

"Nuove tecnologie riproduttive alla luce del diritto interno ed internazionale. Quali linee guida per l'interprete?"

Le nuove tecnologie riproduttive consentono alle coppie, naturalmente sterili o infertili, di realizzare il desiderio di avere un figlio biologico: esse possono accedere alla procreazione medicalmente assistita (P.M.A.), che scinde la fase del concepimento, realizzato *"in vitro"*, dalla fase della gestazione e del parto.

Fin dalla sua entrata in vigore la legge 19 febbraio 2004, n.40 sulla P.M.A. ha suscitato dibattiti per i suoi riflessi etici e morali, sociali e giuridici sulla vita privata e familiare, tanto che essa è stata oggetto di *referendum*¹ e di modifiche legislative² e recentemente la Corte Costituzionale ne ha dichiarato l'incostituzionalità nella parte in cui vieta la fecondazione eterologa³.

A seguito dell'intervento del Giudice delle leggi si è aperto il dibattito – tuttora in corso – sulla necessità di linee guida contenenti l'indicazione delle regole sui test sanitari dei donatori e sulla tracciabilità dei gameti⁴, oltre all'esigenza primaria di tutela dei nati in provetta dal punto di vista sia del loro *status* giuridico sia dei

¹Amnesso dalla Corte Costituzionale con sentenza 13-28 gennaio 2005, n.46 per l'abrogazione – tra l'altro – dell'art.4, 3° comma e dell'art.9, 1° e 3° comma e dell'art.12, 1° comma, *referendum* che non raggiunse il *quorum* di partecipazione, ma raggiunse il 77% di risposte affermative per l'abrogazione del divieto di fecondazione eterologa.

²L'art.8 sullo stato giuridico del nato è stato modificato dall'art.102 del D.Lsg. 28 dicembre 2013, n.154

³Qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, come nei casi sottoposti alla Corte dalle ordinanze emesse dal Tribunale di Milano, dal Tribunale di Firenze e dal Tribunale di Catania che hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art.4, 3° comma in riferimento agli artt.2,3, 29, 31,32 Cost. e in relazione agli artt. 8 e 14 Cedu.

⁴Superato secondo alcuni dal Decreto Legislativo 6 novembre 2007, n.191 sulla attuazione della direttiva 2004/23/CE sulla definizione delle 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 dal Decreto Legislativo 25 gennaio 2010, n.16 sulla Attuazione delle direttive 2006/17/CE e 2006/86/CE, che attuano la direttiva 2004/23/CE per quanto riguarda le prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani, nonché per quanto riguarda le prescrizioni in tema di rintracciabilità, la notifica di reazioni ed eventi avversi gravi e determinate prescrizioni tecniche per la codifica, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani.

rapporti con i genitori, oltre alla questione, per ora non risolta, della possibilità di conoscere il genitore biologico.

Infine, con delibera n.650 del 28 luglio 2014 la Regione Toscana ha approvato le “Direttive sulla P.M.A. eterologa”, elaborate dal Consiglio Sanitario Regionale⁵, ritenendo che non si sia creato alcun vuoto normativo a seguito della recente dichiarazione di incostituzionalità dell’art.4, 3° comma, della Legge 40/2004 e determinando di fatto l'avvio della sperimentazione della fecondazione eterologa.

In questo contesto giuridico interno l'8 agosto 2014 il Tribunale di Roma si è pronunciato sul caso della fecondazione eterologa da errore, cagionato dalla scambio involontario di embrioni tra due coppie che si erano rivolte all'Ospedale Sandro Pertini di Roma per sottoporsi alla P.M.A. omologa. Avvenuto l'impianto in entrambe le donne, solo una di esse ha portato avanti una gravidanza gemellare.

L'errore umano, ineliminabile nelle procedure mediche pur se rispettate le linee guida⁶, è stato scoperto a seguito di alcuni accertamenti diagnostici che rilevarono l'incompatibilità dei profili del DNA di entrambi i genitori con entrambi i feti.

Reso noto il caso all'opinione pubblica, sono sorti dibattiti sulle figure genitoriali coinvolte e in particolare sull'identificazione dei genitori legittimi (o “veri” genitori) ancor prima della nascita dei gemelli; lo stesso Comitato Nazionale per la Bioetica, cui si era rivolta la Regione Lazio per un parere⁷, non ha preso posizione, pur riconoscendo che i diritti del minore hanno preminenza su quelli dei genitori, consistenti nel diritto ad avere due figure genitoriali certe di riferimento e nel diritto a conoscere le proprie origini attraverso filtri e criteri appropriati.

In prossimità del parto della madre gestante i genitori genetici hanno promosso ricorso ex art.700 c.p.c., al fine – tra l'altro – di poter formare essi stessi l'atto di nascita; nati i gemelli prima della discussione delle istanze cautelari, i genitori genetici hanno modificato la domanda, chiedendo la collocazione dei minori in struttura idonea o il diritto di visita onde poter costruire un legame affettivo significativo con i neonati, previa richiesta di sollevare la questione di legittimità

⁵ che ha delineato le metodiche tecniche e gli aspetti procedurali obbligatori per i centri autorizzati dalla Regione

⁶Si veda in proposito l’art.3 del Decreto Legge 13 settembre 2012, n.158 il cd. “Decreto Balduzzi”

⁷ Ai sensi del Regolamento del 28/11/2008 integrato dalle Linee Guida del 24/4/2009

costituzionale dell'art.269 c.c. nella parte in cui prevede che la madre sia colei che partorisce, oltre che dell'art.239, 1° comma, dell'art.234 bis e dell'art.263 c.c..

Il Tribunale ha ritenuto non rilevanti e manifestamente fondate le questioni di costituzionalità delle norme, in quanto non contrastanti con gli interessi dei minori alla stabilità del loro *status* e con il loro diritto a vivere con la propria famiglia secondo l'ordinamento vigente; ha quindi rigettato il ricorso.

In sostanza l'ordinanza in oggetto si è pronunciata avendo come punto di riferimento l'interesse del minore, criterio guida nel bilanciamento degli interessi in conflitto tra i genitori genetici da una parte e la genitrice biologica ed il padre sociale dall'altra, e ha rinvenuto una tutela sufficiente del diritto dei minori ad avere una famiglia nelle norme codicistiche di cui agli art.269, 3° comma, c.c. e 231 c.c. - secondo cui la madre dei gemelli è la donna gestante-partoriente ed il padre il marito di quest'ultima - rigettando le domande della coppia genetica relative al mantenimento di un rapporto con i nati, non rinvenendo alcun diritto di questi ultimi a promuovere azione per il riconoscimento del loro legame genetico con i minori.

Tale decisione rispetta il principio espresso nella sentenza n. 162/2014 della Corte Costituzionale, secondo cui l'ordinamento giuridico mira a garantire una famiglia - luogo degli affetti e della solidarietà reciproca - ai minori, senza che il dato della provenienza genetica costituisca un imprescindibile requisito della famiglia stessa, come già avviene nell'istituto dell'adozione.

In linea con quanto espresso dalla Corte Costituzionale appaiono significative le sentenze della Corte EDU Mennesson c. Francia (n.65192/11) e Labassee c. Francia (n.65941/11) del 26 giugno 2014, citate anche nell'ordinanza del Tribunale di Roma.

La prima riguarda un caso di maternità surrogata, vietata in Francia e avvenuta negli Stati Uniti: nel 2000 i genitori (padre genetico e madre legale), diventati tali a seguito di una "*convention de gestation pour autrui*", chiesero la trascrizione degli atti di nascita delle minori sul registro dello stato civile francese ma questa venne rifiutata mancando la prova del parto della moglie.

Esperiti tutti i gradi di giudizio, aventi ad oggetto la nullità dell'accordo di maternità surrogata per contrarietà all'ordine pubblico internazionale, genitori ("*parents d'intention*") e figlie ricorsero alla Corte EDU per violazione dell'art. 8 CEDU, riconosciuta solo nei confronti delle minori: infatti la Corte ha riscontrato che le figlie si trovavano in una situazione di incertezza giuridica, determinata dalla impossibilità

di stabilire la loro identità, ivi compreso il legame di filiazione, legame indiscutibile con il padre biologico. Pertanto la Corte ha stabilito che lo Stato è andato al di là di quanto permetteva il suo margine di apprezzamento, violando il diritto delle minori a vedersi riconoscere una filiazione stabile, tenuto conto delle conseguenze di questa grave restrizione sull'identità personale e il diritto al rispetto della vita privata.

La seconda riguarda un caso analogo di maternità surrogata: nata la minore negli Stati Uniti, nel 2003 lo stato francese rifiutò la trascrizione dell'atto di nascita sui registri dello stato civile, ritenendo tale richiesta contraria all'ordine pubblico francese. Esperiti tutti i gradi di giudizio, presentato ricorso alla Corte EDU da parte dei genitori e della minore, la Corte ha ravvisato la violazione dell'art.8 CEDU solo in relazione al diritto della minore al rispetto della vita privata, partendo dal rilievo che uno dei "*parents d'intention*" è genitore biologico del minore e che il legame tra essi non era stato riconosciuto in occasione della domanda di trascrizione dell'atto di nascita per la giurisprudenza restrittiva sul punto della Corte di Cassazione transalpina. Per tale motivo, ritenuto infondata la scelta dello Stato di non tutelare la posizione della minore, accoglieva il ricorso.

Nelle due sentenze in esame, pertanto, la Corte EDU non ha rinvenuto nella legislazione francese alcuna lesione dei diritti dei genitori in relazione all'art.8 CEDU per quanto riguarda la loro vita familiare, in quanto essi hanno potuto vivere con le minori in condizioni globalmente comparabili a quelle in cui vivono le altre famiglie⁸.

Più complesso, invece, è assicurare ai minori il diritto al rispetto della vita privata, in cui è compreso il diritto all'identità personale, nel caso di ricorso alla P.M.A. eterologa.

Da un parte infatti esistono le legittime aspettative delle coppie di realizzare il desiderio di una famiglia con gli strumenti sempre più raffinati delle moderne tecniche di fecondazione e dall'altra la necessità di assicurare ai minori il diritto a conoscere le proprie origini.

La giurisprudenza della Corte EDU fornisce un panorama più che esaustivo delle problematiche in gioco a partire dalla sentenza Costa e Pavan c. Italia del 28 agosto 2012 (ricorso n.5427/10), in cui la Corte ha condannato lo stato italiano per

⁸ In sostanza la Corte sottolinea che non vi era alcun rischio che le autorità decidessero di separarli in ragione della loro situazione secondo il diritto francese.

violazione del diritto al rispetto della vita familiare a causa del diniego di P.M.A. eterologa in caso di coppia fertile portatrice di fibrosi cistica (vietata dalla legge 40/2004), alla sentenza della Grande Camera, più volte citata anche dalla Corte Costituzionale, S.H. ed altri c. Austria del 3 novembre 2011 (ricorso n.57813/00).

Quest'ultima, riformando la precedente sentenza della Prima Sezione della Corte del 1 aprile 2010, ha ritenuto che la disciplina austriaca sul divieto di fecondazione eterologa non eccedesse il margine di discrezionalità dello stato all'epoca della presunta violazione degli artt. 8 e 14 CEDU lamentata dai ricorrenti; tuttavia ha sottolineato che la materia della P.M.A. richiede un esame permanente da parte dei paesi contraenti in relazione allo stato della scienza medica ed al consenso sociale, cui consegue l'evoluzione del diritto applicabile.

Altre pronunce⁹ della Corte EDU in materia mirano a tutelare da una parte il diritto della coppia di avere un figlio (si legga Dickson c. Regno Unito del 4 dicembre 2007, ricorso n.44362/04; sul diritto del singolo Evans c. Regno unito del 10 aprile 2007, ricorso n.6339/05) ed il diritto all'identità personale, che fa parte integrante del diritto alla vita privata (si veda la sentenza Mikulic c. Croazia del 7 febbraio 2002, ricorso n.53176/99, e la sentenza Odièvre c. Francia del 13 febbraio 2003, ricorso n.42326/98).

I principi espressi nell'ordinanza del Tribunale di Roma sono fondamentali ai fini della certezza del diritto delle parti coinvolte, tuttavia sorgono alcuni interrogativi sulla base del principio internazionale del margine di apprezzamento: reggerebbe l'ordinanza al vaglio dei principi di cui all'art. 8 CEDU ?

La teoria del margine di apprezzamento aiuta a comprendere quale possa essere la giusta collocazione giuridica delle vicende sorte intorno alla PMA: è evidente che le tecniche di fecondazione incidono sulla vita privata e familiare, modificando l'assetto personale e della coppia che vi accede.

Occorre chiedersi quando l'ingerenza dello Stato nel diritto alla vita familiare sia legittima; secondo la Corte EDU lo è quando è prevista dalla legge, persegue un fine legittimo ed è proporzionata a tale fine.

Il margine di apprezzamento dello Stato è generalmente ampio, in quanto lo Stato può essere sanzionato solo in caso di grave sproporzione tra i mezzi utilizzati ed i fini

⁹Per un esame approfondito di queste tematiche si rimanda a "I giudici e il biodiritto" di R. Conti, Ed. Aracne 2014

perseguiti; se non vi è sproporzione, non vi è sanzione per violazione delle norme CEDU.

Unico punto certo da cui partire è la tutela del minore¹⁰ e dei suoi legittimi interessi, aspettative e diritti inviolabili, minore che, non potendo esprimere una sua scelta, deve essere messo in grado di avere una famiglia e di poter conoscere le sue origini.

Ma la prima esigenza del minore alla nascita è avere una famiglia che lo accolga: la scelta giuridica della nostra legislazione nazionale non appare manifestamente inadeguata né arbitraria, come largamente motivato nell'ordinanza del Tribunale di Roma¹¹.

Il figlio, nato da una coppia che si è sottoposta a P.M.A. eterologa, ha anche diritto alla conoscenza delle proprie origini: allo stato attuale della legislazione nazionale, vi è qualche incertezza sul fondamento di tale diritto.

Esso è già disciplinato nel nostro ordinamento nella legge sull'adozione: infatti l'art.2812 delle legge 4 maggio 1983, n.184, modificato dall'art.24 della legge 28 marzo 2001, n. 149, seguendo il varco aperto dalla legge 27 maggio 1991, n. 176, di ratifica della Convenzione sui diritti del fanciullo firmata a New York il 20/11/1989, tutela l'interesse dell'adottato a conoscere le proprie origini.

¹⁰v. si richiama la Convenzione dei diritti del fanciullo del 1989 ratificata dall'Italia nel 1991, la Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo del 1996, ratificata dall'Italia 2003; nel diritto interno il D. Lsg. n.154/2013 sulla riforma della filiazione, la L. n.149/2001 e la L. n.184/1983 sull'adozione.

¹¹Si sottolinea soltanto che, a differenza dei casi francesi *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*, in cui uno dei due era genitore genetico (ed aveva invocato la violazione dell'art.8 CEDU, non riscontrata in concreto), nel caso sottoposto al Tribunale di Roma i genitori genetici, di fatto, non hanno avuto alcun rapporto con i minori, avendo questi ultimi già una famiglia "legale" fin dalla loro nascita; a seconda dell'evoluzione legislativa in materia potrebbe configurarsi una lesione del loro diritto a mantenere un legame con i minori rilevabile innanzi alla Corte EDU, ma - secondo i principi espressi nella *S.H. ed altri c. Austria* del 3 novembre 2011 - non sarebbe sanzionabile.

¹² in particolare il 1° comma dell'art.28 dispone che i genitori adottivi abbiano l'obbligo di informare il minore adottato della sua condizione, nei modi e nei termini ritenuti da essi più opportuni. Nei successivi commi 5 e 6 del medesimo articolo, il legislatore assoggetta l'accesso dell'adottato alle informazioni sulle proprie origini ad una serie di cautele variamente commisurate alla sua età e alle ragioni della sua ricerca. In ogni caso il comma 7 vieta comunque l'accesso alle suddette informazioni qualora *"l'adottato non sia stato riconosciuto alla nascita dalla madre naturale e qualora anche uno solo dei genitori biologici abbia dichiarato di non volere essere nominato, o abbia manifestato il consenso all'adozione a condizione di rimanere anonimo"* (tale comma, modificato dall'art. 177, co. 2 del d. lgs.vo n. 196/2003 ha ristretto il divieto di accesso dell'adottato alle informazioni sulle origini al solo caso di manifestazione, da parte della madre naturale, della volontà di non essere nominata nella dichiarazione di nascita, ai sensi dell'art. 30, co. 1, D.P.R. 3/11/2000, n. 396).

In caso di fecondazione eterologa dovrebbe trovare applicazione in via analogica l'art.9 della Legge 40/2004 che prevede che il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi, pertanto, nel quadro legislativo attuale pare chiaro che qualsiasi possibilità di risalire ai genitori genetici sia esclusa per i minori, salvo l'applicazione analogica dell'art.28 della L.184/1983 come già indicato nella delibera della Giunta Toscana n.650 del 28/7/2014.

In questo ambito, vista la continua evoluzione normativa, potrebbe essere ravvisata la violazione dell'art.8 CEDU soltanto qualora lo stato italiano - a legislazione immutata - neghi ad un figlio nato a P.M.A. eterologa le informazioni sul donatore/donatrice di gameti.

Angelica Scozia