ricorso n° 2346/02, § 61, CEDU 2002-III). Esso comprende elementi come i nomi (si veda la causa Burghartz c. Svizzera, sentenza del 22 febbraio 1994, Serie A n° 280-B, p. 28, § 24), l'identità sessuale, l'orientamento sessuale e la vita sessuale, che ricadono nell'ambito della sfera della personalità tutelata dall'articolo 8 (si veda, per esempio, la causa Dudgeon c. Regno Unito, sentenza del 22 ottobre 1981, Serie A n° 45, pp. 18-19, § 41, e la causa Laskey, Jaggard e Brown c. Regno Unito, sentenza del 19 febbraio 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-I, p. 131, § 36), nonché il diritto al rispetto della decisione di avere o meno un figlio (si veda la causa Evans c. Regno Unito [GC], ricorso n° 6339/05, § 71,

CEDU 2007-IV), e la causa A, B e C c. Ireland [GC], no. 25579/05, § 212, sentenza del 16 dicembre 2010).

81. Nella causa Dickson c. Regno Unito, riguardante il rifiuto di dare accesso ai ricorrenti, un detenuto e sua moglie, alle tecniche per l'inseminazione artificiale, la Corte dichiarava che l'articolo 8 era applicabile in quanto le tecniche di inseminazione artificiale in questione riguardavano la loro vita privata e familiare, la cui nozione ricomprende il diritto al rispetto della loro decisione di diventare o meno genitori genetici (si veda la causa Dickson c. Regno Unito [GC], ricorso n° 44362/04, § 66, CEDU 2007-XIII, con ulteriori riferimenti).

82. La Corte, quindi, considera che il diritto di una coppia di concepire un bambino e di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per tale scopo rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 8, in quanto tale scelta è chiaramente un'espressione della vita privata e familiare. L'articolo 8 della Convenzione è pertanto applicabile al caso di specie.

#### *2. Sulla questione di stabilire se la causa verte su un obbligo positivo o una ingerenza*

83. Nella causa X, Y e Z c. Regno Unito (22 aprile 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-II) la Corte osservava che non vi era alcun approccio generalmente condiviso tra le Alte Parti contraenti riguardo al modo in cui il rapporto sociale tra un bambino concepito mediante l'inseminazione artificiale con donatore e la persona che ha svolto il ruolo di padre dovesse trovare riscontro nella legislazione. Infatti, secondo le informazioni a disposizione della Corte, sebbene la tecnologia sulla procreazione medicalmente assistita fosse nella disponibilità dell'Europa già da alcuni decenni, molte delle questioni che ha fatto emergere, in particolare quella sulla filiazione, sono rimaste oggetto di dibattito. Per esempio, non vi era alcun consenso tra gli Stati Membri del Consiglio d'Europa sulla questione di stabilire se gli interessi di un bambino così concepito fossero meglio tutelati con l'anonimato del donatore dello sperma o se il bambino dovesse avere il diritto di conoscere l'identità del donatore (§ 44). La Corte conclude che le questioni del caso toccavano aree in cui vi era scarsa omogeneità tra gli Stati Membri del Consiglio d'Europa e, in generale, la legislazione sembrava trovarsi in una fase di transizione (ibidem).

84. La suddetta sentenza è stata resa nel 1997, poco prima che i ricorrenti, nel maggio 1998, depositassero un ricorso presso la Corte Costituzionale austriaca per un controllo della legittimità dell'articolo 3 (1) e (2) della legge sulla procreazione artificiale nel caso di specie. Dal materiale a disposizione della Corte, risulta che dalla decisione della Corte Costituzionale nel caso di specie vi sono stati molti progressi nella scienza medica ai quali alcuni Stati contraenti hanno dato una risposta nella loro legislazione. Tali cambiamenti potrebbero pertanto avere delle ripercussioni sulla valutazione dei fatti operata dalla Corte. Tuttavia, non spetta alla Corte considerare se il divieto della donazione di sperma e ovuli in questione sarebbe o meno giustificato dalla Convenzione. Ciò che spetta alla Corte decidere è se tali divieti fossero giustificati al momento in cui sono stati presi in considerazione dalla Corte Costituzionale austriaca (si veda la causa J. M. c. Regno Unito, n. 37060/06, § 57, 28 settembre 2010; mutatis mutandis, la causa Maslov c. Austria [GC], n. 1638/03, § 91, 23 giugno 2008; e la causa Schalk e Kopf c. Austria, n. 30141/04, § 106, 22 novembre 2010). Tuttavia, nulla impedisce alla Corte di prendere in considerazione gli eventuali successivi sviluppi.

85. Il passo successivo nell'analizzare se la legislazione impugnata fosse conforme all'articolo 8 della Convenzione è quello di rilevare se essa abbia dato luogo ad una ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata e familiare (obblighi negativi dello Stato) o ad una inadempienza da parte dello Stato di osservare un obbligo positivo in tal senso.

86. I ricorrenti asseriscono che la legislazione impugnata costituisce una diretta ingerenza nei loro diritti di cui all'articolo 8 in quanto, in assenza di tale legislazione, il trattamento medico da essi richiesto – fecondazione in vitro con la donazione di ovuli o sperma – era una tecnica medica comune e prontamente disponibile. Secondo il Governo, la questione di stabilire se la misura di specie debba essere ritenuta una ingerenza da parte di un'autorità pubblica o una presunta violazione di un dovere positivo potrebbe essere lasciata aperta in quanto entrambi gli obblighi sono soggetti agli stessi principi.

87. La Corte ricorda che sebbene l'oggetto dell'articolo 8 è essenzialmente quello di proteggere l'individuo da ingerenze arbitrarie da parte di autorità pubbliche, esso non obbliga meramente lo Stato ad astenersi da tale ingerenza. In aggiunta a tale impegno soprattutto negativo, vi potrebbero essere degli obblighi positivi inerenti ad un effettivo rispetto per la vita privata e familiare. Tali obblighi potrebbero implicare l'adozione di misure volte ad assicurare il rispetto della vita privata e familiare anche nella sfera dei rapporti degli individui tra di loro. I confini tra gli obblighi positivi e negativi dello Stato ai sensi dell'articolo 8 non si prestano ad una definizione precisa. I principi applicabili sono ciononostante simili. In particolare, in entrambi i casi è necessario stabilire un armonioso equilibrio tra gli interessi opposti (si veda la causa *Odièvre c. France* [GC], n. 42326/98, § 40, CEDU 2003-III, e la causa *Evans*, sopra citata, § 75).

88. La Grande Camera ritiene che la legislazione di specie può essere vista come una norma che solleva la questione di stabilire se pesa sullo Stato l'obbligo positivo di consentire certe forme di procreazione artificiale utilizzando sperma o ovuli di terzi. Tuttavia, la questione può anche essere vista come una ingerenza dello Stato nei diritti dei ricorrenti al rispetto della loro vita familiare come conseguenza del divieto di cui all'art. 3 (1) e (2) della legge sulla procreazione artificiale di certe tecniche di procreazione artificiale che erano state sviluppate dalla scienza medica ma di cui non potevano avvalersene a causa di tale divieto. La Corte esaminerà questo motivo di ricorso sotto il profilo dell'ingerenza nel diritto dei ricorrenti di avvalersi delle tecniche di procreazione artificiale secondo gli articoli 3 (1) e (2) della legge sulla procreazione artificiale poiché ciò è stato loro di fatto impedito dalla normativa che essi hanno cercato invano di impugnare davanti ai tribunali austriaci. In ogni caso, come già notato, i principi applicabili alla giustificazione di cui all'articolo 8 § 2 sono simili per entrambi approcci analitici adottati (si veda *Evans*, sopra citato, § 75, e *Keegan c. Irlanda*, causa del 26 maggio 1994, § 49, CEDU, Serie A n. 290).

### *3. Sulla conformità all'articolo 8 § 2*

89. Tale ingerenza viola l'articolo 8 della Convenzione salvo che non possa essere giustificata ai sensi del paragrafo 2 dello stesso articolo, ovvero sia “conforme alla legge”, persegua uno o più scopi legittimi tra quelli elencati, e sia “necessaria in una società democratica” al fine di raggiungere l'obiettivo o gli obiettivi interessati.



(a) Prevista dalla legge e scopo legittimo

90. La Corte ritiene che il provvedimento in questione fosse previsto dalla legge, segnatamente dall'articolo 3 della Legge sulla Procreazione Artificiale, e che perseguisse uno scopo legittimo, segnatamente la protezione della salute o della morale e la protezione dei diritti e delle libertà altrui. Ciò non è in discussione tra le parti, che hanno concentrato i loro argomenti sulla necessità dell'ingerenza.

(b) Necessità in una società democratica e il relativo margine di discrezionalità

91. A tal riguardo, la Corte ricorda che al fine di stabilire se i provvedimenti impugnati fossero "necessari in una società democratica" deve considerare se, alla luce del caso nel suo insieme, i motivi adottati per giustificarli erano pertinenti e sufficienti ai fini dell'articolo 8 § 2 (si veda, tra le molte altre autorità, la causa *Olsson c. Svezia* (n. 1), 24 marzo 1988, § 68, Serie A n. 130; la causa *K. e T. c. Finlandia* [GC], n. 25702/94, § 154, CEDU 2001-VII; la causa *Kutzner c. Germania*, n. 46544/99, § 65, CEDU 2002-I; e la causa *P. C. e S. c. Regno Unito*, n. 56547/00, § 114, CEDU 2002-VI).

92. Nei casi derivanti da ricorsi individuali, il compito della Corte non è quello di esaminare sommariamente la relativa legislazione o prassi; deve, per quanto possibile, limitarsi, senza tralasciare il contesto generale, ad esaminare le questioni sollevate dal caso concreto di cui è investita (si veda la causa *Olsson c. Svezia* (n. 1), sopra citato, § 54). Di conseguenza, il compito della Corte non è quello di sostituirsi alle competenti autorità nazionali per stabilire la politica più appropriata per la regolamentazione della procreazione artificiale.

93. I ricorrenti sostengono che a causa dell'importanza particolare del diritto di fondare una famiglia e del diritto alla procreazione, gli Stati contraenti non godevano di alcun margine di discrezionalità nella regolamentazione di tali questioni. 94. La Corte ricorda che nel determinare l'ampiezza del margine di discrezionalità di cui godono gli Stati nel decidere le cause ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione è necessario prendere in considerazione diversi fattori. Laddove un importante aspetto dell'esistenza o dell'identità di un individuo sia in gioco, il margine consentito allo Stato è di norma limitato (si veda *Evans*, sopra citato, § 77 e le cause ivi citate). Laddove, tuttavia, non esiste alcun consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa, sia per ciò che riguarda l'importanza relativa degli interessi in gioco o il mezzo migliore per salvaguardarli, in particolare laddove la causa sollevi questioni di sensibilità morale o etica, il margine è più ampio (si veda la causa *Evans*, sopra citato, § 77; la causa *X. Y. e Z. c. Regno Unito*, sopra citato, § 44; la causa *Frette c. Francia*, n. 36515/97, § 41, CEDU 2002-I; la causa *Christine Goodwin c. Regno Unito* [GC], n. 28957/95, § 85, CEDU 2002 VI; e la causa *A. B. e C. c. Irlanda*, sopra citata, § 232). Grazie al loro diretto e continuo contatto con le forze vitali dei loro Paesi, le autorità dello Stato sono, in linea di massima, in una posizione migliore rispetto al giudice internazionale per pronunciarsi non solo "sull'esatto contenuto dei requisiti della morale" nel loro paese, ma anche sulla necessità di una limitazione destinata a dar loro una risposta (si veda la causa *A. B. e C. c. Irlanda*, *ibidem*, con ulteriori riferimenti). Di norma vi è un ampio margine di discrezionalità se allo Stato è richiesto di stabilire un armonioso equilibrio tra opposti interessi privati e pubblici o tra diritti tutelati dalla Convenzione (si veda la causa *Evans*, sopra citata, § 77, e la causa *Dickson*, sopra citata, § 78).

95. A tal riguardo, la Corte osserva che, secondo la “Procreazione medicalmente assistita e lo Studio Comparato sulla Protezione dell’Embrione Umano relativamente alla situazione in 39 Stati” compilato dal Consiglio d’Europa nel 1998 sulla base delle risposte degli Stati Membri del Consiglio d’Europa al Comitato Direttivo sulla Bioetica, la donazione di ovuli era espressamente vietata in Austria, Germania, Irlanda, Norvegia, Slovacchia, Slovenia, Svezia e Svizzera e la donazione di sperma in Austria, Germania, Irlanda, Norvegia, e Svezia. Attualmente, la donazione di sperma è vietata, oltre che in Austria, solamente in tre Paesi: Italia, Lituania e Turchia, mentre la donazione di ovuli è vietata in tali Paesi e in Croazia, Germania, Norvegia e Svizzera. Tuttavia, la legislazione in questo campo, qualora ne esistesse una, varia considerevolmente. Mentre la procreazione medicalmente assistita è regolata in modo dettagliato in alcuni Paesi, essa lo è solo in una certa misura in altri Paesi ed in altri ancora non lo è affatto.

96. La Corte concluderebbe che vi è ora una chiara tendenza nella legislazione degli Stati contraenti verso l’approvazione della donazione di gameti per la fecondazione in vitro, tendenza che rispecchia un emergente consenso europeo. Tale emergente consenso non è, tuttavia, basato su principi consolidati stabiliti nel diritto degli Stati membri ma riflette piuttosto una fase di sviluppo all’interno di un campo del diritto particolarmente dinamico, e non limita in modo decisivo il margine di discrezionalità dello Stato.

97. Poiché l’utilizzo della fecondazione in vitro ha sollevato e continua a sollevare questioni delicate di ordine etico e morale che rientrano in un contesto di progressi rapidissimi in campo medico e scientifico, e poiché le questioni sollevate dalla presente causa vertono su aree in cui non vi è ancora una omogeneità tra gli Stati membri, la Corte ritiene che il margine di discrezionalità di cui deve disporre lo Stato convenuto sia ampio (si veda la causa X Y e Z c. Regno Unito, sopra citata, § 44). In linea di massima, il margine dello Stato si estende sia alle sue decisioni di legiferare in materia che, eventualmente, alle regole dettagliate da esso previste ai fini di un equilibrio tra gli opposti interessi pubblici e privati (si veda la causa Evans, sopra citata § 82). Tuttavia, questo non significa che le soluzioni del legislatore non possano essere soggette ad analisi della Corte. Spetta alla Corte esaminare attentamente gli argomenti presi in considerazione nel corso del processo legislativo che hanno condotto alle scelte fatte dal legislatore e determinare se un armonioso equilibrio sia stato stabilito tra gli opposti interessi dello Stato e quelli di coloro che sono direttamente toccati da tali scelte legislative. A tal riguardo, la Corte ritiene che la situazione della prima e del secondo ricorrente e quella della terza e del quarto ricorrente debbano essere esaminate separatamente. La Corte ritiene opportuno iniziare l’esame della situazione dalla terza e quarto ricorrente.

(c) La terza e il quarto ricorrente (donazione di ovuli)

98. La terza ricorrente è completamente sterile mentre suo marito, il quarto ricorrente, può produrre sperma idoneo per la procreazione. Non è in discussione che, date le loro condizioni mediche, solamente la fecondazione in vitro con l’utilizzo di ovuli di un donatore consentirebbe loro di esaudire il loro desiderio di avere un figlio di cui almeno uno dei ricorrenti sarebbe il genitore genetico. Tuttavia, il divieto delle tecniche eterologhe di procreazione artificiale per la fecondazione in vitro previste dall’articolo 3(1) della legge sulla procreazione artificiale, che non consente la donazioni di ovuli, elimina tale possibilità. Non esiste alcuna eccezione a questa regola.

99. Il Governo sostiene che il divieto della donazione di ovuli per la fecondazione in vitro stabilito dal legislatore austriaco fosse necessario in una società democratica. Il legislatore austriaco aveva stabilito un armonioso equilibrio tra gli interessi pubblici e privati in questione. Questi doveva fissare alcuni limiti alle possibilità offerte dalle tecniche mediche sulla procreazione artificiale in quanto doveva tenere conto della natura moralmente ed eticamente delicata delle questioni di cui trattasi e le remore esistenti in molte parti della società circa il ruolo e le possibilità della moderna medicina riproduttiva.

100. La Corte ritiene che le preoccupazioni basate sulle considerazioni morali o sull'accettabilità sociale devono essere seriamente considerate in un campo delicato come quello della procreazione artificiale. Tuttavia, queste non sono di per sé motivi sufficienti per un totale divieto di una tecnica specifica di procreazione artificiale quale la donazione di ovuli. Nonostante l'ampio margine di discrezionalità di cui godono gli Stati contraenti, il quadro giuridico concepito per questo scopo deve essere plasmato in modo coerente cosicché si tenga adeguatamente conto dei diversi interessi legittimi coinvolti.

101. Il Governo sostiene inoltre che le avanzate tecniche mediche di fecondazione artificiale, come la fecondazione in vitro, implicano il rischio di non essere impiegate solo a scopi terapeutici ma anche per altri fini quali la "selezione" dei nascituri; la fecondazione in vitro pone questo rischio. In aggiunta il Governo afferma che vi è il rischio che la donazione di ovuli possa portare allo sfruttamento e all'umiliazione delle donne, in particolare di quelle provenienti da un contesto economicamente svantaggiato. Inoltre potrebbero essere esercitate pressioni sulla donna che, al contrario, non si troverebbe nella posizione di potersi permettere la fecondazione in vitro per la produzione di più ovuli del necessario (si veda l'articolo 66 sopra). La tecnica della fecondazione in vitro, che richiede che degli ovuli siano estratti dalla donna, è rischiosa e ha serie ripercussioni sulla donna che si sottopone a tale intervento; il legislatore deve prestare particolare attenzione per ridurre tali rischi laddove terze persone, come i donatori, siano coinvolte.

102. I ricorrenti sostengono che i rischi per la salute sui quali contava il Governo nell'affermare la necessità dell'ingerenza potrebbero essere ridotti, o addirittura prevenuti, da ulteriori misure che il legislatore austriaco potrebbe adottare ma che, in ogni caso, non erano sufficienti a non considerare gli interessi dei ricorrenti nell'esaudire il loro desiderio di avere un figlio.

103. La Corte ritiene che il campo della procreazione artificiale conosce una evoluzione particolarmente rapida sia dal punto di vista scientifico sia nella regolamentazione delle sue applicazioni mediche. E' per questa ragione che è particolarmente difficile stabilire una solida base per valutare la necessità e adeguatezza di misure legislative, le cui conseguenze potrebbero divenire ovvie solamente dopo un considerevole lasso di tempo. E' quindi comprensibile che gli Stati trovino necessario agire con particolare cautela nel campo della procreazione artificiale.

104. A tal riguardo la Corte osserva che il legislatore austriaco non ha escluso completamente la procreazione artificiale poiché consente l'utilizzo di tecniche omologhe. Secondo le dichiarazioni della Corte Costituzionale nella sua decisione del 14 ottobre 1999, il legislatore austriaco era guidato dall'idea che la procreazione medicalmente assistita dovrebbe aver luogo in modo analogo alla procreazione

naturale e, in particolare, che il principio basilare del diritto civile – *mater semper certa est* – dovrebbe essere mantenuto evitando la possibilità che due persone possano asserire di essere la madre biologica dello stesso bambino ed evitare controversie tra una madre biologica e quella genetica in senso lato. Nel fare ciò, il legislatore ha tentato di conciliare il desiderio di rendere disponibile la procreazione medicalmente assistita e le remore di una larga parte della società circa il ruolo e le possibilità della moderna medicina riproduttiva, che solleva questioni di natura moralmente ed eticamente delicata.

105. La Corte osserva inoltre che il legislatore austriaco ha stabilito delle salvaguardie e delle precauzioni specifiche ai sensi della legge sulla procreazione artificiale, segnatamente, riservare l'utilizzo delle tecniche di procreazione artificiale a medici specialisti con una particolare competenza ed esperienza in questo campo i quali sono vincolati dalla loro etica professionale (si veda l'articolo 32 sopra) e vietando la remunerazione della donazione di ovuli e sperma. Tali misure sono tese a prevenire i rischi potenziali della selezione eugenetica e il loro abuso e a prevenire il rischio dello sfruttamento delle donne, quali le donatrici di ovuli, in situazioni vulnerabili. Il legislatore austriaco potrebbe teoricamente concepire e promulgare altre misure o garanzie per ridurre il rischio collegato alla donazione di ovuli descritto dal Governo. Riguardo al rischio riferito dal Governo circa la creazione di rapporti caratterizzati da una discordanza tra la realtà sociale e quella biologica, la Corte osserva che relazioni famigliari atipiche in senso lato, che non rientrano nello schema classico genitore-figlio basato su un diretto legame biologico, non sono sconosciute agli ordinamenti giuridici degli Stati contraenti. L'istituto dell'adozione è stato istituito nel tempo per fornire un quadro giuridico soddisfacente a tali rapporti ed è conosciuto in tutti gli Stati membri. Pertanto, avrebbe potuto essere adottato un quadro giuridico che regolasse in modo soddisfacente i problemi derivanti dalla donazione di ovuli. Tuttavia, la Corte non può non tenere conto del fatto che la distinzione della maternità tra la madre genetica e quella "uterina" si differenzia in modo significativo dal rapporto genitore-figlio adottivo e aggiunge un nuovo aspetto alla questione.

106. La Corte ammette che il legislatore austriaco avrebbe potuto concepire un diverso quadro giuridico per la regolamentazione della procreazione artificiale che avrebbe consentito la donazione di ovuli. A tal riguardo nota che quest'ultima soluzione è stata adottata in diversi Stati membri del Consiglio d'Europa. Tuttavia, il fulcro della questione secondo il disposto dell'articolo 8 della Convenzione non è se una diversa soluzione avrebbe potuto essere adottata dal legislatore che avrebbe presumibilmente stabilito un più armonioso equilibrio, ma se, nello stabilire un armonioso equilibrio al punto in cui lo ha fatto, il legislatore austriaco sia andato oltre il margine di discrezionalità di cui godeva ai sensi di detto articolo (si veda la causa *Evans*, sopra citata, § 91). Per risolvere tale questione, la Corte ha attribuito una certa importanza, come sopra evidenziato, al fatto che non esiste un solido consenso in Europa sulla questione di stabilire se la donazione di ovuli per la fecondazione in vitro debba essere consentita.

107. A tal riguardo, la Corte osserva inoltre che i soli strumenti a livello europeo che trattano la questione della donazione di ovuli per la procreazione artificiale sono i principi adottati dal comitato ad hoc di esperti sul progresso in scienze biochimiche del 1989, di cui l'undicesimo stabilisce che, in linea di principio, la fecondazione in vitro deve essere effettuata con i gameti della coppia. La Convenzione sui Diritti dell'Uomo e Biomedicina del 1997 e il suo Protocollo Addizionale del 2002 non si esprimono sulla

questione. La Direttiva 2004/23/CE dell'Unione Europea prevede esplicitamente che "tale Direttiva non dovrebbe interferire con le decisioni degli Stati Membri riguardanti l'utilizzo o non utilizzo di qualsiasi tipo specifico di cellule umane, ivi comprese cellule germinali e cellule staminali embrionali".

(d) La prima e il secondo ricorrente (donazione di sperma)

108. La prima ricorrente soffre di infertilità alle tube di Falloppio e il secondo ricorrente, suo marito, è altrettanto sterile. E' pacifico che, a causa delle loro condizioni di salute, solo la fecondazione in vitro con utilizzo di sperma di un donatore potrebbe permettere alla coppia ricorrente di realizzare il proprio desiderio di avere un bambino di cui almeno uno dei due ricorrenti sarebbe genitore genetico.

109. Tuttavia, il divieto delle tecniche eterologhe di procreazione artificiale per la fecondazione in vitro, sancito dall'articolo 3(1) della legge sulla procreazione assistita, che nel caso della prima e del secondo ricorrente non ammette la donazione di sperma, esclude questa possibilità. Nello stesso tempo l'articolo 3(2) della legge consente la donazione di sperma per la fecondazione in vivo.

110. La Corte ricorda che uno Stato può, fermo restando quanto disposto dall'articolo 8 della Convenzione, adottare una legislazione che regoli aspetti importanti della vita privata che non preveda un bilanciamento degli opposti interessi per ciascun caso specifico. Laddove tali importanti aspetti siano in gioco, l'adozione da parte del legislatore di norme di natura assoluta volte a promuovere la certezza del diritto non è incompatibile con l'articolo 8 (si veda la causa *Evans*, sopra citata, § 89).

111. La Camera ha attribuito particolare importanza al fatto che questo tipo di procreazione artificiale (donazione di sperma per il trattamento in vitro) combinava due tecniche che, prese da sole, erano permesse dalla legge sulla procreazione artificiale, vale a dire, da un lato, la fecondazione in vitro e, dall'altro, la donazione di sperma per il concepimento in vivo. Essa ha ritenuto che il divieto della combinazione di due tecniche mediche che, se applicate separatamente, erano consentite, richiedeva argomenti particolarmente persuasivi. Il solo argomento che, secondo la Camera, era specifico di tale divieto, era che l'inseminazione artificiale in vivo veniva utilizzata già da tempo, era facile da gestire e il suo divieto sarebbe stato pertanto difficile da monitorare. Tale argomento riguardava meramente la questione dell'efficienza, che non può prevalere sugli interessi particolarmente importanti delle persone interessate, ragion per cui la Camera ha concluso che la differenza nel trattamento in questione non era giustificata (si vedano §§ 92-93 della Sentenza della Camera).

112. La Grande Camera non è convinta di questo ragionamento. Essa ritiene che nell'esaminare la conformità del divieto di una specifica tecnica di procreazione artificiale ai requisiti della Convenzione, deve essere preso in considerazione il quadro giuridico di cui fa parte ed il divieto deve essere esaminato in questo contesto più ampio.

113. E' vero che alcuni degli argomenti invocati dal Governo in difesa del divieto della donazione di gameti per la fecondazione in vitro possono riguardare solamente il divieto della donazione di ovuli, come la prevenzione dello sfruttamento delle donne in condizioni vulnerabili, la limitazione di eventuali rischi per la salute delle donatrici di ovuli e la prevenzione di relazioni familiari atipiche legate alla distinzione tra diverse maternità. Permangono tuttavia le perplessità di fondo sollevate dal Governo, vale a dire, che il

divieto della donazione di gameti che prevede l'intervento di terzi in un processo medico altamente tecnico era una questione controversa nella società austriaca e solleva questioni complesse di natura sociale ed etica nelle quali non esisteva ancora un consenso nella società e che doveva tenere conto della dignità umana, il benessere dei bambini così concepiti e la prevenzione delle ripercussioni negative o del potenziale abuso. La Corte ha già concluso (supra) che il divieto della donazione di ovuli per la fecondazione in vitro, che si fondava su tali motivi, era compatibile con i requisiti dell'articolo 8 della Convenzione e, nel prendere in considerazione il quadro generale in cui rientrava il divieto in questione, era pertinente al caso di specie.

114. Il fatto che il legislatore austriaco, nell'emanazione della legge sulla procreazione artificiale che sanciva la decisione di non consentire la donazione di sperma o di ovuli per la fecondazione in vitro, non vietava al contempo la donazione di sperma per la fecondazione in vitro – una tecnica tollerata da lungo tempo e comunemente accettata dalla società – è un elemento importante nel bilanciamento dei rispettivi interessi e non può ridursi a una semplice questione di efficacia del controllo dei divieti. Dimostra piuttosto l'approccio attento e cauto del legislatore austriaco nel tentare di conciliare le realtà sociali con la sua posizione di principio in materia. A tal riguardo la Corte osserva inoltre che la legislazione austriaca non vieta in alcun modo di rivolgersi all'estero per richiedere il trattamento contro la sterilità che utilizza tecniche di procreazione artificiale non permesse in Austria e che, nell'eventualità di un trattamento con esito positivo, il Codice Civile contiene norme molto chiare sulla paternità e la maternità rispettose dei desideri dei genitori (si veda, *mutatis mutandis*, la causa A. B. e C. c. Irlanda, sopra citata, § 239).

(e) Conclusioni della Corte

115. Alla luce delle considerazioni che precedono, la Corte pertanto conclude che il legislatore austriaco non ha all'epoca ecceduto il margine di discrezionalità concessogli né per quanto riguarda il divieto di donazione di ovuli ai fini della procreazione artificiale né per quanto riguarda il divieto di donazione di sperma per la fecondazione in vitro previsto dall'articolo 3 della Legge sulla Procreazione Artificiale.

116. Ne consegue che non vi è stata alcuna violazione dell'articolo 8 della Convenzione per quanto riguarda tutti i ricorrenti.

117. Ciononostante, la Corte osserva che il parlamento austriaco non ha, ad oggi, proceduto ad un esame approfondito della normativa che regola la procreazione artificiale, considerando la rapida evoluzione della scienza e della società a tal riguardo. La Corte nota inoltre che la Corte Costituzionale austriaca, nel constatare che il legislatore si era conformato al principio di proporzionalità di cui all'articolo 8 § 2 della Convenzione, aggiungeva che il principio adottato dal legislatore per consentire metodi omologhi di procreazione artificiale come regola e l'inseminazione con sperma donato come eccezione rifletteva lo stato della scienza medica dell'epoca e il consenso che esisteva nella società. Ciò non significa comunque che tali criteri non possano essere oggetto di sviluppi di cui il legislatore dovrà tenere conto in futuro.



118. Il Governo non ha indicato se le autorità austriache abbiano di fatto dato seguito a questo aspetto della decisione della Corte Costituzionale. A tal riguardo la Corte ricorda che la Convenzione è stata sempre interpretata e applicata alla luce delle circostanze attuali (si veda la causa *Rees c. Regno Unito*, 17 Ottobre 1986, § 47, Serie A n. 106). Anche se la Corte non evince alcuna violazione dell'articolo 8 nel caso di specie, essa ritiene che questa materia, in cui il diritto sembra essere in costante evoluzione e che è particolarmente soggetta ad un rapido sviluppo per ciò che attiene alla scienza e al diritto, richiede un esame permanente da parte degli Stati Contraenti (si veda la causa *Christine Goodwin*, sopra citata, § 74, CEDU 2002 VI, e la causa *Stafford c. Regno Unito [GC]*, n. 46295/99, § 68, CEDU 2002 IV).

### III. SULLA DEDOTTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 14 DELLA CONVENZIONE IN COMBINATO DISPOSTO CON L'ARTICOLO 8

119. I ricorrenti lamentano che il divieto di tecniche eterologhe di procreazione artificiale per la fecondazione in vitro previsto dall'articolo 3 (1) e (2) della legge sulla procreazione artificiale, ha violato i loro diritti garantiti dall'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8. 120. Nelle circostanze del caso di specie, la Corte ritiene che la sostanza dei motivi di ricorso dei ricorrenti sia stata sufficientemente valutata nel quadro di esame delle loro affermazioni secondo l'articolo 8 della Convenzione. Ne consegue che non vi è alcuna ragione di esaminare separatamente i medesimi fatti dal punto vista dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 della Convenzione.

#### PER QUESTI MOTIVI, LA CORTE

1. Rigetta, all'unanimità, l'eccezione preliminare del Governo; 2. Dichiaro, con tredici voti contro quattro, che non vi è stata alcuna violazione dell'articolo 8 della Convenzione; 3. Dichiaro, all'unanimità, che non è necessario esaminare il ricorso anche ai sensi dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 della Convenzione.

[...]

#### OPINIONE SEPARATA DEL GIUDICE DE GAETANO

1. Ho votato con la maggioranza nella presente causa in quanto ritengo che i fatti non rivelano una violazione dell'articolo 8, né in effetti dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8. Ciononostante, ho seri dubbi in merito ad alcune implicazioni del ragionamento della maggioranza.

2. La dignità umana – dalla quale scaturisce la nozione del valore inerente della vita umana – è al cuore medesimo dell'insieme della Convenzione. Essa può, naturalmente, rilevare più direttamente ed immediatamente alcune disposizioni della Convenzione rispetto ad altre. Una di tali disposizioni è l'articolo 8. Per rispondere alla questione, di cui ai paragrafi 85 e seguenti, di sapere se la causa deve essere esaminata dal punto di vista di una “ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto per le loro vite familiari...o di un inadempimento da parte dello Stato di un obbligo positivo a tal riguardo”, bisognerebbe innanzitutto stabilire i giusti parametri dell'articolo 8. Mentre non v'è alcun dubbio che la decisione di una coppia di concepire un bambino è una decisione che appartiene alla vita privata e

famigliare di tale coppia (e, nel contesto dell'articolo 12, al diritto della coppia di formare una famiglia), né l'articolo 8 né l'articolo 12 possono essere interpretati come conferenti il diritto a concepire un bambino a qualunque costo. Ritengo che il "desiderio" di un bambino non possa divenire un obiettivo assoluto che prevalga sulla dignità della vita umana.

3. Nella causa Dickson c. Regno Unito, di cui al paragrafo 81 della sentenza, la Corte ha in effetti dichiarato che la procreazione separata dall'atto coniugale rientrava nell'ambito dell'articolo 8. A mio avviso, tale decisione non ha dato risalto alla dignità umana ma si è semplicemente limitata a metterla in disparte rispetto ai progressi della scienza medica. L'atto personale tra un uomo e una donna, che costituisce la procreazione umana, è stato invece ridotto ad una tecnica medica o di laboratorio.

4. La presente sentenza suggerisce (si veda il paragrafo 106) che un "consenso europeo" sulla materia in esame è una considerazione importante per stabilire se vi sia stata o meno una violazione della Convenzione (nel caso di specie dell'articolo 8). Ed ancora, tale suggerimento devia l'attenzione dalla necessità di chiedersi se un particolare atto od omissione o limitazione faccia progredire o retrocedere la dignità umana (a parte il fatto che la storia ci insegna che il "consenso europeo" ha in passato portato ad atti di flagrante ingiustizia sia in Europa che altrove). Analogamente, è irrilevante sapere se il parlamento austriaco si sia o meno impegnato ad esaminare in modo approfondito "la normativa che regola la procreazione artificiale, tenendo conto dell'evoluzione rapida della scienza o della società" (si veda il paragrafo 117).

5. La procreazione artificiale (in opposizione alla procreazione naturale medicalmente assistita) solleva, naturalmente, altre questioni che vanno oltre la portata della presente sentenza, come il congelamento e la distruzione di embrioni umani.

6. Quali che siano i progressi della medicina e delle altre scienze, il riconoscimento dei valori e della dignità di ciascun individuo potrebbero richiedere il divieto di alcuni atti in nome dei valori inalienabili e della dignità intrinseca di tutti gli esseri umani. Tale divieto – come i divieti contro il razzismo, la discriminazione illegittima e l'emarginazione dei malati e dei disabili – non è una negazione dei diritti umani fondamentali ma un riconoscimento positivo ed un progresso degli stessi.

#### PARERI DISSENZIENTI DEI GIUDICI TULKENS, HIRVELÄ, LAZAROVA TRAJKOVSKA E TSOTSORIA (Traduzione)

1. Per quanto riguarda la questione particolarmente sensibile e delicata della procreazione medicalmente assistita (PMA), non condividiamo la conclusione della maggioranza secondo la quale non vi è stata violazione dell'articolo 8 della Convenzione nei confronti dei quattro ricorrenti.

2. Nel caso di specie, alla prima coppia non è stato consentito di utilizzare ovuli donati e alla seconda coppia non è stato consentito di utilizzare sperma donato, conformemente alla Legge sulla Procreazione Artificiale del 1992 che stabilisce che solamente i gameti dei coniugi (o di persone che vivono sotto il vincolo coniugale) possono essere utilizzati, vietando pertanto la PMA con un donatore terzo.

3. E' importante anzitutto notare, tuttavia, che come la Camera, la Grande Camera conferma ed estende l'applicabilità dell'articolo 8 della Convenzione alla presente situazione. Infatti, sin dalla sentenza *Evans c. Regno Unito* del 10 aprile 2007 (Grande Camera), la nostra Corte ha accettato che il concetto di vita privata, secondo quanto previsto dall'articolo 8 della Convenzione, copra il diritto al rispetto della decisione di avere o non avere un figlio (si veda § 71). Inoltre, nella sentenza *Dickson c. il Regno Unito* del 4 dicembre 2007 (Grande Camera), che riguardava la possibilità di praticare l'inseminazione artificiale, la Corte ha concluso che l'articolo 8 era applicabile sulla base che la tecnica di procreazione in questione riguardava la vita privata e familiare delle persone interessate, specificando che tale nozione incorporava il diritto al rispetto della loro decisione di diventare genitori genetici (si veda il § 66). Nella fattispecie, la Corte dichiara che "il diritto di una coppia di concepire un figlio e di utilizzare la procreazione medicalmente assistita a tal fine è altresì protetto dall'articolo 8, come tale una scelta è l'espressione della vita privata e familiare" (si veda l'articolo 82 della sentenza). Tale riconoscimento è ancor più importante in quanto, a differenza della Camera, la Grande Camera limita successivamente il suo esame all'articolo 8 visto singolarmente, considerando che la sostanza delle doglianze dei ricorrenti rientrano in tale articolo. L'articolo 8 della Convenzione appare pertanto svolgere un ruolo ora più ampio in merito alle questioni legate alla procreazione e alla riproduzione.

4. In una materia in continua evoluzione, sia dal punto di vista scientifico e medico sia in termini sociali ed etici, una caratteristica del caso di specie è il fattore tempo. La decisione della Corte Costituzionale austriaca che rigettava il ricorso presentato dai ricorrenti è stata adottata il 14 ottobre 1999. In tale decisione la Corte osservava che "le scelte che il legislatore [del 1992] aveva fatto rispecchiavano lo stato della scienza medica dell'epoca ed il consenso della società. Questo non significava, tuttavia, che tali criteri non erano soggetti ad evoluzioni di cui il legislatore avrebbe dovuto tener conto in futuro" (si veda il paragrafo 22 della sentenza). Il ricorso è stato presentato alla nostra Corte l'8 maggio 2000 e la sentenza della Camera è stata adottata l'1 aprile 2010. In tali particolari circostanze, troviamo sia artificiale per la Corte limitarsi ad esaminare la situazione così come esisteva quando la Corte Costituzionale pronunciò la sentenza nel 1999 e nel contesto dell'epoca, deliberatamente privando la sentenza della Grande Camera, pronunciata alla fine del 2011, di qualsiasi valore reale. Vero è che la sentenza si preoccupa di specificare che "nulla impedisce alla Corte di prendere in considerazione per la sua valutazione gli sviluppi intervenuti successivamente" (si veda il paragrafo 84 della sentenza), tuttavia tale specificazione rimane in realtà una lettera morta.

5. Troviamo questo approccio, per il quale non esiste nella giurisprudenza della Corte alcun sostegno decisivo – infatti è proprio il contrario (si veda, tra l'altro, la causa *Yaşa c. Turchia*, 2 settembre 1998, § 94, Reports of Judgments and Decisions 1998 VI, e la causa *Maslov c. Austria* [GC], n. 1638/03, §§ 91 e 92, 23 giugno 2008) – ancor più problematico in quanto l'idea di fondo delle argomentazioni della Grande Camera si basano sul consenso in Europa riguardante la donazione di gameti (ovuli e sperma) che, come ben sappiamo, si è evoluta in modo considerevole (si vedano paragrafi 35 e seguenti della sentenza). Inoltre, la sentenza riconosce chiaramente il seguente punto: "Dal materiale a disposizione della Corte, sembrerebbe che dopo la decisione della Corte Costituzionale nel caso di specie, la scienza medica abbia registrato enormi progressi ai quali alcuni Stati contraenti hanno dato riscontro nella loro legislazione. Tali

cambiamenti potrebbero pertanto avere delle ripercussioni sulla valutazione dei fatti da parte della Corte” (si veda il paragrafo 84 della sentenza). Non hanno tuttavia avuto successive ripercussioni.

6. Più specificamente, e a nostro avviso questo elemento ha un certo peso, la maggioranza nota espressamente che il parlamento austriaco non ha ad oggi proceduto ad un riesame approfondito della normativa che regola la procreazione artificiale alla luce dell’evoluzione rapida che la scienza e la società conosce a tal riguardo, nonostante il fatto che la Corte Costituzionale – nel 1999 – avesse precisato che tali criteri erano soggetti a sviluppi che il legislatore avrebbe di fatto dovuto prendere in considerazione (si veda il paragrafo 117 della sentenza). Ebbene, sono trascorsi dieci anni e nessun seguito è stato dato alla questione in alcun modo. Ciononostante, la Grande Camera considera che il legislatore abbia rispettato il principio di proporzionalità di cui all’articolo 8 § 2 della Convenzione limitandosi ad invitare “gli Stati Contraenti ad un esame costante” (si veda il paragrafo 118 della sentenza).

7. Anche se fosse accettabile nel 2011 di tenere conto in via esclusiva della situazione esistente nel 1999, sarebbe comunque necessario che il consenso in Europa così come esisteva all’epoca sia attentamente verificato al fine di determinare l’ampiezza del margine di discrezionalità in quanto “laddove un particolarmente importante aspetto dell’esistenza o dell’identità di un individuo sia in gioco, il margine consentito ad uno Stato sarà di norma limitato” (si veda il paragrafo 95 della sentenza). Pertanto, ad esempio, nella sentenza *Connors c. Regno Unito* del 27 maggio 2004 la Corte ricordava che il margine “tenderà ad essere più ristretto laddove il diritto il gioco sia cruciale all’effettivo godimento “dell’intimità” o dei “diritti fondamentali” dell’individuo (si veda § 82), che è chiaramente il caso in questione.

8. Anche secondo uno studio comparato sulla procreazione medicalmente assistita effettuato dal Consiglio d’Europa in 39 Paesi nel 1998, la donazione di ovuli era vietata all’epoca solamente in otto Paesi mentre la donazione di sperma in cinque Paesi. Nonostante ciò, la Corte ritiene che “il consenso non sia, tuttavia, basato su principi consolidati nella legislazione degli Stati membri ma che rifletta piuttosto una fase dell’evoluzione nell’ambito di un campo particolarmente dinamico del diritto e non limita in modo decisivo il margine di discrezionalità dello Stato” (si veda il paragrafo 96 della sentenza). Per la prima volta in assoluto la Corte conferisce una nuova dimensione al consenso europeo e gli fissa una soglia particolarmente bassa, lasciando al margine di discrezionalità degli Stati una estensione potenzialmente illimitata. L’attuale clima conduce probabilmente ad un tale passo indietro. Le differenze dell’approccio della Corte rispetto al valore determinante del consenso europeo ed in qualche misura l’atteggiamento lassista per ciò che riguarda gli elementi obiettivi utilizzati per determinare il consenso<sup>2</sup> sono qui spinti al loro limite, generando grave incertezza giuridica.

9. E’ da rilevare che in un rapporto riguardante un meeting sugli “Medical, ethical and social aspects of assisted reproduction” organizzato dall’Organizzazione Mondiale della Sanità già nel 2001, gli autori evidenziano che “[è] un fatto comunemente accettato che l’infertilità colpisce più di 80 milioni di persone in tutto il mondo. In linea generale, una coppia su dieci soffre di infertilità di primo o secondo grado” ed “è

---

<sup>2</sup> “*Il ruolo del consenso nel sistema della Convenzione Europea sui Diritti dell’Uomo*”, Dialogo tra Giudici, Corte Europea dei Diritti Umani, Consiglio d’Europa, 2008.

quindi un elemento centrale nelle vite delle persone che ne soffrono. E' una fonte di sofferenza sia a livello sociale che psicologico sia per gli uomini che per le donne e può mettere a dura prova il rapporto della coppia"<sup>3</sup>. Oggi, "la società deve affrontare le nuove sfide messe in rilievo da [una] rivoluzione tecnologica [nel campo della produzione assistita] e le sue implicazioni sociali"<sup>4</sup>. A tal riguardo, ci sembra importante richiamare l'articolo 12 § 1 e l'articolo 15 § 1 b) del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (1966) il quale riconosce il diritto di tutti di godere dei benefici del progresso scientifico e relative applicazioni, ed il diritto di tutti al massimo livello possibile di salute fisica e mentale. Infine, ciò che è in gioco qui non è una questione di scelta tra tecniche diverse ma, più fundamentalmente, la limitazione dell'accesso alla fecondazione in vitro eterologa che costituisce un rifiuto di accesso al trattamento disponibile.

10. Nonostante il fatto che i dati dell'epoca supportassero maggiormente l'approccio opposto, e senza prendere in considerazione i progressi che erano occorsi nel frattempo, la Grande Camera afferma senza alcuna esitazione che non vi è ancora "una chiara posizione comune tra gli Stati membri" e che il margine di discrezionalità concesso allo Stato convenuto "debba essere di ampio raggio", permettendogli in tal modo di conciliare le realtà sociali con le sue posizioni di principio. Questo tipo di ragionamento implica che tali fattori debbano oramai lasciare il passo al consenso europeo, che è una svolta pericolosa nella giurisprudenza della Corte considerando che uno dei compiti della Corte è precisamente quello di contribuire all'armonizzazione in tutta Europa dei diritti garantiti dalla Convenzione<sup>5</sup>.

11. Insieme al consenso europeo, il margine di discrezionalità è quindi l'altro pilastro del ragionamento della Grande Camera. Ciò è talvolta descritto come ampio o esteso (si veda il paragrafo 97 della sentenza), ed è talvolta invocato senza alcun aggettivo qualificante (si vedano i paragrafi 106 e 115 della sentenza), lasciando trasparire una certa esitazione circa il giusto peso da attribuire a tale concetto e alla gravità della limitazione in questione. Ne consegue che la posizione della Corte è poco chiara ed incerta, o persino offuscata. Mentre il riconoscere che il legislatore avrebbe potuto fornire soluzioni giuridiche accettabili o forse più equilibrate alle difficoltà associate alla donazione di ovuli e sperma, la Grande Camera si limita ad esaminare se, con l'adozione della soluzione impugnata, esso oltrepassava il margine di discrezionalità (si veda il paragrafo 106 della sentenza). E' nostro parere che la questione non sia questa. Da un lato, dove gli Stati hanno autorizzato la PMA, la Corte deve verificare se il relativo beneficio sia concesso in conformità con i loro obblighi ai sensi della Convenzione e se essi abbiano scelto i mezzi meno lesivi dei diritti e delle libertà. Il margine di discrezionalità va di pari passo con il controllo europeo. Dall'altro lato, in un caso delicato come quello presente, la Corte non dovrebbe utilizzare il margine di discrezionalità come "sostituto pragmatico di un approccio studiato a fondo del problema della portata del sindacato

---

<sup>3</sup> E. VAYENA ET AL. (eds.), *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction*, Geneva, World Health Organisation, 2002, XIII.

<sup>4</sup> M.F. FATHALLA, "Current challenges in assisted reproduction", in E. VAYENA ET AL. (eds.), *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction*, op. cit., 20.

<sup>5</sup> C.L. ROZAKIS, "The European Judge as Comparatist", in *Tul. L. Rev.*, vol. 80, no. 1, 2005, 272.

giurisdizionale”<sup>6</sup>. Infine, attraverso l’effetto combinato del consenso europeo e del margine di discrezionalità, la Corte ha scelto un approccio minimo – o anche minimalista – che difficilmente illuminerà i tribunali nazionali.

12. Uno degli argomenti sostenuti dal Governo e accettato dalla maggioranza è a nostro avviso particolarmente problematico, vale a dire, che “secondo il diritto austriaco non esiste alcun divieto a recarsi all’estero per sottoporsi al trattamento dell’infertilità che utilizza tecniche di procreazione artificiale non consentite in Austria e che, qualora il trattamento abbia esito positivo, il Codice Civile contiene norme chiare sulla paternità e maternità che rispettano i desideri dei genitori (si veda il paragrafo 114 della sentenza)<sup>7</sup>”.

13. Noi riteniamo che l’argomento secondo il quale le coppie possono recarsi all’estero (senza tenere conto delle potenziali difficoltà pratiche o dei costi) non affronta la questione reale, che è quella dell’ingerenza nella vita privata dei ricorrenti a seguito del divieto assoluto che esiste in Austria, omette di soddisfare in pieno i requisiti della Convenzione riguardanti il diritto dei ricorrenti di conformità con l’articolo 8. Inoltre, avallando il ragionamento del Governo secondo il quale, nel caso in cui il trattamento all’estero abbia esito positivo, la paternità e la maternità del bambino saranno regolate dal Codice Civile secondo i desideri dei genitori, la Grande Camera mina considerevolmente la forza degli argomenti basati “sulle remore di una larga parte della società circa il ruolo e le possibilità della moderna medicina riproduttiva”, in particolare per ciò che concerne la creazione di rapporti familiari atipici (si veda il paragrafo 113 della sentenza). Da ultimo, se le preoccupazioni per garantire il migliore interesse del bambino – presumibilmente compromesso dal ricorso ai mezzi di riproduzione vietati – scompaiano in quanto si è oltrepassato il confine, lo stesso vale per le preoccupazioni riguardanti la salute della madre invocata più volte dal Governo convenuto per giustificare il divieto.

14. Per tutti i motivi sopra esposti, concludiamo che nel caso di specie vi è stata una violazione dell’articolo 8 della Convenzione nei confronti dei quattro ricorrenti.

### **1.3. Informazioni sulla sentenza della Corte costituzionale austriaca del 10 dicembre 2013 (G 16/2013 u.a.)**

La Corte costituzionale austriaca, con decisione del 10 dicembre 2013, ha dichiarato incostituzionale la normativa austriaca in materia di procreazione assistita nella parte in cui non consentiva ad una coppia di donne omosessuali unite in una *partnership* registrata di accedere alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo. La Corte ha ritenuto che la limitazione dell’accesso alle procedure legalmente consentite alle sole ipotesi di infertilità delle coppie eterosessuali non fosse

---

<sup>6</sup> Parere congiunto dissenziente dei Giudici Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann e Ziemele, allegato alla sentenza *Evans c. Regno Unito* [GC] del 10 aprile 2007, punto 12.

<sup>7</sup> Si veda, su questo punto, R.F. STORROW, “*The pluralism problem in cross-border reproductive care*”, in *Human Reproduction*, vol. 25, no. 12, 2010, 2939 et seq.



compatibile con l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani (tutela della «vita familiare») e con il principio di uguaglianza.

Nel caso di specie, le ricorrenti, una cittadina austriaca ed una cittadina tedesca, erano dal 2008 unite in un partenariato di vita registrato (*Lebenspartnerschaft*) di cui alla legge tedesca. La coppia, essendosi in seguito trasferita in Austria, aveva cercato di accedere alla procreazione assistita in detto paese. Ai sensi della legge austriaca, l'accesso alla procreazione assistita era però consentito solo alle coppie coniugate o a coppie eterosessuali conviventi. Senza successo la coppia aveva pertanto adito il Tribunale e la Corte di appello di Wels. La Corte suprema di cassazione aveva infine sollevato la questione di costituzionalità (decisione del 22 marzo 2011).

La Corte costituzionale ha ritenuto che limitare l'accesso alla fecondazione assistita sulla base dell'orientamento sessuale rappresenta un'inammissibile ingerenza nella vita familiare di cui all'art. 8 della Convenzione EDU ed una violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 7 della Costituzione austriaca.

La Corte ha evidenziato come il desiderio di avere un figlio rappresenti «un aspetto di particolare importanza dell'esistenza e della identità personale» ed ha ritenuto che la nozione di «vita familiare» ai sensi dall'art. 8 della Convenzione EDU si estenda anche a persone dello stesso sesso con “figli” (cfr. la decisione della Corte di Strasburgo nel caso *Schalk e Kopf c. Austria*, decisione del 24 giugno 2010). Secondo i giudici costituzionali, anche queste persone e forme di convivenza sono quindi una “famiglia” secondo il diritto costituzionale austriaco. La preclusione per le coppie omosessuali delle tecniche di procreazione assistita non può quindi essere giustificata richiamando la “tutela costituzionale della famiglia”, visto che anche le coppie dello stesso sesso rientrano nella medesima definizione costituzionale di famiglia delle coppie coniugate eterosessuali.

Ad avviso della Corte, la preclusione dell'accesso non può nemmeno essere giustificata alla luce di un eventuale interesse del minore. Al riguardo, la Corte ha rilevato come, a prescindere dalle modalità di procreazione e dalle circostanze, per il bambino è certamente sempre «meglio esserci che non esserci» (*«besser ist, überhaupt zu sein als nich zu sein»*). La Corte ha sottolineato inoltre come non sussistano dati empirici validi da cui emergerebbe che un bambino cresca meno bene in compagnia di genitori dello stesso sesso rispetto a quanto non farebbe con genitori di sesso diverso. D'altronde, la procreazione assistita è anche consentita alle coppie conviventi di sesso diverso, di talché il fatto che una coppia dello stesso sesso sia registrata in unione civile sembra assicurare una maggiore stabilità per il bambino.

La Corte ha osservato, infine, come la decisione non abbia invece ad oggetto la diversa questione della maternità in affitto, che in Austria è vietata.

## 2. Costa Rica

a cura di *Carmen Guerrero Picó*

### **2.1. Il decreto legislativo n. 24029-S del 3 marzo 1995 e la sentenza n. 2306 del 15 marzo 2000 della Sala costituzionale della Corte suprema di giustizia**

Il decreto *ejecutivo* n. 24029-S del 3 marzo 1995<sup>8</sup> emanato dal Ministero della Sanità del Costa Rica, disciplinava la realizzazione di tecniche di PMA *in vitro* o FIV, consentendone l'impiego alle sole coppie sposate con problemi di sterilità. La norma permetteva la fecondazione eterologa come trattamento medico-terapeutico ultimo, possibile quando, utilizzando tecniche di PMA omologa, la coppia non riuscisse a concepire (art. 5). L'utilizzo delle cellule di una terza persona doveva essere autorizzato dal Ministero della Sanità, previa richiesta della coppia e dell'*équipe* medica all'ordine dei medici del Costa Rica e dopo aver integrato una lunga serie di requisiti elencati dall'art. 6.

Adita la *Sala* costituzionale della Corte suprema di giustizia riguardo alla legittimità del decreto *ejecutivo* n. 24029-S, questa lo aveva dichiarato incostituzionale con sentenza n. 2306 del 15 marzo 2000<sup>9</sup>. I motivi alla base della decisione erano stati: *i*) la violazione della riserva di legge, necessaria per l'attuazione dei diritti fondamentali (nella specie, il diritto alla vita ed alla dignità umana); *ii*) il contrasto con il diritto alla vita della tecnica della fecondazione *in vitro*, in quanto comportava perdite di embrioni. La *Sala* costituzionale era partita dal presupposto che l'embrione dovesse essere considerato persona ai sensi dell'art. 4, comma 1, della Convenzione americana, secondo cui "ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita. Tale diritto è protetto dalla legge e, in generale, dal momento del concepimento. Nessuno sarà arbitrariamente privato della vita".

La sentenza recava le opinioni dissenzienti di due giudici, rimasti in minoranza, secondo i quali la fecondazione *in vitro* non era incompatibile con il diritto alla vita né con la dignità umana, anzi costituiva uno strumento concesso dalla scienza e dalla tecnica all'essere umano per favorirlo, poiché l'infertilità doveva essere vista come la conseguenza di un autentico stato di malattia. Le tecniche di PMA dovevano essere, a loro avviso, considerate un mezzo per esercitare il legittimo esercizio del diritto alla procreazione umana, che, pur se non esplicitamente sancito dalla Costituzione costaricense, si poteva desumere dal diritto alla libertà ed all'autodeterminazione, dal diritto all'intimità personale e familiare e dalla libertà di formare una famiglia.

---

<sup>8</sup> Il testo del decreto è reperibile *on line* alla pagina [http://www.pgr.go.cr/scij/scripts/TextoCompleto.dll?Texto&nNorma=25469&nVersion=26946&nTamanoLetra=10&strWebNormativa=http://www.pgr.go.cr/scij/&strODBC=DSN=SCIJ\\_NRM;UID=sa;PWD=scij;DATABASE=SCIJ\\_NRM;&strServidor=\\pgr04&strUnidad=D:&strJavaScript=NO](http://www.pgr.go.cr/scij/scripts/TextoCompleto.dll?Texto&nNorma=25469&nVersion=26946&nTamanoLetra=10&strWebNormativa=http://www.pgr.go.cr/scij/&strODBC=DSN=SCIJ_NRM;UID=sa;PWD=scij;DATABASE=SCIJ_NRM;&strServidor=\\pgr04&strUnidad=D:&strJavaScript=NO).

<sup>9</sup> Il testo della decisione è reperibile alla pagina <http://www.pgr.go.cr>.

A seguito della dichiarazione di incostituzionalità, che rendeva il Costa Rica l'unico paese della regione a vietare la *fiwet*, diverse coppie costrette a interrompere i trattamenti di PMA avevano presentato un ricorso contro la sentenza della *Sala* costituzionale dinanzi la Corte interamericana dei diritti umani.

## 2.2. Il caso Artavia Murillo ed altri (“fecondazione in vitro”) vs. Costa Rica

La sentenza della Corte interamericana dei diritti umani del 28 novembre 2012<sup>10</sup> ha condannato il Costa Rica per violazione del diritto alla vita privata e familiare, del diritto all'integrità personale in relazione all'autonomia personale, alla salute sessuale, del diritto di godere dei benefici del progresso scientifico e tecnologico e del principio di non discriminazione, sanciti negli artt. 5, comma 1, 7, 11, comma 2 e 17, comma 2, in relazione all'art. 1, comma 1, della Convenzione americana sui diritti umani<sup>11</sup>, che obbliga gli Stati ad essa aderenti a rispettare e garantire i diritti fondamentali ivi sanciti. La Corte interamericana ha riconosciuto come diritto convenzionale l'accesso alle tecniche di fecondazione *in vitro*, senza lasciare un margine di apprezzamento agli Stati. Di conseguenza, la Corte ha ordinato al Costa Rica di adottare le misure adeguate per cessare nel più breve tempo possibile il divieto di praticare la FIV, regolamentare le tecniche di PMA e stabilire sistemi di controllo di qualità delle istituzioni o professionisti qualificati per svilupparle; la sanità pubblica dovrà altresì includere gradualmente la disponibilità della fecondazione *in vitro* nei suoi programmi e trattamenti. La Corte ha poi previsto un risarcimento per le coppie interessate, l'obbligo di pubblicazione del comunicato stampa della Corte su un quotidiano di diffusione nazionale e su un sito *web* della magistratura e l'obbligo di attuare programmi e corsi di formazione continua e di formazione in materia di diritti umani, diritti riproduttivi e di non discriminazione per funzionari giudiziari.

Per la sua rilevanza, riportiamo la traduzione di alcuni estratti del comunicato stampa redatto dalla Corte interamericana dei diritti umani riguardanti le motivazioni della sentenza<sup>12</sup>:

---

<sup>10</sup> Il testo della sentenza è reperibile *on line* alla pagina [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf).

Per un commento in lingua italiana della decisione si veda M. HAIDEER, *Corte interamericana dei diritti dell'uomo, sentenza Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) c. Costa Rica, del 28 novembre 2012, serie C. n. 257, in DPCE online, n. 2013-2, http://www.dpce.it/online/index.php/archivio/numero-2-2013/134-note-a-sentenza/302-la-corte-interamericana-condanna-il-costa-rica-per-il-divieto-di-fecondazione-in-vitro.*

<sup>11</sup> Il testo in italiano della Convenzione può essere scaricato dalla pagina <http://www.cortieuropee.unito.it/wp-content/uploads/2009/04/cadh-italiano.doc>.

<sup>12</sup> La traduzione è stata curata dalla Fondazione Luca Coscioni: <http://www.associazionelucacoscioni.it/comunicato/corte-americana-dei-diritti-umani-caso-artavia-murillo-ed-altri-fecondazione-vitro-vs>. Abbiamo introdotto alcune correzioni.

Si noti sin da ora che, nel comunicato, la Corte interamericana viene indicata indistintamente con i termini “Corte” o “Tribunale”.

## II.

[...]

### **b) Conclusioni e determinazioni della Corte**

#### ***1. Ambito dei diritti all'integrità personale, alla libertà personale e alla vita privata e familiare nel presente caso***

L'articolo 11 della Convenzione richiede la protezione statale degli individui contro le azioni arbitrarie delle istituzioni statali che riguardano la vita privata e familiare. Vieta qualsiasi ingerenza arbitraria o abusiva nella vita privata delle persone, indicandone diverse aree, come la vita privata delle loro famiglie. Inoltre, questa Corte ha interpretato in senso lato l'articolo 7 della Convenzione americana evidenziando che introduce un nuovo concetto di libertà in senso lato, inteso come la capacità di fare e di non fare tutto ciò che è legalmente permesso. In altre parole, è il diritto di ogni persona di organizzare, nel rispetto della legge, la sua vita individuale e sociale sulla base delle proprie scelte e convinzioni. La Corte ha anche sottolineato il concetto di libertà e la possibilità di ogni essere umano di autodeterminazione, e di scegliere liberamente le opzioni e le circostanze che danno senso alla sua vita, sulla base delle proprie scelte e convinzioni. La vita privata comprende sia come l'individuo vede se stesso sia come sceglie di proiettarsi agli altri, ed è una condizione indispensabile per il libero sviluppo della personalità. La Corte ha inoltre rilevato che la maternità è una parte essenziale del libero sviluppo della personalità delle donne. Dato quanto precede, il Tribunale ha ritenuto che la decisione di diventare genitore o meno forma parte del diritto alla vita privata e comprende, in questo caso, la decisione di diventare genitore in senso genetico o biologico.

Inoltre, la Corte ha rilevato che l'articolo 17 della Convenzione americana riconosce il ruolo centrale della famiglia e della vita familiare, nell'esistenza di una persona e per la società in generale. La Corte ha già dichiarato che il diritto alla protezione della famiglia comporta, tra gli altri obblighi, quello di favorire, nella massima misura possibile, lo sviluppo e la forza del nucleo familiare. D'altra parte, la Commissione per i diritti umani ha dichiarato che la possibilità di procreare forma parte del diritto di fondare una famiglia.

La Corte ha anche affermato che il diritto alla vita privata è collegato a: *i*) l'autonomia riproduttiva, e *ii*) l'accesso ai servizi di salute riproduttiva, il che comporta il diritto di accesso alla tecnologia medica necessaria per esercitare tale diritto. Pertanto, i diritti alla vita privata e all'integrità personale sono direttamente e immediatamente connessi alla tutela della salute. La mancanza di garanzie giuridiche per prendere in considerazione la salute riproduttiva può comportare una seria menomazione del diritto all'autonomia e della libertà riproduttiva. Per quanto riguarda i diritti riproduttivi, si è rilevato che questi diritti poggiano sul riconoscimento del diritto fondamentale di tutte le coppie e degli individui di decidere liberamente e responsabilmente il numero di figli, l'intervallo fra le nascite dei loro figli e di avere le informazioni ed i mezzi per farlo, così come il diritto di raggiungere il più alto *standard* di salute sessuale e riproduttiva.

Infine, il diritto alla vita privata e la libertà riproduttiva sono collegati al diritto di accesso alla tecnologia medica necessaria per esercitarli. Dal diritto di accesso al più alto ed efficace progresso scientifico per l'esercizio della autonomia riproduttiva e per rendere possibile il mettere su famiglia, deriva il diritto di accedere ai migliori servizi sanitari riguardanti le tecniche di riproduzione assistita, e, di conseguenza, il divieto di imporre restrizioni sproporzionate e inutili di diritto o di fatto all'esercizio delle decisioni riproduttive.

La Corte ha ritenuto che in questo caso si avvera una particolare combinazione di diversi aspetti della vita privata, che riguardano il diritto di fondare una famiglia, il diritto all'integrità fisica e mentale, e in particolare i diritti riproduttivi delle persone.

## **2. Effetti del divieto assoluto di fecondazione in vitro**

La Corte ha rilevato che, secondo la *Sala* costituzionale del Costa Rica, se la tecnica della fecondazione *in vitro* potesse essere eseguita nel rispetto del concetto di tutela assoluta della vita dell'embrione, potrebbe essere utilizzata nel paese. Tuttavia, la Corte ritiene che, nonostante la sentenza della *Sala* costituzionale del Costa Rica abbia utilizzato il condizionale per ammettere la pratica della fecondazione *in vitro* nel paese, il fatto è che dodici anni dopo l'emissione della sentenza, la tecnica non viene eseguita in Costa Rica. Così, la Corte ha ritenuto che la "condizione sospensiva" posta dalla sentenza non ha finora prodotto alcun effetto pratico reale. Pertanto, senza necessità di classificarlo come un divieto "assoluto" o "relativo", è stato possibile concludere che la decisione della *Sala* costituzionale ha causato come fatto incontrovertito che la FIV non sia praticata sul territorio del Costa Rica e, pertanto, le coppie che desiderano utilizzare questa tecnica non possono farlo nel loro paese. Inoltre, poiché la *Sala* costituzionale del Costa Rica ha condizionato la possibilità di utilizzare questa tecnica al fatto che non ci fosse alcuna perdita embrionale, ciò ha comportato il suo divieto, dato che dalla prassi si evince che, fino ad ora, non esiste FIV senza alcuna possibilità di perdita embrionaria.

La sentenza del Costa Rica, inoltre, ha provocato l'interruzione del trattamento medico che avevano iniziato alcune delle presunte vittime (e ricorrenti) di questo caso, mentre altri sono stati costretti a recarsi all'estero per accedere alla tecnica della fecondazione *in vitro*. Questi eventi hanno costituito una ingerenza nella vita privata e familiare delle vittime, costrette a modificare o variare le possibilità di accesso alla fecondazione *in vitro*, il che costituiva una decisione delle coppie sui metodi o pratiche che si volevano tentare, con l'obiettivo di procreare un figlio o una figlia biologici. La Corte ha precisato che in questo caso l'ingerenza non è collegata al fatto che le famiglie siano state effettivamente in grado di avere figli o meno, perché anche se avessero potuto usufruire della tecnica di fecondazione *in vitro* non è possibile stabilire se l'obiettivo sarebbe stato raggiunto, per cui l'ingerenza è limitata alla capacità di prendere una decisione indipendente sul tipo di trattamento che volevano tentare per esercitare i loro diritti sessuali e riproduttivi.

### ***3. Interpretazione dell'articolo 4.1 della Convenzione americana in quanto rilevante nel caso di specie***

La decisione della *Sala* costituzionale del Costa Rica ha ritenuto che la Convenzione americana richiedesse di vietare la fecondazione *in vitro*, come disciplinata nel decreto esecutivo, perché secondo l'interpretazione della *Sala* l'articolo 4.1 della Convenzione sancisce la tutela assoluta dell'embrione. Tuttavia, è la Corte l'interprete autorizzata della Convenzione, ed essa ha ritenuto importante analizzare se la suddetta interpretazione fosse ammissibile alla luce della Convenzione e tenendo conto delle fonti di diritto internazionale. In particolare, la Corte ha esaminato, nell'ambito degli articoli 1.2 e 4.1 della Convenzione americana, la portata dei termini "persona", "essere umano", "concezione" e "in generale" realizzando un'interpretazione: *i)* secondo il significato ordinario dei termini, *ii)*, sistematica e storica, *iii)* riguardante l'evoluzione, e *iv)* riguardante l'oggetto e lo scopo della Convenzione.

#### ***3.1. Interpretazione conforme al significato ordinario dei termini***

Nel caso di specie, la Corte ha rilevato che il termine "persona" è un termine legale la cui portata è oggetto di discussione in molti ordinamenti giuridici. Tuttavia, ai fini dell'interpretazione dell'articolo 4.1, la definizione di persona è ancorata alle dichiarazioni fatte nella Convenzione riguardo alla "concezione" e all'"essere umano", termini la cui portata deve essere valutata partendo dalla letteratura scientifica.

La Corte ha rilevato che dalle prove della causa è evidente che la fecondazione *in vitro* abbia trasformato la discussione su come comprendere il fenomeno del "concepimento". Infatti, dalla FIV si evince che può trascorrere un periodo di tempo tra l'unione dell'ovulo e del sperma, e l'impianto. Per questo motivo, la definizione di "concezione" che avevano i redattori della Convenzione americana è cambiata.

La Corte ha rilevato che nel contesto scientifico attuale si evidenziano due diverse letture del termine "concezione". Una corrente intende il "concepimento" come il momento di incontro o di fecondazione dell'ovulo da parte dello spermatozoo. Dalla fecondazione si genera la creazione di una nuova cellula: lo zigote. Alcune prove scientifiche considerano lo zigote come un organismo umano che racchiude le istruzioni necessarie per lo sviluppo dell'embrione. Un'altra scuola intende per "concezione" il momento dell'impianto dell'ovulo fecondato nell'utero. Ciò è dovuto al fatto che l'impianto dell'ovulo fecondato nell'utero materno consente il collegamento della nuova cellula, lo zigote, con il sistema circolatorio materno, che gli permette di accedere a tutti gli ormoni ed agli altri elementi necessari per lo sviluppo dell'embrione.

Inoltre, per quanto riguarda la polemica su quando inizia la vita umana, il Tribunale ritiene che si tratta di una questione che può essere valutata in vari modi, da un punto di vista biologico, medico, etico, morale, filosofico e religioso, e coincide con altri tribunali internazionali e nazionali nel constatare che non esiste una definizione pacifica sull'inizio della vita. Tuttavia, per la Corte è chiaro che ci sono concezioni che vedono negli ovuli fecondati una vita umana completa. Alcune di queste interpretazioni possono essere associate a concezioni che dotano gli embrioni di attributi metafisici. Queste concezioni non possono giustificare la concessione della prevalenza ad una certa letteratura scientifica



nell'interpretare la portata del diritto alla vita sancito dalla Convenzione americana, in quanto ciò implicherebbe imporre un tipo specifico di credenze ad altre persone che non le condividono.

La Corte ha ritenuto opportuno definire, conformemente alla Convenzione americana, come interpretare il termine "concezione". A questo proposito, la Corte ha evidenziato che sul piano scientifico si distinguono due momenti complementari ed essenziali nello sviluppo embrionale: la fecondazione e l'impianto. La Corte ha rilevato che solo al termine della seconda fase si chiude il ciclo che permette di capire se vi è concepimento. Tenendo conto delle prove scientifiche presentate dalle parti nel caso di specie, la Corte ha rilevato che, pur dando l'ovulo fecondato origine ad una cellula diversa e con la sufficiente informazione genetica per il possibile sviluppo di un "essere umano", il fatto è che se quell'embrione non viene impiantato nel corpo della donna le sue possibilità di sviluppo sono pari a zero. Se non si riuscisse a impiantare un embrione nell'utero, non potrebbe svilupparsi, poiché non avrebbe ricevuto le sostanze nutritive necessarie, né si troverebbe in un ambiente adatto al suo sviluppo.

A questo punto, la Corte ha dichiarato che il termine "concezione" non può essere inteso come un momento o un processo che escluda il corpo della donna, perché un embrione non ha alcuna possibilità di sopravvivere se l'impianto non avviene. Difatti, stabilire se vi sia o meno una gravidanza è solo possibile una volta che l'ovulo fecondato si è impiantato nell'utero, al prodursi dell'ormone chiamato "gonadotropina corionica", che è rilevabile soltanto nella donna che ha un embrione unito a se stessa. Prima, è impossibile determinare se nel corpo si sia verificata l'unione tra l'ovulo ed uno spermatozoo o se questa unione è stata persa prima dell'impianto.

Considerato quanto sopra, la Corte ha affermato che la "concezione" avviene dal momento dell'impianto, motivo per cui considera che prima di questo evento non si applica l'articolo 4 della Convenzione americana. La norma utilizza le parole "in generale", il che permette di dedurre che ci siano eccezioni alla regola di tutela del diritto alla vita; tuttavia, l'interpretazione secondo il significato ordinario dei termini non permette di specificare la portata di tali eccezioni.

### *3.2. Interpretazione sistematica e storica*

La *Sala* costituzionale del Costa Rica e lo Stato costaricense hanno basato i loro argomenti sull'interpretazione della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, sul Patto internazionale sui diritti civili e politici, sulla Convenzione sui diritti del fanciullo e sulla Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959. In particolare, il Costa Rica ha dichiarato trattati diversi dalla Convenzione americana esigono una protezione assoluta della vita prenatale. Di conseguenza, il Tribunale ha analizzato le loro tesi a partire da una valutazione complessiva delle disposizioni che nei differenti sistemi di protezione riguardano la tutela del diritto alla vita, tra cui: *i*) il sistema interamericano; *ii*) il sistema universale; *iii*) il sistema europeo, e *iv*) il sistema africano. La Corte ha anche esaminato i lavori preparatori alla base di tali trattati.

#### *3.2.1. Il sistema interamericano di diritti umani*

Dai precedenti della Dichiarazione americana, la Corte ha constatato che i lavori preparatori non fornivano una risposta definitiva sulla controversia. Durante i lavori preparatori della Convenzione americana furono utilizzati i termini "persona" ed "essere umano" senza l'intenzione di introdurre

differenze tra queste due espressioni. L'articolo 1.2 della Convenzione affermò che i due termini devono essere intesi come sinonimi. Inoltre, i lavori preparatori della Convenzione indicano che non sono passate le proposte di eliminare le parole “e, in generale, dal momento del concepimento”, né quelle che chiedevano di eliminare soltanto le parole “in generale” dall'art. 4.

D'altra parte, la Corte ha evidenziato che l'espressione “ogni persona” viene utilizzata in diversi articoli della Convenzione americana e della Dichiarazione americana. Dall'analisi di tutti questi articoli non è possibile sostenere che un embrione sia titolare e possa esercitare i diritti sanciti in ognuna delle norme. Inoltre, considerando che la concezione avviene soltanto dentro il corpo della donna, si può concludere riguardo all'articolo 4.1 della Convenzione che l'oggetto diretto di protezione è fondamentalmente la donna in gravidanza, poiché la difesa del nascituro si esercita principalmente attraverso la protezione della donna. Su questa base, la Corte è giunta alla conclusione che l'interpretazione storica e sistematica dei precedenti esistenti nel sistema interamericano conferma che non è opportuno concedere lo *status* di persona all'embrione.

### 3.2.2. Sistema universale dei diritti umani

La Corte ha rilevato che il termine “essere umano”, usato nella Dichiarazione universale dei diritti umani, secondo i lavori preparatori, non era stata intesa nel senso di includere il nascituro. Inoltre, ha indicato che i lavori preparatori dell'articolo 6.1 PIDCP indicano che gli Stati non intendevano trattare il nascituro come persona né riconoscergli lo stesso livello di protezione delle persone nate. Dalle decisioni della Commissione dei diritti umani si può affermare che dal PIDCP non deriva una protezione assoluta della vita prenatale o dell'embrione.

Per quanto riguarda la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, la Corte ha rilevato che i rapporti del Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro le donne (Comitato CEDAW) mettono in chiaro che i principi fondamentali di uguaglianza e di non discriminazione esigono privilegiare i diritti della donna incinta sull'interesse di proteggere la vita in formazione.

Infine, la Corte ha indicato che gli articoli 1 e 6.1 della Convenzione sui diritti del fanciullo non si riferiscono in modo esplicito ad una protezione del nascituro. Il preambolo fa riferimento alla necessità di fornire “protezione e cura speciali [...] prima [...] della nascita”. Tuttavia, i lavori preparatori indicano che questa frase non ha avuto lo scopo di fare estensive al nascituro le disposizioni della Convenzione, in particolare il diritto alla vita.

### 3.2.3. Sistema europeo dei diritti umani

La precedente Commissione europea dei diritti dell'uomo e la Corte EDU non si sono pronunciati sulla portata non assoluta della protezione della vita prenatale nel contesto di casi di aborto e di trattamenti medici collegati alla fecondazione *in vitro*. Così, per esempio nel *caso Paton c. Regno Unito*, la Commissione europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato che i termini in cui è redatta la CEDU “tendono a corroborare la constatazione che [l'articolo 2] non include il nascituro.” Aggiungendo poi che riconoscere un diritto assoluto alla vita prenatale sarebbe “contrario all'oggetto e allo scopo della Convenzione”.

D'altra parte, nel *caso Vo. c. Francia*, la Corte EDU ha osservato che “si può ritenere che gli Stati concordano sul fatto che l’embrione/feto è parte del genere umano [, ma il] potenziale di questo essere e la sua capacità di diventare persona [...] richiede una protezione in nome della dignità umana, senza renderlo «persona» con il «diritto alla vita»”. Per quanto riguarda i casi relativi alla fecondazione *in vitro*, la Corte EDU si è pronunciata nel *caso Evans c. Regno Unito*, in cui ha confermato che “gli embrioni creati dal richiedente [e dal suo *partner*] non hanno il diritto alla vita ai sensi dell’articolo 2 della Convenzione e, per tanto, non si è avverata una violazione di tale disposizione”. Mentre nei *casi S.H. c. Austria*, e *Costa e Pavan c. Italia*, che riguardavano, rispettivamente, la disciplina della FIV concernente la donazione di ovuli e spermatozoi da parte di terzi, e la diagnosi genetica pre-impianto, la Corte EDU non ha fatto alcun riferimento ad una presunta violazione di un diritto proprio degli embrioni.

#### 3.2.4. Sistema africano dei diritti umani

La Corte ha indicato che il Protocollo della Carta africana dei diritti dell’uomo e dei popoli sui diritti delle donne (Protocollo di Maputo), non si pronuncia sul l’inizio della vita, e stabilisce inoltre che gli Stati devono adottare misure adeguate per proteggere “i diritti riproduttivi delle donne, permettendo l’aborto con farmaci nei casi di violenza sessuale, stupro e incesto e quando la continuazione della gravidanza metta in pericolo la salute mentale e fisica della donna incinta o del feto”.

#### 3.2.5 Conclusioni sull’interpretazione sistematica

La Corte è giunta alla conclusione che la *Sala* costituzionale del Costa Rica si è basata sull’articolo 4 della Convenzione americana, sull’articolo 3 della Dichiarazione universale, sull’articolo 6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, sulla Convenzione sui diritti del fanciullo e sulla Dichiarazione di diritti del fanciullo del 1959. Tuttavia, da nessuno di questi articoli o trattati si può sostenere che l’embrione può essere considerato persona ai sensi dell’articolo 4 della Convenzione. Non è stato possibile dedurre tale conclusione dai lavori preparatori o da una interpretazione sistematica dei diritti sanciti dalla Convenzione americana o dalla Dichiarazione americana.

### 3.3 Interpretazione evolutiva

In questo caso la Corte ritiene che l’interpretazione evolutiva è particolarmente importante, poiché la fecondazione *in vitro* è una tecnica che non esisteva al momento in cui i redattori della Convenzione hanno redatto il contenuto dell’articolo 4.1 della Convenzione. Pertanto, la Corte ha affrontato due questioni: *i*) gli sviluppi nel diritto internazionale e nel diritto comparato sullo *status* giuridico dell’embrione, e *ii*) le norme e le pratiche di diritto comparato in relazione alla fecondazione *in vitro*.

#### 3.3.1 Lo *status* legale dell’embrione

La Corte ha fatto riferimento alla Convenzione di Oviedo, a diversi casi della Corte EDU ed a una sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea per concludere che le tendenze normative nel diritto internazionale non permettono di concludere che l’embrione venga trattato allo stesso modo che una persona o che abbia il diritto alla vita. Così, ad esempio, nel *caso Costa e Pavan c. Italia*, la Corte europea, nelle sue osservazioni preliminari in materia di diritto europeo rilevante per l’analisi del caso, ha evidenziato che nel “*caso Roche c. Roche e altri* [...]”, la Corte Suprema irlandese ha dichiarato che la

nozione del nascituro («feto») non si applica agli embrioni ottenuti dalla fecondazione *in vitro*, e che questi ultimi non godono della protezione fornita dall'articolo 40.3.3 della Costituzione irlandese, che riconosce il diritto alla vita del bambino non ancora nato”.

### 3.3.2. Regolamenti e pratiche in materia di fecondazione *in vitro* nel diritto comparato

La Corte ha constatato che, anche se non ci sono tante regolamentazioni specifiche in merito alla FIV nella maggior parte degli Stati della regione, questi permettono la fecondazione *in vitro* nel loro territorio. Ciò significa che, secondo la prassi della maggioranza degli Stati membri della Convenzione, si ritiene che la Convenzione permetta la fecondazione *in vitro*. Dal modo in cui gli Stati interpretano il campo di applicazione dell'articolo 4 della Convenzione si evince che nessuno di questi Stati ha considerato che la protezione dell'embrione debba essere tale da non permettere le tecniche di fecondazione assistita o, particolarmente, la FIV. In questo senso, la prassi generale è associata al principio della protezione graduale e incrementale – e non assoluta –, della vita prenatale e alla conclusione che l'embrione non è persona.

### 3.4. Il principio dell'interpretazione più favorevole e l'oggetto e lo scopo del trattato

I precedenti che sono stati analizzati fino ad ora ci permettono di dedurre che lo scopo dell'articolo 4.1 della Convenzione è quello di salvaguardare il diritto alla vita, senza che ciò implichi la negazione di altri diritti protetti dalla Convenzione. In questo senso, la clausola “in generale” ha l'oggetto e lo scopo di consentire, dinanzi ad un conflitto di diritti, l'invocazione di eccezioni alla tutela del diritto alla vita dal concepimento. In altre parole, l'oggetto e lo scopo dell'articolo 4.1 della Convenzione sono quelli di non ritenere il diritto alla vita come un diritto assoluto, la cui protezione possa giustificare la negazione totale di altri diritti.

Di conseguenza, non è ammissibile l'argomento dello Stato costaricense secondo cui la sua Costituzione dà una maggiore tutela al diritto alla vita e, per tanto, fa prevalere questo diritto in modo assoluto. Al contrario, questo punto di vista nega l'esistenza di eventuali diritti che possano essere oggetto di restrizioni sproporzionate per la tutela assoluta del diritto alla vita, il che sarebbe contrario alla tutela dei diritti umani, che sono l'oggetto e lo scopo del trattato.

Pertanto, la Corte ha concluso che l'oggetto e lo scopo della clausola “in generale” di cui all'articolo 4.1 è quello di consentire, se del caso, un adeguato equilibrio tra i diritti e gli interessi in contrasto. Nel presente caso, è sufficiente evidenziare che tali oggetti e scopi significano che non si può pretendere la protezione assoluta dell'embrione annientando altri diritti.

### 3.5. Conclusione dell'interpretazione dell'articolo 4.1

La Corte ha utilizzato vari metodi di interpretazione, che hanno portato a risultati coincidenti, nel senso che l'embrione non può essere trattato come persona ai fini dell'articolo 4.1 della Convenzione americana. Inoltre, dopo l'analisi delle basi scientifiche disponibili, la Corte è giunta alla conclusione che la “concezione” ai sensi dell'articolo 4.1 avviene dal momento degli impianti di embrioni nell'utero, motivo per cui prima di questo evento non scatta l'applicazione dell'articolo 4 della Convenzione. Inoltre, è possibile dedurre dalle parole “in generale” che la protezione del diritto alla vita ai sensi di tale

disposizione non è assoluto, ma è graduale e progressivo secondo il suo sviluppo, perché l'articolo che sancisce il diritto alla vita non contiene un dovere assoluto e incondizionato, ma comporta l'esistenza di eccezioni alla regola generale.

#### ***4. Proporzionalità della misura di proibizione***

Questa Corte ha stabilito nella sua giurisprudenza che un diritto può essere limitato dagli Stati sempre che non lo sia in modo abusivo o arbitrario; per cui, le limitazioni devono essere previste dalla legge in senso formale e materiale, avere uno scopo legittimo e soddisfare i requisiti di adeguatezza, necessità e proporzionalità. Nel caso di specie, la Corte ha sottolineato che il "diritto assoluto alla vita dell'embrione" come base per la limitazione dei diritti coinvolti difetta di base nella Convenzione americana, motivo per cui non è stato necessario analizzare in dettaglio ogni uno di questi requisiti, né valutare le controversie in materia di dichiarazione di incostituzionalità in senso formale per la presunta violazione del principio della riserva di legge.

Fermo restando quanto sopra, la Corte ha dichiarato pertinente esporre il modo in cui il sacrificio dei diritti coinvolti in questo caso è stato eccessivo riguardo ai benefici invocati a tutela dell'embrione. Per questo, la restrizione dovrebbe raggiungere un importante livello di soddisfazione della tutela della vita prenatale, senza negare il diritto alla vita privata ed a fondare una famiglia. La Corte ha analizzato: *i*) la gravità delle interferenze sui diritti alla vita privata e familiare. Inoltre, questa severità è stata analizzata dalla prospettiva dell'impatto sproporzionato relativo a: *ii*) la disabilità, *iii*) il sesso e *iv*) lo status socio-economico. Infine si valuteranno *v*) gli esiti raggiunti nella prosecuzione dello scopo cercato con suddette interferenze.

##### *4.1. Gravità della limitazione dei diritti coinvolti in questo caso*

La Corte ha ritenuto che una delle interferenze dirette sulla vita privata si riferisce al fatto che la decisione della *Sala* costituzionale del Costa Rica ha impedito che fossero le coppie a decidere se desideravano o meno sottoporsi in Costa Rica a questo trattamento per avere figli. L'interferenza è più evidente se si considera che la FIV è, nella maggior parte dei casi, la tecnica cui ricorrono gli individui o le coppie dopo aver provato altri trattamenti contro l'infertilità [...].

La Corte ha ritenuto che questa ingerenza comportava una grave limitazione, perché, in primo luogo, il divieto della fecondazione *in vitro* ha avuto ripercussioni sulla intimità delle persone; in alcuni casi, uno degli effetti indiretti del divieto è stato che, non essendo possibile praticare questa tecnica in Costa Rica, l'avvio delle procedure per ricevere le cure mediche all'estero esigevano di dover esporre aspetti della vita privata delle persone coinvolte. In secondo luogo, per quanto riguarda il coinvolgimento dell'autonomia personale e del progetto di vita della coppia, la Corte ha osservato che la FIV di solito è eseguita come ultimo rimedio per superare gravi difficoltà riproduttive. Il suo divieto interessa con più forza i piani di vita delle coppie la cui unica opzione di procreare è la FIV. In terzo luogo, è stata colpita l'integrità psicologica delle persone negando loro la possibilità di accedere a un metodo che rende possibile la libertà riproduttiva. Così, per le anzidette ragioni, le coppie interessate hanno subito gravi interferenze in

relazione alla presa di decisioni in materia dei metodi e pratiche da tentare allo scopo di concepire un figlio biologico.

#### 4.2. *La gravità delle interferenze come conseguenza della discriminazione indiretta per l'impatto sproporzionato riguardo alla disabilità, al genere e alla condizione economica*

La Corte ha ritenuto che il principio di diritto obbligatorio di tutela egualitaria ed effettiva della legge e di non discriminazione determina che gli Stati devono astenersi dal emanare norme che siano discriminatorie o che abbiano effetti discriminatori sui diversi gruppi della popolazione nell'esercizio dei loro diritti. Il concetto di discriminazione indiretta comporta che una norma o una prassi apparentemente neutra abbia conseguenze particolarmente negative su una persona o su una tipologia di persone con caratteristiche specifiche. È possibile che chi abbia stabilito questa norma o prassi non sia a conoscenza di queste conseguenze pratiche e, in questo caso, l'intenzione di discriminare non è essenziale per cui si applica l'inversione dell'onere della prova. La Corte ha ritenuto che il concetto di impatto sproporzionato è collegato a quello di discriminazione indiretta, motivo per cui ha analizzato se in questo caso ci fossero stati conseguenze sproporzionate in relazione con la disabilità, il sesso e lo *status* economico.

##### 4.2.1. Discriminazione indiretta relativa alla condizione di disabilità

La Corte ha rilevato che l'Organizzazione Mondiale della Salute (OMS) ha definito l'infertilità come "una malattia del sistema riproduttivo definita come l'incapacità di ottenere una gravidanza clinica dopo 12 mesi o più di rapporti sessuali non protetti". D'altra parte, secondo la Convenzione sui diritti delle persone disabili sono persone disabili "coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri". La disabilità risulta dall'interazione tra le limitazioni funzionali di una persona e le barriere esistenti nell'ambiente che impediscono il pieno esercizio dei suoi diritti e delle libertà.

Sulla base di queste considerazioni e tenendo conto della definizione sviluppata dalla OMS nel senso che l'infertilità è una malattia del sistema riproduttivo, la Corte ha constatato che l'infertilità è una limitazione funzionale riconosciuta come malattia e che le persone sterili in Costa Rica, nel dover affrontare gli ostacoli generati dalla decisione della *Sala* costituzionale del Costa Rica, dovrebbero essere considerate protette dai diritti delle persone disabili, che includono il diritto di accesso alle tecniche necessarie per risolvere i problemi di salute riproduttiva. Questa condizione richiedeva una particolare attenzione per lo sviluppo della autonomia riproduttiva.

##### 4.2.2. La discriminazione indiretta in relazione al sesso

La Corte ha rilevato che il divieto di fecondazione *in vitro* può colpire sia gli uomini che le donne e che può produrli effetti sproporzionati differenziati per l'esistenza di stereotipi e pregiudizi nella società. A questo proposito, mentre l'infertilità può colpire uomini e donne, l'uso di tecniche di riproduzione assistita si riferisce in particolare ai corpi delle donne. Anche se il divieto di fecondazione *in vitro* non è espressamente rivolto verso le donne, ed è quindi apparentemente neutro, ha un impatto negativo sproporzionato su di loro.



A questo proposito, la Corte ha sottolineato che era stato interrotto il processo iniziale della fecondazione *in vitro* (induzione dell'ovulazione) in alcune delle coppie, il che ha avuto un impatto differenziato sulle donne, perché era nei loro corpi dove si concretizzava questo intervento iniziale destinato alla realizzazione del progetto di famiglia associato alla fecondazione *in vitro*. Poiché in ogni procedura di FIV le donne ricevono stimolazione ormonale per l'induzione ovarica, questo ha generato un importante effetto nei casi in cui il trattamento è stato interrotto a causa del divieto e nei casi in cui le procedure eseguite fuori del paese hanno richiesto costi aggiuntivi. Inoltre, si è fatto riferimento agli stereotipi che hanno avuto impatto sui casi di infertilità maschile. La Corte ha rilevato che questi stereotipi di genere sono incompatibili con il diritto internazionale dei diritti umani e che si devono adottare misure per sradicarli. La Corte non ha validato questi stereotipi e soltanto li ha riconosciuto e dato visibilità per precisare l'effetto sproporzionato dell'interferenza generata dalla sentenza della *Sala* costituzionale del Costa Rica.

#### 4.2.3. La discriminazione indiretta riguardo alla situazione economica

Infine, la Corte ha rilevato che il divieto di fecondazione *in vitro* ha avuto un effetto sproporzionato sulle coppie sterili che non avevano le risorse finanziarie per eseguire la FIV all'estero.

#### 4.3. *Controversia per la presunta perdita embrionale*

La Corte ha rilevato che il decreto dichiarato incostituzionale dalla *Sala* costituzionale del Costa Rica recava misure di protezione per l'embrione, in quanto stabiliva il numero di ovuli che potevano essere fecondati. Inoltre, vietava "rigettare o eliminare embrioni o conservarli per un trasferimento in cicli successivi della stessa paziente o di altre pazienti". In questo senso, c'erano misure atte a non generare un "rischio sproporzionato" nella speranza di vita degli embrioni. Dall'altra parte, secondo le norme del decreto, l'unica possibilità di perdita di embrioni viabile si sarebbe avverata nel caso questi non fossero stati impiantati nell'utero delle donne.

La Corte ha ritenuto necessario approfondire questo ultimo punto a partire della prova prodotta nel processo riguardante le somiglianze e le differenze della perdita di embrioni sia nelle gravidanze naturali sia nella fecondazione *in vitro*. Per la Corte è stato sufficiente dimostrare che le prove erano coerente nell'indicare che sia nella gravidanza naturale che nella FIV esiste la perdita di embrioni. Inoltre, sia l'esperto Zegers come l'esperto Caruso concordarono nell'evidenziare che le statistiche sulla perdita embrionale nelle gravidanze naturali sono poco misurabili rispetto al numero di perdite nella fecondazione *in vitro*.

Poiché la perdita embrionale accade sia in gravidanze naturali che quando si esegue la FIV, l'argomento riguardante l'esistenza di manipolazione consapevole e volontaria delle cellule nel contesto della fecondazione *in vitro* solo può essere inteso in quanto collegato alla tesi sviluppata dalla *Sala* costituzionale del Costa Rica in relazione alla protezione assoluta del diritto alla vita dell'embrione, che è stato bocciato dalla presente sentenza. Così la Corte ha ritenuto eccessiva la rivendicazione di tutela assoluta dell'embrione rispetto ad un rischio di perdita comune e insito anche nei processi in cui non interviene la tecnica della FIV.

La Corte ha ribadito che proprio uno degli obiettivi della fecondazione *in vitro* è quello di contribuire alla creazione della vita, come testimoniano le migliaia di persone che sono nate con questa tecnica. In sintesi, sia nella gravidanza naturale sia in tecniche quali l'inseminazione artificiale esiste perdita embrionale. La Corte ha rilevato che sono in atto dibattiti scientifici sulle differenze concernenti i tipi di perdita embrionale che si verificano in questi processi e le loro cause. Ma ciò che è stato analizzato finora indica che, tenuto conto delle perdite embrionali che si verificano nelle gravidanze naturali e nelle altre tecniche di riproduzione consentite in Costa Rica, la tutela dell'embrione che si cercava con il divieto della FIV aveva una portata molto limitata e moderata.

#### *4.4. Conclusione sull'equilibrio tra la gravità dell'ingerenza e l'effetto sullo presunto scopo prefissato.*

La ponderazione la gravità della limitazione dei diritti coinvolti in questo caso e l'importanza della tutela dell'embrione, permettono di affermare che l'interessamento del diritto alla integrità personale, della libertà personale, della vita privata, dell'intimità, dell'autonomia riproduttiva, dell'accesso ai servizi di salute riproduttiva e del diritto di fondare una famiglia è grave ed è una violazione di tali diritti, perché in pratica sono stati annullati per coloro il cui unico e possibile trattamento della sterilità era la FIV. Inoltre, l'interferenza ha avuto un effetto diverso sulle vittime per la loro disabilità, per gli stereotipi di genere e, in alcune delle presunte vittime, per la loro situazione economica. Per contro, l'effetto di protezione dell'embrione è molto lieve, poiché la perdita embrionale si verifica sia nella FIV che nella gravidanza naturale con simili provabilità. La Corte ha sottolineato che l'embrione prima del suo impianto non rientra nei termini di cui all'articolo 4 della Convenzione e ribadisce il principio di tutela graduale e progressiva della vita prenatale.

Pertanto, la Corte ha concluso che la *Sala* costituzionale del Costa Rica partendo dalla tutela assoluta dell'embrione, e non ponderando né prendendo in considerazione gli altri diritti in conflitto, ha messo in atto un intervento arbitrario ed eccessivo nella vita privata e familiare che ha reso sproporzionata l'ingerenza. Inoltre, l'ingerenza ha avuto effetti discriminatori.

### ***2.3. Il seguito della decisione della Corte interamericana***

In seguito alla decisione di condanna, il governo del Costa Rica ha presentato un progetto di legge sulla fecondazione *in vitro* e sul trasferimento di embrioni umani<sup>13</sup>. Il testo prevede il trasferimento di embrioni in un numero pari al massimo a due per ogni ciclo riproduttivo (il medico potrebbe però discrezionalmente aumentare il numero a tre). Le tecniche di PMA potrebbero aver luogo solo se uno o entrambi i componenti della coppia avessero problemi di infertilità. È prevista la fecondazione eterologa e si autorizza la crioconservazione degli embrioni fecondati e non trasferiti per un termine di cinque anni prorogabili a dieci. Trascorso questo lasso di tempo, gli embrioni potrebbero essere donati per adozione con fini procreativi.

---

<sup>13</sup> Il testo è reperibile *on line* alla pagina [http://www.presidencia.go.cr/Proyecto\\_FIV.pdf](http://www.presidencia.go.cr/Proyecto_FIV.pdf).

Alla fine del 2013, il progetto di legge era ancora in situazione di stallo all'assemblea (tra gli altri motivi, per la prossimità delle scadenze elettorali). Nel frattempo, il 24 dicembre scorso, un gruppo di trentanove persone ha presentato un ricorso di *amparo* dinanzi la *Sala* costituzionale del Costa Rica affinché essa chiarisca se la sentenza della Corte interamericana ha privato di effetti la sentenza del 2000, facendo così rivivere la normativa del 1995<sup>14</sup> (ciò che, ovviamente, renderebbe non più necessaria una nuova legge).

---

<sup>14</sup> Fonte: [http://www.elpais.cr/frontend/noticia\\_detalle/1/89236](http://www.elpais.cr/frontend/noticia_detalle/1/89236).

### 3. Portogallo

*Di seguito si riportano alcuni brani tratti dalla relazione presentata dal Giudice costituzionale João Cura Mariano, concernente Il diritto di famiglia nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale portoghese, in occasione dell'Incontro trilaterale di Roma, 8-9 ottobre 2010, su «Famiglia legittima, figli naturali, adozioni e famiglie di fatto»<sup>15</sup>, tradotta in italiano da Carmen Guerrero Picó.*

#### Introduzione

[...]

La Costituzione del 1976, pensata e approvata quando [le questioni connesse alla biomedicina, in larga misura,] ancora non si ponevano, nelle sue successive revisioni ha imposto solo la regolamentazione della procreazione medicalmente assistita<sup>16</sup>, prendendo così atto di vecchie rivendicazioni, una testimonianza del fatto che si è optato per lasciare alla libertà di configurazione del legislatore ordinario l'accompagnamento dei rapidi sviluppi della realtà sociale, ritenendosi sufficienti i principi fondanti dello Stato di diritto democratico per delimitare le opzioni legislative in questo ambito.

[...]

#### 5. La procreazione eterologa

Il Parlamento ha approvato la legge n. 32/2006, del 26 luglio, che disciplina l'uso delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA).

Dopo la pubblicazione e l'entrata in vigore della legge, un gruppo di 31 deputati ha chiesto al Tribunale costituzionale di dichiarare l'invalidità di diverse sue norme, ivi comprese quelle contenute negli articoli 10, 15, da 19 a 21 e 27, relative alla ammissibilità della procreazione eterologa e del suo regime di segretezza e di instaurazione di rapporti giuridici di filiazione.

---

<sup>15</sup> Allo stato non si sono riscontrati cambiamenti normativi né giurisprudenziali riguardanti la PMA eterologa. V. la pagina *Internet del Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida*: [http://www.cnpma.org.pt/legislacao\\_contexto.aspx](http://www.cnpma.org.pt/legislacao_contexto.aspx).

<sup>16</sup> [“Art. 67 (Famiglia): 1. La famiglia, come elemento fondamentale della società, ha diritto alla protezione da parte della società e dello Stato ed a che siano rese effettive tutte le condizioni che consentano la realizzazione personale dei suoi membri.

“2. È compito dello Stato, per la protezione della famiglia, in particolare: ... e) Disciplinare la procreazione assistita, nei termini che tutelino la dignità della persona umana ...”. La norma è stata introdotta con la riforma del 1997.]

Il Tribunale ha giudicato la richiesta in sede di controllo successivo astratto con sentenza n. 101/09 e non ha dichiarato l'illegittimità di alcuna norma<sup>[17]</sup>.

L'articolo 10 della legge ammette la possibilità di ricorrere alla donazione di spermatozoi, ovuli ed embrioni, quando, viste le conoscenze medico-scientifiche oggettivamente disponibili, non sia possibile raggiungere una gravidanza adoperando qualunque altra tecnica che utilizzi i gameti dei beneficiari, ed a patto che siano assicurate condizioni efficaci per garantire la qualità dei gameti, dando atto per iscritto che i donatori non possono essere considerati genitori del bambino che nascerà.

Si sosteneva che questa norma fosse illegittima poiché non salvaguardava il diritto fondamentale alla conoscenza ed al riconoscimento giuridico della paternità, in quanto riferimento essenziale della persona, né il diritto all'identità, nella veste di diritto ad avere una propria storia.

Il Tribunale costituzionale ha immediatamente attirato l'attenzione sul fatto che la legge oggetto di giudizio sancisce un principio di sussidiarietà in relazione alla applicazione delle tecniche di procreazione eterologa. La donazione di spermatozoi, ovociti ed embrioni è consentita solo quando, di fronte alle conoscenze medico-scientifiche oggettivamente disponibili, non si possa raggiungere una gravidanza utilizzando qualsiasi altra tecnica che impieghi i gameti dei beneficiari. E, allo stesso modo, l'inseminazione con sperma di un donatore terzo può avvenire solo quando non sia possibile raggiungere una gravidanza mediante inseminazione con sperma del marito o di colui che vive in una unione di fatto con la donna da inseminare. Tutto ciò è applicabile anche alla fecondazione *in vitro* con sperma o ovociti di donatore e in relazione ad altre tecniche di PMA, come l'iniezione intracitoplasmica degli spermatozoi ed il trasferimento degli embrioni, gameti e zigoti.

Da questo punto di vista, il legislatore non ha smesso di privilegiare la correlazione tra filiazione sociale e filiazione biologica, ammettendo soltanto la procreazione eterologa in casi eccezionali in cui non è possibile superare una situazione di infertilità senza ricorrere ad un donatore terzo, essendo questi casi eccezionali sufficientemente giustificati dalla superiorità dell'interesse ad avere figli, protetto dai diritti costituzionali al libero sviluppo della personalità ed all'istituzione di una famiglia.

Nell'articolo 15 della legge si disciplina il regime di confidenzialità delle procedure di PMA, obbligando tutti coloro che in qualche modo fanno del ricorso alle tecniche PMA o conoscono l'identità di qualcuno dei soggetti coinvolti a conservare il segreto sulla loro identità e sull'atto stesso di PMA. Tuttavia, si permette di dare alle persone nate a seguito di processi di PMA con ricorso a donazione di gameti o di embrioni di ottenere, dai servizi sanitari competenti, le informazioni di natura genetica che li riguardavano, eccezion fatta per l'identificazione del donatore, e l'informazione su un'eventuale esistenza di impedimenti legali al matrimonio previsto, mantenendosi la riservatezza sull'identità del donatore a meno che egli avesse consentito espressamente l'informazione. Al di là di queste situazioni, queste

---

<sup>17</sup> [Su tale decisione, v. anche, per una prima informazione, I. SPIGNO, *Portogallo – Il Tribunale costituzionale conferma la legittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Palomar*, n. 37, aprile 2009 ([http://www.unisi.it/dipec/palomar/037\\_2009.html](http://www.unisi.it/dipec/palomar/037_2009.html))].

persone possono ottenere anche informazioni sull'identità del donatore per gravi motivi riconosciuti per sentenza giudiziaria.

Nella specie, si lamentava che questo sistema di segretezza ledeva il diritto alla identità personale [del concepito tramite PMA] ed il principio di uguaglianza, di fronte alla conoscenza da parte di altre persone dell'identità dei genitori.

La sentenza ha ricordato la precedente giurisprudenza del Tribunale costituzionale, in cui si è ammesso che altri valori, oltre all'accertamento della verità biologica della filiazione, potessero intervenire nella ponderazione degli interessi in gioco, limitando la rivelazione della verità biologica, e facendo sì che, in questo caso, gli interessi di pace e d'intimità della vita familiare giustificassero l'adozione di misure destinate a proteggere la segretezza di tale identità. D'altronde, è stato evidenziato che il regime legale di non divulgazione dell'identità dei donatori non è chiuso, perché è concesso alle persone nate a seguito dell'utilizzo di queste tecniche di PMA di ottenere dati di natura genetica ed informazioni sull'eventuale esistenza di impedimento legale al matrimonio progettato, senza escludere la possibilità di identificare il donatore quando sia stata emessa una decisione giudiziaria che verifichi l'esistenza di gravi motivi che giustificano tale rivelazione. Il valore di queste ragioni non può non essere ponderato alla luce del diritto all'identità personale e del diritto al libero sviluppo della personalità di cui all'articolo 26, comma 1, della Costituzione, che, in questi termini, potranno meritare prevalenza nella valutazione in concreto.

Così, le limitazioni alla conoscenza della filiazione, oltre a non avere un carattere assoluto, appaiono giustificate dalla necessità di preservazione di altri valori costituzionalmente protetti, per cui non potranno mai essere intese come una discriminazione arbitraria suscettibile di porre in dubbio il principio di uguaglianza tra i cittadini.

Negli articoli 19, 20 e 21 della legge si disciplina la procedura dell'inseminazione artificiale con il seme di un donatore terzo.

Il figlio nato da questo processo è considerato il figlio del marito o di colui che convive in una unione di fatto con la donna inseminata, in quanto vi sia stato consenso alla fecondazione artificiale. Questa presunzione di paternità può essere contestata dal marito o dal convivente in unione di fatto, se si prova che egli non ha dato il consenso o che il figlio non è nato dalla fecondazione per cui è stato dato il consenso.

Il donatore di sperma non può essere ritenuto padre del bambino che nascerà e non ha alcun potere o dovere nei suoi confronti.

L'articolo 27 determina l'applicazione, con i necessari adattamenti, di quanto stabilito dagli articoli da 19 a 21 relativamente alla procedura di fecondazione *in vitro* con sperma o ovociti di un donatore.

I ricorrenti sostenevano che queste quattro norme erano illegittime perché consentivano situazioni di famiglie monoparentali, cioè un tipo di famiglia che avrebbe leso il superiore interesse del bambino che doveva nascere, in violazione dei principi derivanti dagli articoli 36, comma 4, e 69 della Costituzione.



Il Tribunale costituzionale ha preso le mosse dall'osservazione secondo cui la normativa in questione è guidata dal principio di raggiungere situazioni di biparentalità, dal momento che possono utilizzare le tecniche di procreazione medicalmente assistita solo le persone sposate che non siano separate giudiziariamente o di fatto, o le persone che, essendo di sesso differente, convivano in condizioni analoghe a quelle dei coniugi da almeno due anni (articolo 6).

Si evince che il consenso del marito o della persona unita di fatto è tutelato dalla legge con la massima cautela. Ai sensi dell'articolo 14, comma 1, della legge n. 32/2006, il consenso deve essere prestato "espressamente e per iscritto, davanti al medico responsabile" e, ai sensi del comma 2 dello stesso articolo, "i beneficiari devono essere stati previamente informati per iscritto di tutti i benefici e dei rischi conosciuti derivanti dall'utilizzo delle tecniche di PMA, nonché delle loro implicazioni etiche, sociali e giuridiche".

In queste condizioni, la possibilità di impugnare la presunzione di paternità si può verificare solo nei termini di cui al comma 5 dell'articolo 20, quando si provi che "non c'è stato consenso o che il bambino non è nato dalla fecondazione per cui è stato prestato il consenso".

Si noti, tuttavia, che tali situazioni possono verificarsi solo in condizioni anomale, quando i centri sanitari non hanno funzionato correttamente, e che, inoltre, la legge prevede sanzioni a fronte di tali eventualità, il che permette ragionevolmente di garantire, in pratica, l'impossibilità di procreazione medicalmente assistita senza il consenso di entrambi i coniugi o del *partner* di fatto o in violazione della regola di biparentalità ai sensi dell'articolo 6, comma 1.

Alla luce di tutte le clausole di garanzia stabilite dal sistema legislativo, la possibile evenienza di conflitti negativi di paternità può derivare solo da situazioni di anormalità, e in nessun modo si può attribuire al legislatore l'intenzione di stabilire un regime permissivo volto a favorire situazioni di famiglie monoparentali.

Per tutte queste ragioni, la sentenza n. 101/09 non si è pronunciata nel senso dell'illegittimità del regime di procreazione eterologa previsto nella legge n. 32/2006, del 26 luglio.

## 4. Stati Uniti

di Paolo Passaglia e Sarah Pasetto

Nell'ordinamento statunitense, al grande sviluppo che le tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno avuto nel corso degli ultimi decenni corrisponde una significativa rarefazione della regolamentazione giuridica. A far difetto non è soltanto un inquadramento organico da parte del legislatore (sia federale che statale), ma anche l'elaborazione di un sistema di precedenti sufficientemente strutturato da fornire risposte ragionevolmente certe alla gran parte delle (molte) questioni che, specie in relazione all'evoluzione scientifica, si sono poste e si pongono.

Tali considerazioni si attagliano senz'altro alle problematiche connesse alla inseminazione eterologa ed all'ovodonazione, oggetto precipuo di questo quaderno, anche perché i pochi interventi legislativi che si rintracciano sono perlopiù diretti a regolamentare situazioni specifiche oppure situazioni più "estreme" (si pensi, ad esempio, alla clonazione), quelle, cioè, nelle quali si avverte in maniera più evidente la necessità di circoscrivere i margini di libertà degli operatori onde assicurare una loro corrispondenza ai canoni etici correnti.

Senza potere, in questa sede, soffermarsi sulla disciplina di siffatti profili, ciò che giova evidenziare *in limine* è che proprio dal silenzio del legislatore (e, in larga misura, della giurisprudenza) si evince un argomento non secondario in favore della legittimità delle pratiche di "*collaborative reproduction*"<sup>18</sup>, nella misura in cui pare implicare la sussistenza, in quest'ambito, di un *right to privacy*, inteso come *right to be let alone*, che si traduce in un principio di non ingerenza da parte dei poteri pubblici sull'autodeterminazione privata. Al riguardo, del resto, proprio in tema di procreazione, la Corte suprema federale ha avuto modo di affermare che "se il diritto di *privacy* significa qualcosa, esso è il diritto dell'individuo [...] di essere libero da intrusioni ingiustificate dei pubblici poteri in questioni che tanto incidono su una persona quanto la decisione circa il se portare o generare un figlio"<sup>19</sup>.

Non è un caso che la struttura della (non-)disciplina della procreazione medicalmente assistita, nell'ordinamento statunitense, possa essere in buona parte dedotta dall'alternativa tra il rispetto della libertà individuale, da un lato, e la giustificazione dell'intervento federale e/o statale, dall'altro; un'alternativa che vede, in linea di principio, prevalere il primo corno, salvo dar spazio al secondo ogniqualvolta si avverta la opportunità/necessità di un intervento pubblico che sia giustificato dal perseguimento di interessi generali sufficientemente rilevanti da essere poziori.

---

<sup>18</sup> La locuzione è utilizzata, negli Stati Uniti, ad indicare, in generale, tutti quei casi nei quali "*parents recruit others to help them bring a child into existence*", quindi anche, ad esempio, fattispecie di maternità surrogata (cfr. J. ARONS, *Future Choices. Assisted Reproductive Technologies and the Law*, Center for American Progress, [www.americanprogress.org](http://www.americanprogress.org), December 2007, 20).

<sup>19</sup> *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 453 (1972) [T.d.A.].

Il punto è che, poiché la Costituzione federale del 1787 non reca – ovviamente – norme esplicitamente applicabili alla procreazione medicalmente assistita, tutt'altro che scontato è il *discrimen* in concreto tracciabile tra le fattispecie nelle quali debba prevalere la libertà e quelle in cui l'intervento pubblico sia giustificato.

La giurisprudenza della Corte suprema federale, in proposito, non offre indicazioni inequivocabili, giacché il tema non figura – almeno per il momento – tra quelli sui quali il massimo organo giudiziario statunitense si sia pronunciato.

Se ne deduce la necessità di rifarsi alla giurisprudenza relativa ad ambiti il più possibile contigui. Ed al riguardo spunti di interesse non trascurabili sono rintracciabili nelle sentenze che hanno riguardato, in generale, la procreazione, sotto il profilo della scelta di non procreare e sotto quello dell'imposizione di non procreare.

L'autodeterminazione negativa in ordine alla procreazione è stata dalla Corte suprema ricondotta alla tutela della *privacy* allorché si è trattato di censurare una legge che proibiva l'uso di contraccettivi<sup>20</sup>, ma anche – sebbene con qualche riserva – al fine di legittimare l'interruzione volontaria della gravidanza<sup>21</sup>.

Questa impostazione si coniuga al riconoscimento di un *right to procreate* che è stato riconosciuto, già nel 1942, onde dichiarare l'incostituzionalità di una legge statale che imponeva la sterilizzazione di determinati soggetti dichiarati delinquenti abituali, sull'assunto che si trattava di una legislazione che “riguarda[va] uno dei basilari diritti dell'uomo”, dal momento che “il matrimonio e la procreazione sono fondamentali per la stessa esistenza e sopravvivenza della specie”<sup>22</sup>.

Se, dunque, quello alla procreazione è un diritto fondamentale, una tale configurazione sembra poter essere estesa anche alla procreazione medicalmente assistita, non foss'altro perché “il linguaggio

---

<sup>20</sup> *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

<sup>21</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), con la quale si è riconosciuta la prevalenza dell'autodeterminazione della donna sino al momento in cui, con la vitalità autonoma del feto, viene in rilievo l'interesse pubblico a proteggere la vita umana; *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), nella quale si è sottolineato che, “là dove la regolamentazione statale imponga un onere eccessivo sulla capacità di una donna di prendere la sua decisione, il potere dello Stato raggiunge il cuore della libertà protetta dalla *Due Process Clause*” ( 878; T.d.A.).

<sup>22</sup> *Skinner v. State of Oklahoma ex Rel. Williamson*, 316 U.S. 535, 541 (1942) [T.d.A.]. Si noti che la portata comunemente riconosciuta alla sentenza (v. anche A. SCHUSTER, *Al margine dello spettro comparatistico: il caso degli Stati Uniti*, in C. CASONATO – T.E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2006, 140), viene contestata da M.N. MEYER, *States' Regulation of Assisted Reproductive Technologies. What Does the U.S. Constitution Allow?*, Rockefeller Institute, [www.rockinst.org](http://www.rockinst.org), July 2009, 7, secondo la quale la decisione censura, non già la sterilizzazione *ut sic*, bensì una disciplina della stessa lesiva del principio di eguaglianza, donde una tendenziale continuità con quanto affermato nella sentenza *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927), che aveva dichiarato infondata la questione di costituzionalità avente ad oggetto una legge statale che prevedeva la possibilità per le strutture sanitarie di procedere alla sterilizzazione di pazienti affetti da patologie psichiche di natura ereditaria.

impiegato in relazione alla procreazione nelle decisioni precedenti della Corte ha enfatizzato l'importanza della decisione circa l'averne ed il crescere figli, e non del rapporto tra riproduzione ed intimità sessuale<sup>23</sup>.

Resta da chiarire, peraltro, a chi questo diritto sia riferito, se cioè sia un diritto della coppia<sup>24</sup> ovvero dell'individuo<sup>25</sup>. La soluzione non è ovviamente priva di conseguenze in tema di procreazione medicalmente assistita, soprattutto in termini di possibilità di accesso alla stessa, poiché, dando la prevalenza alla dimensione individuale, non può non estendersi a *singles* ed a coppie fisiologicamente prive della capacità di procreare, come quelle omosessuali.

Ora, la concretizzazione dei principi ricavabili dalla giurisprudenza della Corte suprema federale difficilmente può essere operata attraverso richiami a normative di diritto politico. Il diritto federale, in special modo, appare assai restio a disciplinare la procreazione medicalmente assistita, avendo optato per un approccio che coniuga, per un verso, il controllo della qualità delle strutture nelle quali i trattamenti vengono effettuati<sup>26</sup> e, per l'altro, il (parziale) controllo della ricerca, attraverso il divieto di finanziamento a favore di quelle ricerche che risultino lesive per l'embrione<sup>27</sup>.

È, peraltro, il livello statale quello deputato a dettare, se del caso, una disciplina della procreazione medicalmente assistita. La strada scelta, anche dagli Stati che non sono rimasti inerti, è stata quella di evitare una normativa organica, al fine di concentrarsi su aspetti più specifici, quali le forme ed i limiti entro cui i trattamenti possono essere coperti dalle assicurazioni sanitarie, la determinazione della maternità e della paternità<sup>28</sup>, nonché forme particolari di procreazione.

---

<sup>23</sup> Così C.H. COLEMAN, *Assisted reproductive technologies and the Constitution*, in *Fordham Urban Law Journal*, 2002, [http://findarticles.com/p/articles/mi\\_hb6562/is\\_1\\_30/ai\\_n28970095/](http://findarticles.com/p/articles/mi_hb6562/is_1_30/ai_n28970095/), par. II [T.d.A.], che si riferisce, in particolare, alla sentenza sul caso *Roe v. Wade*, cit.

<sup>24</sup> Come poteva inferirsi dalla decisione sul caso *Griswold v. Connecticut*, cit., del 1965.

<sup>25</sup> Secondo quanto pare emergere dal passo della sentenza sul caso *Eisenstadt v. Baird*, cit., del 1972, secondo cui “la coppia coniugale non è un'entità indipendente con una mente ed un cuore propri, bensì un'associazione di due individui, ciascuno con un proprio carattere intellettuale ed emozionale” (.453; T.d.A.).

<sup>26</sup> Cfr. il *Fertility Clinic Success Rate and Certification Act of 1992*, ora in 42 U.S.C. §§ da 263a-1 da 263a-7.

<sup>27</sup> Sul punto, v. A. SCHUSTER, *Al margine dello spettro comparatistico: il caso degli Stati Uniti*, cit., 136 s.

<sup>28</sup> In proposito, merita sottolineare come la *National Conference of Commissioners of Uniform State Laws*, nel 2000, abbia adottato un *Uniform Parentage Act* (che faceva seguito a quello del 1973), poi emendato nel 2002, volto a suggerire una uniformità di fondo, in materia, tra i vari Stati (il testo dell'*Uniform Parentage Act* è consultabile *on line* alla pagina <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/upa/final2002.htm>). Solo una minoranza di Stati, tuttavia, ha formalmente adottato l'*Act*, che quindi opera in larga misura alla stregua di una fonte di *Soft Law*. Lo scarso impatto di questo testo è drammaticamente testimoniato dall'incertezza in ordine al numero massimo di genitori che possono essere riconosciuti per un singolo figlio: se il concetto tradizionale di famiglia impone la presenza, al massimo, di due genitori, non sono mancati interventi giurisprudenziali che hanno superato questo limite naturale (v. J. ARONS, *Future Choices*, cit., 20, che cita una non meglio precisata corte d'appello che, nel 2007, ha riconosciuto lo *status* di genitore, con tutte le conseguenze che ne derivano, ad entrambe le componenti di una coppia lesbica ed al donatore di spermatozoi).

Una considerazione a parte deve essere riservata alla maternità surrogata, che, sulla scorta del *Common Law*, è ammessa, ma che, in taluni casi (segnatamente, in Arizona e nel District of Columbia) è vietata, in altri (in Michigan e nello Stato di New York) viene scoraggiata attraverso la sanzione di nullità dei contratti, mentre in altri ancora è regolata mediante una selezione del tipo di contratti, dell'entità del corrispettivo economico ammesso o del tipo di surrogazione che si consente<sup>29</sup>. La relativa proliferazione di normative in materia deve essere ricondotta, con ogni probabilità, alla eco mediatica ricevuta da taluni casi, incentrati essenzialmente sulla contestazione della validità dei contratti stipulati e sulla connessa rivendicazione del legame di filiazione da parte della gestante<sup>30</sup>. Controversie, queste, la cui delicatezza non può non emergere con evidenza, se solo si pensa che “un bambino può avere fino a tre genitori biologici (l'uomo che fornisce lo sperma, la donna che fornisce gli ovociti e la donna che sostiene la gravidanza ed il parto)” e che “fino a tre altre persone possono essere prese in considerazione dal diritto [...] come genitori di un bambino (i genitori ‘pretesi’ o ‘contraenti’ che hanno cercato di far nascere un bambino attraverso la riproduzione assistita, ed il marito della gestante surrogata che abbia scelto di tenere il figlio o i figli che ha fatto nascere)”<sup>31</sup>. Le problematiche relative alla filiazione non hanno ancora trovato soluzione, come dimostrano due recenti casi cui di seguito si accennerà.

La prima vicenda, *In Re the Paternity of F.T.R.*<sup>32</sup>, risale al giugno 2013 ed ha avuto luogo nello Stato del Wisconsin, dove non si prevede alcuna disciplina della maternità surrogata né esisteva, prima dell'instaurazione del giudizio in questione, una giurisprudenza sull'eventuale contestazione di accordi di surrogazione. La coppia committente e la madre surrogata si conoscevano da tempo, e si erano accordati per scritto per la fecondazione degli ovociti della madre surrogata con gli spermatozoi del marito; alla nascita del bambino, la coppia committente se ne sarebbe assunta la responsabilità legale, e la madre surrogata avrebbe acconsentito all'emissione di un'ordinanza giudiziale di trasferimento della genitorialità. Si trattava, quindi, di una surrogazione c.d. parziale, poiché prevedeva l'uso delle cellule uovo della madre surrogata<sup>33</sup>.

Durante la gravidanza, i rapporti tra i committenti e la madre surrogata si erano deteriorati, e la madre surrogata aveva dichiarato di voler sciogliere l'accordo. Nel corso del giudizio che ne è derivato, la Corte suprema del Wisconsin ha stabilito che l'accordo di surrogazione parziale era giuridicamente vincolante, a patto che ciò fosse nel miglior interesse del bambino. Tuttavia, la Corte ha affermato che le clausole che richiedevano alla madre surrogata di rinunciare alla genitorialità non potevano esser fatte valere, e che essa avrebbe dunque mantenuto la maternità *giuridica* del bambino. Così, se da una parte la Corte ha accettato

---

<sup>29</sup> Per un quadro di sintesi delle legislazioni statali, v. J. ARONS, *Future Choices*, cit., 24 ss.

<sup>30</sup> L'analisi delle più significative tra le controversie insorte è condotta da S.M. BENARDO – K. BENARDO, *Assisted Reproductive Technology. Egg Donation and Surrogacy Arrangements in Law and Practice*, in *Bloomberg Corporate Law Journal*, 2007, vol. 2, 406 ss.

<sup>31</sup> V., nuovamente, J. ARONS, *Future Choices*, cit., 20.

<sup>32</sup> *In Re the Paternity of F.T.R., Rosecky v. Schissel*, 2013 WI 66 (WI S.Ct. 2013), dell'11 giugno 2013.

<sup>33</sup> Trattamento, questo, intrapreso meno frequentemente rispetto alla maternità surrogata c.d. completa, in cui la madre surrogata non è geneticamente imparentata con il bambino.

che i genitori committenti si sarebbero presi cura del bambino, dall'altra ha lasciato il bambino in una situazione giuridica assai confusa, che non potrà mancare di avere ripercussioni anche importanti nel corso della sua vita.

Anche il secondo caso è stato deciso nel 2013, stavolta nello Stato del Connecticut, ed ha riguardato una maternità surrogata completa in cui si è scoperto, durante la gravidanza, che il bambino avrebbe sofferto di gravi difetti di salute, che avrebbero reso necessari molteplici interventi chirurgici, tali da poter stabilire nel 25% le possibilità di avere una vita sana. Alla luce di questi accertamenti, i genitori committenti avevano deciso di chiedere alla madre surrogata di abortire; tuttavia, quest'ultima si era opposta, provocando la rottura delle relazioni con la coppia committente. I resoconti della vicenda riportati nei *mass-media* hanno indicato che la coppia avrebbe offerto la somma di 10.000 dollari alla madre surrogata per terminare la gravidanza, al posto della tariffa originariamente concordata di 22.000 dollari. Un avvocato nominato dai committenti aveva informato la madre surrogata che l'accordo prevedeva l'aborto nei casi di gravi anomalie del feto. La coppia non poteva legalmente costringere la donna ad abortire, ma alla luce del diritto vigente nello Stato del Connecticut, i genitori genetici, che sarebbero diventati anche i genitori legali, avevano annunciato la loro intenzione di dare in adozione il bambino. La madre surrogata si era così recata in Michigan, dove la legge prevede che la madre surrogata ne assuma la responsabilità giuridica, e dove un'altra coppia si era offerta di prendersi cura del figlio. Il caso si è risolto con la cessione della paternità dal padre committente, biologico, al padre adottivo, e la nomina della madre surrogata sul certificato di nascita del bambino; in cambio, la famiglia adottiva ha concesso facoltà di visita alla madre committente.

Le riserve che incontra la maternità surrogata non si estendono alla mera donazione di ovociti, relativamente alla quale non constano particolari divieti sanciti a livello legislativo.

Discorso analogo vale per la donazione di spermatozoi, che è generalmente ammessa e per la quale non è prevista, per solito, neppure una compiuta disciplina del grado di confidenzialità della donazione, tanto che talune cliniche, in passato, hanno addirittura offerto inseminazioni con seme di donatore noto<sup>34</sup>.

Nel silenzio dei legislatori, e nella quasi totale assenza di casi giurisprudenziali che possano fungere da precedenti<sup>35</sup>, la prassi trova una qualche forma di regolamentazione in fonti di *Soft Law*. Tra queste, meritano un cenno almeno le *Guidelines for gametes and embryo donation*, redatte, nel 2008, dal *Practice Committee of the American Society for Reproductive Medicine* e dal *Practice Committee of the Society for Assisted Reproductive Technology*<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Lo ricorda A. SCHUSTER, *Al margine dello spettro comparatistico: il caso degli Stati Uniti*, cit., 153.

<sup>35</sup> Un'eccezione, in proposito, è forse rintracciabile nella sentenza della Corte d'appello della California che ha ritenuto contrario all'ordine pubblico un contratto nel quale il donatore di sperma era esentato dal fornire qualunque tipo di informazione circa la sua storia clinica e circa le malattie ereditarie presenti nella sua famiglia: caso *Johnson v. Superior Court of Los Angeles County*, 95 Cal. Rptr. 2d 864 (Cal. App., 2000).

<sup>36</sup> Il testo delle *Guidelines* riportato in *Fertility and Sterility*, vol. 90, suppl. 3, November 2008, ed è consultabile online alla pagina [http://www.asrm.org/uploadedFiles/ASRM\\_Content/News\\_and\\_Publications/Practice\\_Guidelines/Guidelines\\_and\\_Minimum\\_Standards/2008\\_Guidelines\\_for\\_gamete.pdf](http://www.asrm.org/uploadedFiles/ASRM_Content/News_and_Publications/Practice_Guidelines/Guidelines_and_Minimum_Standards/2008_Guidelines_for_gamete.pdf).



Con precipuo riguardo all'ovodonazione, le *Guidelines* sottolineano che “la decisione di procedere con ovociti donati è complessa, ed i pazienti possono trarre beneficio da [una] consulenza psicologica che li aiuti in questa decisione”<sup>37</sup>. Per quanto attiene alla donatrice, “preferibilmente di età compresa tra i 21 ed i 34 anni”<sup>38</sup>, “considerazioni pragmatiche, quali la difficoltà nel reperire donatrici adatte, supportano l'utilizzo di donatrici di ovociti conosciute”, auspicabilmente previ “valutazione psicologica e consulto”, estesi anche al suo *partner*<sup>39</sup>: “la donazione diretta (non-anonima o conosciuta) è accettabile, se tutte le parti concordano”<sup>40</sup>. Il compenso pecuniario, in linea di massima ammissibile, “dovrebbe riflettere il tempo, l'incomodo e le richieste ed i rischi fisici ed emotivi connessi alla donazione di ovociti e dovrebbe altresì porsi ad un livello tale da minimizzare le possibilità di una indebita induzione” ai danni della donatrice<sup>41</sup>.

Per quel che concerne la donazione di spermatozoi, oltre alla valutazione ed all'assistenza psicologiche a beneficio della coppia<sup>42</sup>, si prevede che “il donatore dovrebbe avere la maggiore età e l'ideale sarebbe che avesse meno di 40 anni, perché l'avanzare dell'età del maschio è associata alla crescita progressiva della aneuploidia dello sperma”<sup>43</sup>. Il donatore dovrebbe essere sottoposto a valutazioni di ordine psicologico e di ordine genetico; dalla sua storia clinica non dovrebbero emergere malattie ereditarie, né patologie legate alla vita sessuale<sup>44</sup>. Al medesimo fine, si stabilisce che “è essenziale che il donatore sottoscriva un modulo di consenso, che dovrebbe includere una ferma negazione di avere qualunque fattore di rischio riconosciuto per infezioni trasmesse sessualmente e per malattie genetiche”<sup>45</sup>. Le Linee guida non escludono la compensazione della donazione: “il pagamento dei donatori varia da zona a zona, ma non dovrebbe essere tale che l'incentivo monetario fosse la motivazione primaria per donare lo sperma”<sup>46</sup>.

Altri aspetti di precipuo interesse relativi alla donazione di spermatozoi sono quelli connessi ai limiti all'utilizzo di sperma, alla confidenzialità della donazione ed alla selezione dei donatori. Sul primo punto, le *Guidelines* prevedono che le strutture sanitarie dovrebbero conservare i dati relativi all'utilizzo dello sperma di ciascun donatore, onde evitare un numero eccessivo di gravidanze originate dallo stesso. Si ammette, tuttavia, che “è difficile stabilire un numero preciso di volte che un dato donatore possa essere

---

<sup>37</sup> *Guidelines for gametes and embryo donation*, cit., 36.

<sup>38</sup> *Op. ult. cit.*, 37.

<sup>39</sup> *Loc. ult. cit.*

<sup>40</sup> *Op. ult. cit.*, 40.

<sup>41</sup> *Loc. ult. cit.*

<sup>42</sup> *Op. ult. cit.*, 31.

<sup>43</sup> *Op. ult. cit.*, 32.

<sup>44</sup> *Loc. ult. cit.*

<sup>45</sup> *Op. ult. cit.*, 36.

<sup>46</sup> *Op. ult. cit.*, 35.

utilizzato, perché devesi prendere in considerazione la popolazione base da cui il donatore è selezionato e l'area geografica che può essere coperta dal donatore"; alla luce di ciò, "è stato suggerito che, in una popolazione di 800.000, limitare ogni donatore a non più di 25 nascite eviterebbe qualunque rischio significativamente aumentato di concepimenti tra consanguinei ignari"<sup>47</sup>.

In ordine al regime della donazione, non si accenna all'anonimato, ma ci si limita a rimarcare che "si dovrebbe garantire agli individui che partecipano a programmi di donazione la protezione della confidenzialità, nella misura in cui le leggi federali e locali lo permettano"<sup>48</sup>.

Infine, si prevede che "la coppia dovrebbe essere incoraggiata ad elencare le caratteristiche che desiderano in un potenziale donatore, incluse la razza e/o l'appartenenza etnica, l'altezza, la struttura corporea, la carnagione, il colore degli occhi e dei capelli e la loro consistenza"<sup>49</sup>. È peraltro da avvertire che un eventuale errore nella individuazione del donatore da parte della clinica, salvo che ciò non comporti deformazioni o difetti di salute nel nato, non dà luogo – stando almeno al precedente della Corte suprema dello Utah – ad alcun risarcimento dei danni<sup>50</sup>.

Un altro settore nella disciplina della fecondazione assistita riguarda il diritto della proprietà intellettuale. Nel giugno 2013, l'Università di Stanford ha ottenuto un brevetto per un metodo di valutazione del ciclo di sviluppo delle cellule, che può essere impiegato nei trattamenti di fecondazione *in vitro* per determinare la possibilità di sopravvivenza di un embrione; l'università ha ceduto una licenza d'uso esclusiva alla Auxogyn, un'azienda di biotecnologia. La vicenda ha sollevato numerose polemiche, per via delle preoccupazioni relative alla probabile lievitazione dei costi dei trattamenti di fecondazione assistita conseguente al nuovo assetto commerciale<sup>51</sup>.

Tuttavia, nonostante le diverse lacune ed incertezze legali, si registra un aumento nell'uso della maternità surrogata, soprattutto ad opera delle coppie *gay*; il fenomeno sta provocando, ad esempio, forti pressioni affinché si riformi l'ordinamento dello Stato di New York, il quale attualmente vieta la maternità surrogata commerciale<sup>52</sup>.

Altra tendenza sempre più diffusa è lo *screening* pre-impianto degli embrioni per malattie genetiche, che solleva non poche polemiche, soprattutto da parte di organizzazioni per la tutela dei diritti dei disabili<sup>53</sup>. Inoltre, come si è visto per il Regno Unito, anche negli Stati Uniti si sta valutando l'opportunità

---

<sup>47</sup> *Op. ult. cit.*, 35 s.

<sup>48</sup> *Op. ult. cit.*, 36.

<sup>49</sup> *Loc. ult. cit.*

<sup>50</sup> Cfr. la sentenza sul caso *Harnicher v. University of Utah Medical Center*, 962 P.2d 67 (Utah, 1998).

<sup>51</sup> [http://www.bionews.org.uk/page\\_305720.asp](http://www.bionews.org.uk/page_305720.asp).

<sup>52</sup> <http://www.nytimes.com/2014/02/20/fashion/In-New-York-Some-Couples-Push-for-Legalization-of-Compensated-Surrogacy.html?ref=assistedreproductivetechnology>.

<sup>53</sup> <http://www.nytimes.com/2014/02/04/health/ethics-questions-arise-as-genetic-testing-of-embryos-increases.html?ref=assistedreproductivetechnology>.

di rendere possibile il ricorso a tecniche di fecondazione volte ad impedire le malattie mitocondriali, mediante l'uso di materiale riproduttivo proveniente da tre diversi individui<sup>54</sup>. Le procedure, attualmente vietate, sono dalla fine del febbraio 2014 all'esame del *Food and Drug Administration*, l'agenzia governativa incaricata di tutelare la salute pubblica negli Stati Uniti attraverso attività di regolamentazione, innovazione ed informazione<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Per una sintesi delle procedure, si v. la parte sul Regno Unito del presente quaderno, ed in particolare il par. 5.5.

<sup>55</sup> <http://edition.cnn.com/2014/02/26/health/ivf-mitochondria/>.