

# LA FECONDAZIONE ETEROLOGA

a cura di *Paolo Passaglia*

con contributi di *C. Bontemps di Sturco, C. Guerrero Picó, S. Pasetto, M. T. Rörig*

## INTRODUZIONE

### FRANCIA

- 1. Il quadro normativo**
- 2. Le tecniche di fecondazione eterologa ammesse**
  - 2.1. L'inseminazione eterologa
  - 2.2. L'ovodonazione
  - 2.3. La donazione di embrioni
- 3. Principi ed argomenti evocati in relazione alla fecondazione eterologa**
- 4. Documentazione**

### 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**
- 6. Documentazione**

### 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*
    - 2.1.2. *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

### **6. Documentazione**

## **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*

### **5. Documentazione**

## **APPENDICE (MATERIALI SU ALTRE ESPERIENZE)**

### **1. Portogallo**

### **2. Stati Uniti**

## INTRODUZIONE

La presente ricerca si sofferma, in particolare, su quattro Paesi europei, caratterizzati da approcci significativamente divergenti, che vanno da un'ampia liberalizzazione del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita comprendenti anche l'inseminazione eterologa e l'ovodonazione (Regno Unito, Spagna), alla enucleazione di limiti all'accesso ai trattamenti (Francia), fino ad una regolamentazione generalmente più restrittiva, articolata in special modo sulla necessità di garantire una adeguata tutela dell'embrione (Germania).

Avendo un oggetto piuttosto circoscritto, la ricerca non affronta le problematiche generali che solitamente introducono gli studi sulla procreazione medicalmente assistita, per le quali si rinvia ad altra ricerca, del 2008, reperibile anche sul sito *internet* della Corte.

# FRANCIA

di Charlotte Bontemps di Sturco

## 1. Il quadro normativo

Negli anni settanta, si sono avute le prime sperimentazioni di procreazione medicalmente assistita con terzi donatori, con donazione sia di ovociti che di spermatozoi, nell'ambito dei centri di studio e di conservazione degli ovuli e dello sperma. Questi centri, nati come associazioni, sono stati integrati nel settore pubblico solo nel 1994 con le leggi di bioetica. Dagli anni settanta al 1994, le fecondazioni eterologhe sono avvenute in Francia al di fuori di un quadro legislativo preciso. La legislazione del 1994, 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.

Le norme concernenti la procreazione assistita sono inserite nelle c.d. leggi di bioetica, che coprono un ambito nel quale possono inserirsi anche 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 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

---

<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.

<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, p. 17.

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*.

Di particolare importanza è la legge n. 94-563 del 29 luglio 1994, che 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 (articolo 16-8), quando ammesse.

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.

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 1974/1975 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.

---

<sup>4</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., p. 16.

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>.

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 I, II e IV 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

---

<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 e L. PHILIP (a cura di), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 12° ed., Dalloz, Parigi, 2003, p. 859 e ss.

<sup>7</sup> Il principio di tutela della dignità è stato affermato ed utilizzato dal *Conseil constitutionnel* per la prima volta proprio nella decisione in discorso.

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>8-9</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>10</sup>.

## 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>11</sup>.

L'accesso alla procreazione medicalmente assistita è, conseguentemente, limitato alle coppie, sposate, legate in un PACS o di fatto<sup>12</sup>, composte da un uomo ed una donna. Il legislatore, con il

---

<sup>8</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 e L. PHILIP (a cura di), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, cit. p. 862).

<sup>9</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 e L. PHILIP (a cura di), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, cit. p. 860, 867 e 868.

<sup>10</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 générale plénière le 9 avril 2009*, La documentation française, Parigi, 2009, p. 53 e 54.

<sup>11</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., p. 58.

<sup>12</sup> La legge n. 2011-814 ha soppresso l'esigenza di vita comune per almeno due anni.

riferimento ad un certo schema familiare, ha escluso sia i *singles* che le coppie omosessuali<sup>13</sup>, optando per una disciplina ancora più restrittiva di quella che caratterizza l'adozione (aperta ai *singles*).

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>14</sup>. Un *discrimen* significativo è peraltro fissato a 43 anni, età al di sotto della quale sono rimborsate le spese per ricorrere alla procreazione medicalmente assistita<sup>15</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*.

La fecondazione eterologa è ammessa con dono di gameti (sia di spermatozoi che di ovociti), ma non è possibile ricorrere ad una doppia fecondazione eterologa con dono 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 al dono 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>16</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.

---

<sup>13</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>14</sup> CONSEIL d'ETAT, *La révision des lois de bioéthique, Etude adoptée par l'assemblée générale plénière le 9 avril 2009*, cit. p. 48.

<sup>15</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., p. 54.

<sup>16</sup> Per maggiori dettagli, v. AGENCE DE LA BIOMEDECINE, *Rapport annuel 2009*, in [http://www.agence-biomedecine.fr/uploads/document/RA\\_Biomed\\_2009-B.pdf](http://www.agence-biomedecine.fr/uploads/document/RA_Biomed_2009-B.pdf).

Secondo il rapporto annuale dell’Agenzia della biomedicina del 2009<sup>17</sup>, nel 2008, in Francia sono nati 20.136 bambini (su 121.515 tentativi) – di cui 6.669 con fecondazione eterologa – grazie alle tecniche della procreazione medicalmente assistita, ovvero il 2,4% dei bambini complessivi nati quell’anno. Più specificamente, i bambini nati con donazione di spermatozoi rappresentano il 5,2% delle nascite derivanti da una procreazione medicalmente assistita (e cioè 1.055 nascite, su 5.835 tentativi); quelli derivanti da donazione di ovociti lo 0,7% (ovvero 145 nascite, su 742 tentativi) e quelli con trasferimento di embrione lo 0,1% (con 16 nascite su 92 tentativi).

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 scombussolato il concetto stesso di filiazione nei suoi fondamenti socioculturali e giuridici”<sup>18</sup>.

## 2.1. L’inseminazione eterologa

In Francia, la donazione di spermatozoi ha sollevato maggiori problemi dell’ovodonazione, 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.

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 Nizza, 30 giugno 1976, Cass. Civ. , 10 luglio 1990, ecc.<sup>19</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.

---

<sup>17</sup> AGENCE DE LA BIOMEDECINE, *Rapport annuel 2009*, cit. p. 197 e ss.

<sup>18</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., p. 39.

<sup>19</sup> Più ampi ragguagli in G. TAORMINA, *Le droit de la famille à l’épreuve du progrès scientifique*, in *Recueil Dalloz*, 2006, p. 1071.

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.

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>20</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 co. 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; i genitori, cui consente di costruire più serenamente la loro famiglia (senza temere l'irruzione di un terzo soggetto); i figli, giacché studi psicoanalitici hanno dimostrato le conseguenze negative sui bambini della rivelazione dell'identità del donatore di gameti.

D'altro canto, l'eliminazione dell'anonimato avrebbe, di per sé, conseguenze negative. Una persona priva di qualunque progetto genitoriale al momento della donazione potrebbe trovarsi a doversi confrontare, magari diciotto anni dopo, con la domanda di uno o più (fino a 10 ...) bambini

---

<sup>20</sup> CONSEIL d'ETAT, *La révision des lois de bioéthique, Etude adoptée par l'assemblée générale plénière le 9 avril 2009*, cit. p. 52.

inerente la ricerca delle loro origini, ciò che potrebbe danneggiare il suo equilibrio familiare. Il relatore del progetto di legge sulla bioetica del 2011 si è 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.

Sul piano pratico, poi, da 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.

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 filiazione umana a quella degli animali o delle piante”<sup>21</sup>. Il Comitato consultivo nazionale di etica ha affermato, in questo senso, che “i genitori non sono dei gameti”<sup>22</sup>.

## 2.2. L’ovodonazione

La fecondazione eterologa con donazione di ovociti non ha posto, da un punto di vista giuridico<sup>23</sup>, 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 l’inseminazione, 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 sentenza del 31 maggio 1991<sup>25</sup>, ha considerato illecito un contratto che la

---

<sup>21</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., p. 42.

<sup>22</sup> COMITE CONSULTATIF NATIONAL D’ETHIQUE, *Avis n. 90 sur l’accès aux origines, l’anonymat et le secret de la filiation*, novembre 2005.

<sup>23</sup> I problemi maggiori per l’ovodonazione sono, in effetti, di natura pratica, in quanto si constata una penuria di donazioni. 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. La legge del 2011 ha dunque esteso le possibilità di donazione, eliminando l’esigenza di aver già procreato e prevedendo congedi dal lavoro per le sedute di donazione. Infine, è stata anche prevista la possibilità di utilizzo personale in caso di infertilità futura.

<sup>24</sup> G. TAORMINA, *Le droit de la famille à l’épreuve du progrès scientifique*, cit.

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

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>.

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

L'accoglimento di un embrione altrui da parte di una coppia è subordinato alla una 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 possono consentire, tramite scrittura privata, al 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

---

<sup>26</sup> CONSEIL d'ETAT, *La révision des lois de bioéthique, Etude adoptée par l'assemblée générale plénière le 9 avril 2009*, cit. p. 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. p. 64 e ss.

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

<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.

ovarica e di prelievo e, al contempo, riducono i casi di gravidanze gemellari, o 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.

Secondo i dati dell'Agenzia della biomedicina, il 31 dicembre 2008, 14991 embrioni erano conservati, il 66% era oggetto di un progetto genitoriale contro il 14,5%; il 19,5% degli embrioni era, invece, oggetto di disaccordo.

L'accoglimento dell'embrione, a differenza della donazione di sperma o dell'ovodonazione, è subordinata ad una decisione giudiziaria.

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 diversi problemi interpretativi aveva creato, 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, come per l'ovodonazione, la madre sarà la persona che ha partorito.

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

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*.

---

<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., p. 51.

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

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.

Di fronte alla limitatezza di donazioni di ovociti, è emerso dai rapporti parlamentari<sup>34</sup> che numerose sono le coppie che si recano all'estero (in Grecia, in Repubblica Ceca e, soprattutto, in Spagna) per ottenerli.

Per ovviare a questa prassi, riducendo i tempi di attesa, si è anche propugnato lo sviluppo di alcune pratiche basate sulla possibilità per la coppia affetta da problemi di sterilità di presentarsi presso i centri di procreazione medicalmente assistita, con una donatrice di ovociti. Dette pratiche sono, allo stato attuale, chiaramente contrarie alle disposizioni che vietano l'assegnazione esplicita di un donatore di gamete ad una coppia, in violazione anche del principio dell'anonimato della donazione e della nullità degli accordi in materia.

Sussistendo, comunque, l'esigenza di risolvere il problema, nel corso dell'*iter* legislativo del 2011, oltre alle riforme poste in essere, sono state formulate, diverse proposte, di carattere non legislativo, volte a favorire la donazione di ovociti<sup>35</sup>.

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, tuttavia, nella qualificazione di una certa tecnica come nuova ovvero puramente migliorativa di altra già esistente<sup>36</sup>.

---

<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.

<sup>34</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., p. 54.

<sup>35</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.

<sup>36</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.

## 4. Documentazione

Salva diversa indicazione, i materiali sono in lingua francese

- a) Costituzione francese del 1958 [*in lingua italiana*]

[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/site\\_italien/constitution\\_italien.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/site_italien/constitution_italien.pdf)

- b) *Conseil constitutionnel*, 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*

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1994/94-343/344-dc/decision-n-94-343-344-dc-du-27-juillet-1994.10566.html>

- c) Codice civile

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20110715>

- d) Codice della salute pubblica

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20110715>

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

---

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

<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.

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 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

---

<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.

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, secondo quanto si è potuto recentemente riscontrare nel caso *S.H. ed altri c. Austria* (Ricorso n° 57813/00), oggetto della sentenza della Corte di Strasburgo del 1° aprile 2010.

Al riguardo, si pone la questione della collocazione nell’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 con particolare riferimento alla procreazione assistita, ha

---

<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.

sottolineato varie volte (da ultimo 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 esplicitare valenza 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 CEDU ed ai 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 esplicano 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 evitata altrimenti, il legislatore può quindi eccezionalmente prescindere dal rispetto delle relative disposizioni dei trattati internazionali, senza che si leda con ciò l'obiettivo del *favor* per i 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 dell'assenso o della partecipazione degli organi competenti di volta in volta 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> Al riguardo, il Tribunale costituzionale ha evidenziato come la Convenzione lasci la scelta su come garantire il rispetto della stessa 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, BGBl II p. 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 –.

Alla luce della sentenza della Corte EDU nel caso contro l'Austria non pare dunque che possa escludersi che la questione della collocazione della CEDU nell'ordinamento tedesco e della sua eventuale incidenza sui diritti fondamentali possa rilevare con riferimento alla fecondazione eterologa, soprattutto se tale tema dovesse divenire oggetto di uno scrutinio più approfondito da parte del *Bundesverfassungsgericht*<sup>17</sup>.

### 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.

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>.

---

<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”.

<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

### 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 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,

---

mediante la fecondazione artificiale rispondenti ai requisiti dell'art. 27 a, comma 1, *SBG 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 16 settembre 2010, è entrata in vigore il 2 dicembre 2010). 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.

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

*“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 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*

---

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

*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>.

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

---

<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).

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.

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

---

<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*].

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.

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*

---

<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.

<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).

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>.

(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.

(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

---

<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, salvo che il donatore e la madre abbiano sin dall'inizio concordato che il padre genetico rinunci alla propria responsabilità genitoriale.

<sup>35</sup> La Pretura (AG) di Amburgo ritiene tale disposizione incostituzionale con riferimento ai c.d. casi anteriori (problema dell'effetto retroattivo) ed ha sollevato la questione presso il Tribunale costituzionale (provv. del 15 aprile 2010, 350 F 118/09). La questione, a quanto consta, è attualmente pendente.

<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 non lede il presunto padre biologico 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. 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).

seme<sup>37</sup>. Al riguardo, si ritiene in Germania – anche in considerazione della giurisprudenza costituzionale in merito al diritto alla conoscenza della propria origine genetica<sup>38</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 informazioni sulla persona del donatore e non può richiamare, al riguardo, il segreto professionale. 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.

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>39</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>40</sup>, non implichi necessariamente che il figlio debba essere legittimato all'impugnazione della paternità del padre giuridico<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> Per i termini, v. art. 1600b BGB; ad es. se il rappresentante legale di un figlio minorenne non ha impugnato tempestivamente la paternità, il figlio può tuttavia impugnarla personalmente dopo il concepimento della maggiore età (art. 1600b, comma 3, BGB).

<sup>38</sup> Cfr. *supra* e nota 6.

<sup>39</sup> Cfr. S. WEHRSTEDT, *Notarielle Vereinbarungen anlässlich einer künstlichen Befruchtung*, RNotZ 2005, 109.

<sup>40</sup> Non è un caso che, a seguito di queste pronunce, il numero dei donatori sia calato drasticamente.

<sup>41</sup> Se è vero che nella decisione del 31 gennaio 1989 - 1 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.

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>42</sup>. Tanto è vero che, recentemente, un donatore è stato 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. Il convenuto 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>43</sup>.

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,

---

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.).

<sup>42</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>43</sup> S. WEHRSTEDT, *op. cit.*, con ulteriori riferimenti.

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>44</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’esonero 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>45</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 la salute dei soggetti coinvolti, tecniche che, però, non sembrano consentite alla luce della

---

<sup>44</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.

<sup>45</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.

*ESchG*. Viene evidenziata, pertanto, la necessità di una revisione della normativa vigente<sup>46</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.

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). Attraverso la relativa modifica dell'*ESchG* si prevede quindi la legittimità della diagnosi pre-impianto, sia pure solo eccezionalmente.

#### 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>47</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>48</sup>, visto che i costi

---

<sup>46</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.

<sup>47</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, p. 1 ss., e del 28 maggio 1993, BVerfGE 88, 203 ss.

<sup>48</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), 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. 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).

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 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.

della fecondazione eterologa non vengono coperti dal servizio sanitario<sup>49</sup> (ai sensi dell'art. 27 a del Codice sociale, v. *supra*) né, solitamente, dalle assicurazioni private<sup>50</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>51</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>52</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 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

---

<sup>49</sup> V. anche BSG, sentenza del 9 ottobre 2001 (B 1 KR 33/00 R).

<sup>50</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>51</sup> Per lo stesso orientamento, v. anche Pretura (AG) di Amburgo, 10 gennaio 2009 (60 III 224/08).

<sup>52</sup> Cfr. BFH, sentenza del 18 maggio 1999 (III R 46/97).

conseguenze della malattia vengano attenuate o eliminate<sup>53</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.

## 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>54</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>55</sup>, e persegue la protezione della vita evitando la creazione di embrioni soprannumerari. La restrizione per il trasferimento a tre embrioni tende a ridurre il rischio di gravidanze plurigemellari<sup>56</sup>, in ragione del

---

<sup>53</sup> Nella sentenza del BFH del 28 luglio 2005 (BStBl. 2006 II, p. 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>54</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>55</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”.

<sup>56</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 ricorran ad una riduzione plurigemellare, ovvero alla distruzione intrauterina degli embrioni soprannumerari.

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>57</sup> (si distingue tra inseminazione intracervicale, inseminazione intrauterina e l'inseminazione intratubarica); (2) Gift (*Gamete Intrafallopian Transfer*)<sup>58</sup>; (3) FIV (Fecondazione *in vitro*)<sup>59</sup> extracorporea; (4) Icsi (Intracytoplasmatic sperm injection)<sup>60</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>61</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>62</sup>.

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

---

<sup>57</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>58</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>59</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>60</sup> Iniezione intracitoplasmatica dello spermatozoo. Consiste nell'introdurre lo spermatozoo direttamente all'interno dell'ovocita.

<sup>61</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>62</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.

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>63</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 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

---

<sup>63</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.

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>64</sup>.

## 6. Documentazione

Salva diversa indicazione, i materiali sono in lingua tedesca:

- a) Legge fondamentale tedesca del 1949

<http://www.bundestag.de/parlament/funktion/gesetze/grundgesetz/index.html>

[testo vigente]

<http://www.comites-monaco.de/documentazione/60Costituzioni.pdf>

[traduzione italiana – sebbene non in versione aggiornata]

- b) Legge per la tutela dell'embrione del 1990 (*Embryonenschutzgesetz*)

---

<sup>64</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.

- <http://www.gesetze-im-internet.de/eschg/index.html>
- c) Codice sociale V (*Sozialgesetzbuch V*)  
[http://www.gesetze-im-internet.de/sgb\\_5/index.html](http://www.gesetze-im-internet.de/sgb_5/index.html)
- d) Codice civile tedesco  
<http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>  
[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 2010]
- e) Ordinanza del Tribunale costituzionale federale del 2 luglio 2010 (1 BvR 666/10)  
[http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20100702\\_1bvr066610.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20100702_1bvr066610.html)
- f) Ordinanza del Tribunale costituzionale federale del 27 gennaio 2009 (1 BvR 2982/07)  
[http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20090227\\_1bvr298207.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20090227_1bvr298207.html)
- g) Sentenza del Tribunale costituzionale federale del 28 febbraio 2007 (1 BvL 5/03)  
[http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/lr20070228\\_1bvl000503.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/lr20070228_1bvl000503.html)
- h) Sentenza del Tribunale costituzionale federale del 31 gennaio 1989 (1 BvL 17/8)  
<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv079256.html>
- i) Sentenza della Corte suprema delle finanze (BFH) del 16 dicembre 2010 – VI R 43/10  
<http://lexetius.com/2010,5790>
- j) Pronuncia del tribunale amministrativo di Francoforte (del 23 febbraio 2011, – 3 K 4145/10 F –)  
<http://www.lareda.hessenrecht.hessen.de/jportal/portal/t/s15/page/bslaredaprod.psm1?&doc.id=MWRE110001264%3Ajuris-r01&showdoccase=1&doc.part=L>
- k) Linee guida modello del Comitato scientifico dell'Ordine nazionale dei medici in materia di fecondazione artificiale del 2006  
<http://www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=0.7.45.3261>
- l) Direttive della Commissione federale dei medici e delle Casse di malattia in materia di fecondazione artificiale del 1990 e successive modifiche  
[http://www.g-ba.de/downloads/62-492-494/KB-RL\\_2010-09-16.pdf](http://www.g-ba.de/downloads/62-492-494/KB-RL_2010-09-16.pdf)

# 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 procreazione in provetta si tentasse di “sostituirsi a Dio”;

---

<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.

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

---

<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*

accertamenti sulle cliniche e gestisce un registro di informazioni sulla effettuazione dei vari trattamenti e sui relativi esiti. 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>5</sup>.

La *Authority* svolge un ruolo anche nella formulazione delle *policies* relative alla procreazione assistita. 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(cb)* 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.

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 della modulistica necessaria per ottenere il consenso dei pazienti alla sottoposizione a trattamento, alla donazione ed alla conservazione dei gameti e degli embrioni<sup>6</sup>.

---

*hoc*. Le autorizzazioni per i trattamenti e la conservazione hanno una durata massima di cinque anni, ma spesso vengono 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> 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>6</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, 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

L'*Authority* è composta da ventidue 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.

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>7</sup>. Dunque, la possibilità dell'uso di gameti eterologhi è sancita per legge, sin dalla prima normativa emanata a disciplina della procreazione assistita.

---

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, 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.

<sup>7</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).

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.

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>8</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

---

<sup>8</sup> Parlamentari di ogni schieramento evidenziavano che una tale modifica avrebbe comportato lo sradicamento del ruolo degli uomini nella vita familiare moderna.

erano uomini detenuti che desideravano inseminare artificialmente le loro mogli. In *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Mellor*, 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 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, 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 (*ergo*, solo a coppie eterosessuali, non essendo riconosciuto il matrimonio omosessuale). L'*Act* ha anche apportato modifiche alla disciplina relativa alla

preselezione ed alla ricerca embrionale<sup>9</sup>. Può essere interessante sottolineare che la 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>10</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>11</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.

---

<sup>9</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.

<sup>10</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>11</sup> V. *supra*, nota 13.

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

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 recentissimo caso della *Gambling Commission*<sup>12</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>13</sup>. Le tecniche disponibili non sono distinte in base alla natura omologa o eterologa dei gameti utilizzati<sup>14</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

---

<sup>12</sup> L'ente governativo che concede le autorizzazioni per l'organizzazione e lo svolgimento di lotterie.

<sup>13</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>14</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 subzonale dell'ovocita; la maturazione *in vitro* dell'ovocita.

di bambini generati da una singola donazione, il riconoscimento del rapporto di filiazione (regime modificato dalla legge del 2008).

## **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>15</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 addiuvano 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>16</sup>, il marito della donna può essere riconosciuto come padre del bambino in virtù della presunzione di paternità dei figli nati entro il

---

<sup>15</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>16</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.

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.

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*). 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>17</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>18</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*).

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

---

<sup>17</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>18</sup> In virtù del quale veniva ad avere, peraltro, una responsabilità genitoriale limitata.

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.

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. 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.

### **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>19</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 55 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 potrebbe far ricorso contro la clinica, 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>20</sup>, a meno che l'*Authority* non abbia emesso istruzioni (*directions*) al riguardo. Una tale situazione si

---

<sup>19</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 ed S. OULTRAM, “*The Challenge of “Sperm Ships”*: *The Need for the Global Regulation of Medical Technology*”, in *Journal of Medical Ethics*, 2008, vol. 34, pp. 552-6.

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.

### **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>21</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>22</sup>. Dopo l'aprile 2005, le donazioni non possono più essere anonime<sup>23</sup>; gli interessi dei bambini concepiti in via eterologa<sup>24</sup> sono prevalsi su quelli dei donatori e dei genitori<sup>25</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.

---

<sup>20</sup> *Section 41*.

<sup>21</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>22</sup> ... anche se ciò avveniva principalmente con gli ovuli, maggiormente difficili da prelevare.

<sup>23</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>24</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.

<sup>25</sup> Per i donatori, il non essere contattati dai figli; per la famiglia, la *privacy* e la stabilità.

In seguito alla riforma del 2008, 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.

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. Tuttavia, come accennato, nel caso dell'ovodonazione è prevista un'ulteriore agevolazione: la possibilità di entrare nelle c.d. *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 sia dinanzi alla *Court of Appeal*; così è stato anche dinanzi alla Corte di Strasburgo. 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 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>26</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>27</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

---

<sup>26</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”.

<sup>27</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.

solitamente controllato dal comitato etico indipendente della clinica stessa, che è in grado di imporre ulteriori condizioni allo svolgimento dell'intervento<sup>28</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>29</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.

Tali presunzioni possono comunque essere respinte per mezzo di 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. 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

---

<sup>28</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>29</sup> *Human Fertilisation and Embryology Act 2008, Section 33.*

l'assenza del suo consenso al trattamento della moglie. Dunque, se il marito non ha manifestato obiezioni al trattamento, è il padre del bambino.

Se il trattamento è avvenuto in una clinica autorizzata, e la madre surrogata non ha alcun compagno o coniuge, il bambino non ha alcun padre ai sensi della legge.

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. Un padre committente solitamente non potrà acquisire la paternità legale in applicazione di queste condizioni, poiché esse si applicano solamente agli uomini i cui gameti non sono stati utilizzati nel concepimento; le condizioni potrebbero essere determinanti, invece, nei casi in cui fossero stati utilizzati gameti di un donatore.

### **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>30</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

---

<sup>30</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.

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.

#### **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>31</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>32</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?”.

---

<sup>31</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>32</sup> Per un approfondimento, si veda E. JACKSON, *Medical Law: Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2009, cap. 15.

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 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 dividevano 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 sottoposti 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'ovodonatrice con i gameti del marito della coppia sottoposti a trattamento, ed il successivo prelievo 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.

## 6. Documentazione

Salva diversa indicazione, i materiali sono in lingua inglese.

a) *Surrogacy Arrangements Act 1985*

[www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49)

b) *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents>

c) *Human Rights Act 1998*

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>

- d) *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*  
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>
- e) *Dickson v UK* (App. No. 44362/04) (2007)  
<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=dickson%20%7C%20united%20%7C%20kingdom&sessionid=73657831&skin=hudoc-en>
- f) *R v Human Fertilisation and Embryology Authority, ex parte Blood* [1997] 2 WLR 806 (CA)  
(le sentenze anteriori al 1998 sono reperibili a pagamento presso il sito [www.lexis.com](http://www.lexis.com))
- g) *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Mellor* [2001] EWCA Civ 472  
[www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2001/472.htm](http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2001/472.htm)
- h) *R (on the application of Rose) v Secretary of State for Health* [2002] EWHC 1593 (Admin)  
[www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2002/1593.html](http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2002/1593.html)
- i) *Leeds Teaching Hospital NHS Trust v A* [2003] EWHC (QB) 1034  
[www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2003/259.html](http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2003/259.html)
- j) *L v Human Fertilisation and Embryology Authority* [2008] EWHC 2149 (Fam)  
[www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2008/2149.html](http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2008/2149.html)
- k) Warnock Report  
[http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock\\_Report\\_of\\_the\\_Committee\\_of\\_Inquiry\\_into\\_Human\\_Fertilisation\\_and\\_Embryology\\_1984.pdf](http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf)
- l) Code of Practice HFEA  
[http://www.hfea.gov.uk/docs/8th\\_Code\\_of\\_Practice.pdf](http://www.hfea.gov.uk/docs/8th_Code_of_Practice.pdf)

# 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 famiglia. Il Tribunale costituzionale fece comunque salva la maggior parte delle

---

<sup>1</sup> Per un approfondimento, si veda M. IACOMETTI, *La procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento spagnolo*, in C. CASONATO e T.E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 37-91.

<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.

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). Inoltre, con regio decreto n. 42/2010, del 15 gennaio, è stata ridisegnata la struttura della Commissione nazionale sulla riproduzione assistita<sup>4</sup>, allo scopo di dotarla di maggiore agilità ed efficacia nell'esercizio delle sue competenze. A breve è prevista la creazione del Registro nazionale di donatori di gameti e di preembrioni.

## **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

---

<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 soprannumerari.

<sup>4</sup> È l'organo collegiale di carattere permanente e consultivo, dipendente dal Ministero della Sanità e della politica sociale, 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 in un caso di cancro ereditario al seno (ad aprile 2011 è nato a Barcellona il primo bambino libero da questo tumore), al colon e alla tiroide.

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>5</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).

## **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 maggiorenti 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>6</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

---

<sup>5</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”.

<sup>6</sup> Nello scorso mese di aprile, i *media* hanno reso pubblico che i servizi sanitari pubblici delle Comunità autonome di Catalogna, Murcia e Asturias hanno 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. Visto il contrasto con la legge PMA, il Ministero della Salute ha aperto un’indagine volta a chiarire se sia stata integrata una discriminazione in ragione dell’orientamento sessuale.

all'utilizzo delle suddette tecniche<sup>7</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 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>8</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).

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).

### **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.

---

<sup>7</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.

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

Il *plenum* del Tribunale costituzionale, con sentenza 116/1999, del 17 giugno, 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 include 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 fertilizzazione 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 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>9</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.).

#### **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>10</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

---

<sup>9</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, p. 10.

<sup>10</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).

economico alla donazione<sup>11</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>12</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 alla *équipe* medica cercare di garantire la maggiore similitudine fenotipica ed immunologica possibile dei campioni disponibili con la donna ricettrice (art. 6, comma 4)<sup>13</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.

---

<sup>11</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 30 euro per la donazione di seme e 800 euro per la donazione di ovociti.

<sup>12</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.

<sup>13</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.

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>14</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”.

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

---

<sup>14</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.

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>15</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 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*.

---

<sup>15</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 esperma*, in *Revista Ius et Praxis*, n. 1, 2010, pp. 3-54.

“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>16</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>16</sup> 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>17</sup>.

Infine, non resta che segnalare che la sentenza del tribunale di Valencia è stata oggetto di un ricorso di appello, tuttora pendente.

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

Allo stato, l'ultimo passo in materia è quello dell'*instrucción* della DGRN del 5 ottobre 2010<sup>18</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

---

<sup>17</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) 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>18</sup> Cfr. M. DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO, *La gestación 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 gestación 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.

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.
- 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>19</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>20</sup>.

---

<sup>19</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, p. 7; e M. DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO, *La gestación por sustitución...*, cit.

<sup>20</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

## 5. Documentazione

Salva diversa indicazione, i materiali sono in lingua spagnola.

- a) Costituzione spagnola del 1978 [*in lingua italiana*]  
<http://www.tribunalconstitucional.es/es/constitucion/Paginas/ConstitucionItaliano.aspx>
- b) *Ley n. 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*  
[http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases\\_datos/act.php?id=BOE-A-2006-9292](http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/act.php?id=BOE-A-2006-9292)
- c) *Real decreto n. 412/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y se regula la creación y organización del registro nacional de donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana.*  
[http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases\\_datos/doc.php?id=BOE-A-1996-6644](http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-1996-6644)
- d) *Real decreto n. 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida.*  
[http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases\\_datos/doc.php?id=BOE-A-1996-6645](http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-1996-6645)
- e) Sentenza del Tribunale costituzionale n. 116/1999  
[http://www.boe.es/g/es/bases\\_datos\\_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1999-0116](http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1999-0116)
- f) *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 18 febbraio 2009*  
<http://www.codigo-civil.net/archives/485>
- g) *Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 5 ottobre 2010*  
[http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292338996904?blobheader=application%2Fpdf&blobheadernam e1=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&blobheadernam e1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DInstrucci%C3%B3n+de+5+de+octubre+de+2010.PDF)

---

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.

# APPENDICE

## (MATERIALI SU ALTRE ESPERIENZE)

### 1. 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», 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>[1]</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.

---

1 [“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>[2]</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,

---

<sup>2</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))].

mantenendosi la riservatezza sull'identità del donatore a meno che egli avesse consentito espressamente l'informazione. Al di là di queste situazioni, queste 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.

## 2. Stati Uniti

di Paolo Passaglia

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>3</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>4</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>3</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>4</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>5</sup>, ma anche – sebbene con qualche riserva – al fine di legittimare l'interruzione volontaria della gravidanza<sup>6</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>7</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 impiegato in relazione alla procreazione nelle decisioni precedenti della Corte ha

---

<sup>5</sup> *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

<sup>6</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*” (p. 878; T.d.A.).

<sup>7</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.

enfaticamente l'importanza della decisione circa l'averne ed il crescere figli, e non del rapporto tra riproduzione ed intimità sessuale”<sup>8</sup>.

Resta da chiarire, peraltro, a chi questo diritto sia riferito, se cioè sia un diritto della coppia<sup>9</sup> ovvero dell'individuo<sup>10</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>11</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>12</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>13</sup>, nonché forme particolari di procreazione.

---

<sup>8</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>9</sup> Come poteva inferirsi dalla decisione sul caso *Griswold v. Connecticut*, cit., del 1965.

<sup>10</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” (p. 453; T.d.A.).

<sup>11</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>12</sup> Sul punto, v. A. SCHUSTER, *Al margine dello spettro comparatistico: il caso degli Stati Uniti*, cit., 136 s.

<sup>13</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>14</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>15</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 ad 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>16</sup>.

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>17</sup>.

Nel silenzio dei legislatori, e nella quasi totale assenza di casi giurisprudenziali che possano fungere da precedenti<sup>18</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

---

<sup>14</sup> Per un quadro di sintesi delle legislazioni statali, v. J. ARONS, *Future Choices*, cit., 24 ss.

<sup>15</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>16</sup> V., nuovamente, J. ARONS, *Future Choices*, cit., 20.

<sup>17</sup> Lo ricorda A. SCHUSTER, *Al margine dello spettro comparatistico: il caso degli Stati Uniti*, cit., 153.

<sup>18</sup> Una 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).

2008, dal *Practice Committee of the American Society for Reproductive Medicine* e dal *Practice Committee of the Society for Assisted Reproductive Technology*<sup>19</sup>.

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>20</sup>. Per quanto attiene alla donatrice, “preferibilmente di età compresa tra i 21 ed i 34 anni”<sup>21</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>22</sup>: “la donazione diretta (non-anonima o conosciuta) è accettabile, se tutte le parti concordano”<sup>23</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>24</sup>.

Per quel che concerne la donazione di spermatozoi, oltre alla valutazione ed all'assistenza psicologiche a beneficio della coppia<sup>25</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>26</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>27</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>28</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>29</sup>.

---

<sup>19</sup> Il testo delle *Guidelines* riportato in *Fertility and Sterility*, vol. 90, suppl. 3, November 2008, ed è consultabile *on line* 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).

<sup>20</sup> *Guidelines for gametes and embryo donation*, cit., 36.

<sup>21</sup> *Op. ult. cit.*, 37.

<sup>22</sup> *Loc. ult. cit.*

<sup>23</sup> *Op. ult. cit.*, 40.

<sup>24</sup> *Loc. ult. cit.*

<sup>25</sup> *Op. ult. cit.*, 31.

<sup>26</sup> *Op. ult. cit.*, 32.

<sup>27</sup> *Loc. ult. cit.*

<sup>28</sup> *Op. ult. cit.*, 36.

<sup>29</sup> *Op. ult. cit.*, 35.

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 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>30</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>31</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>32</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>33</sup>.

---

<sup>30</sup> *Op. ult. cit.*, 35 s.

<sup>31</sup> *Op. ult. cit.*, 36.

<sup>32</sup> *Loc. ult. cit.*

<sup>33</sup> Cfr. la sentenza sul caso *Harnicher v. University of Utah Medical Center*, 962 P.2d 67 (Utah, 1998).