La fecondazione eterologa al vaglio della Corte Europea(*)

Amalia Diurni
Ricercatrice di Diritto civile

» **SOMMARIO**

1. La fecondazione medicalmente assistita in Europa **– 2.** La recente sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo **– 3.** Le fattispecie al vaglio della Corte **– 4.** L'impatto della decisione sui sistemi giuridici nazionali **– 5.** I concetti di paternità e maternità **– 6.** Il futuro di divieti e limiti della fecondazione eterologa

1. La fecondazione medicalmente assistita in Europa

In Europa non esiste una disciplina uniforme delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, tranne il principio (non cogente) di utilizzo di gameti della coppia per la fecondazione in vitro, stabilito da una commissione di esperti del Consiglio di Europa([1]). La stessa Raccomandazione del Parlamento europeo del 1989([2]) ha avuto l'unico obiettivo di richiamare l'attenzione dei legislatori dei paesi membri sulla necessità di regolamentazione della materia. La Convenzione di Oviedo del 1997([3]) non si è occupata dell'ammissibilità delle tecniche di procreazione assistita, se non limitatamente alla loro esclusione al fine della scelta del sesso del nascituro([4]). Anche la Carta di Nizza sui diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione europea lambisce il tema senza affrontarlo direttamente([5]).

I legislatori dei singoli paesi membri hanno, dunque, nel tempo provveduto alla disciplina interna della materia con scelte disuniformi sia riguardo al mezzo di regolamentazione([6]) sia riguardo alla disciplina materiale.

Volendo tentare una classificazione delle diverse statuizioni([7]), può dirsi che oggi in Europa([8]) si contrappongono essenzialmente tre modelli regolatori: Francia([9]), Spagna([10]) e Portogallo([11]) sono esempio di un modello di tipo liberale, in cui è ammessa ogni forma di procreazione medicalmente assistita, omologa ed eterologa, che ha punte di estrema liberalità in Grecia([12]), Russia, Ucraina e Gran Bretagna([13]),

(*) Questo articolo è destinato al *Liber Amicorum* per Dieter Henrich.

([1]) Principio n. 11, 1º co., Comitato di esperti del Consiglio di Europa, *Report of the Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences* (CAHBI), 1989: «In principle, in vitro fertilisation shall be effected using gametes of the member of the couple. The same rule shall apply to any other procedure that involves ova or in vitro or embryos in vitro. However, in exceptional cases defined by the member states, the use of gametes of donors may be permitted».

([2]) Leggila in *Politica del diritto*, 1989, 455 ss.

([3]) Ratificata in Italia con legge del 28 marzo 2001, n. 145, ma ancora non attuata: scaricala in pdf dal sito dell'Istituto Superiore di Sanità all'indirizzo *http://www.iss.it/coet/docu/cont.php?id=59&lang=1&tipo=9*.

([4]) All'art. 14 è stabilito che «l'utilizzazione delle tecniche di assistenza medica alla procreazione non è ammessa per scegliere il sesso del nascituro, salvo che in vista di evitare una malattia ereditaria legata al sesso». Nel Protocollo addizionale del 2007 l'attenzione si è concentrata sulla donazione di organi; tuttavia, è stata espressamente esclusa l'applicazione del Protocollo alla donazione di organi e tessuti riproduttivi.

([5]) Nell'art. 3, dedicato a temi di bioetica, ci si limita a vietare che il corpo umano o alcune sue parti siano fonte di lucro, che si utilizzino tecniche di selezione eugenetica, che si clonino esseri umani.

([6]) La legge è lo strumento prevalente in Europa per la disciplina della materia, ma non è l'unico. Belgio, Cechia, Finlandia, Irlanda, Malta e Polonia, secondo i risultati di un questionario del Comitato di Bioetica (*Steering Committee on Bioethics*, 2005), si sono affidati a linee guida professionali, prassi medica, generali principi costituzionali o decreti amministrativi.

([7]) L'individuazione dei tre modelli, in cui si può articolare la regolamentazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita si deve a Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, 303. V. anche più di recente della stessa autrice, *La procreazione assistita: modelli di disciplina a confronto*, in Aa.Vv., *La tutela penale della persona*, Milano, 2001, 94 s.

([8]) Molti sono i contributi di diritto comparato sul tema della procreazione medicalmente assistita, per tutti si veda Casonato e Frosini (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006.

([9]) Loi n. 2004-800 del 6.8.2004 che riserva l'accesso alla fecondazione eterologa per mezzo di donazione di ovociti o spermatozoi a coppie sposate o conviventi, che non possano giungere altrimenti ad una gravidanza o siano portatori di gravi malattie trasmissibili.

([10]) Ley 26.5.2006, n. 14 *sobre Técnicas de reproducción humana asistida*, che ammette la fecondazione eterologa con donazione di gameti e preembrioni (art. 5), vieta il trasferimento di più di tre embrioni per ogni ciclo (art. 3, 2º co.), regola la crioconservazione con la possibilità di donare quelli eccedenti ad altre coppie o alla ricerca (art. 11) e ammette le indagini preimpianto dirette ad individuare malattie ereditarie gravi o alterazioni compromettenti la vitalità dell'embrione (art. 12).

([11]) Ley 26.7.2006, n. 32 *Da procriação medicamente assistida* che riserva le tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie sposate o conviventi da almeno due anni, ammette la fecondazione eterologa con donazione sia di sperma che di ovociti, la diagnosi preimpianto per le coppie a rischio di trasmissione di malattie genetiche (art. 1, art. 28 e art. 29), rimette al medico la scelta del numero di ovociti per la fecondazione in vitro (art. 24), consente la crioconservazione degli embrioni eccedenti destinati a ulteriori impianti, alla donazione o, infine, alla ricerca scientifica (art. 25).

([12]) In Grecia l'affitto d'utero è ammesso per coppie sposate e non, nonché per donne nubili. Si richiede solo che la madre genetica, di cui deve essere provata l'inidoneità alla gravidanza, sia l'aspirante madre, che il tribunale omologhi anticipatamente l'accordo, che tutti i soggetti coinvolti, il marito della madre biologica, nonché il marito della madre genetica, diano il loro assenso all'operazione e che entrambe le madri risiedano o abbiano la loro dimora abituale in Grecia. In presenza di tutti i suddetti presupposti, alla nascita del bambino l'ordinamento giuridico presume che la madre genetica sia la madre giuridica del neonato ('Αρ. 1458 e 1464 Αστικός Κωδιξ). Nei successivi sei mesi è ammessa la prova contraria per mezzo di un'azione di disconoscimento della maternità. Maggiori dettagli in Koutsouradis, *Die gerichtliche Erlaubnis zur unterstützten Fortpflanzung durch eine Leihmutter in Griechenland*, in *FamRZ*, 2004, 1426 ss.

([13]) Nell'ordinamento giuridico inglese, qualora una donna si offra come

dove è lecita anche la maternità surrogata([14]), in Danimarca([15]), Olanda, Belgio, Svezia e Gran Bretagna dove è ammesso l'accesso alle tecniche riproduttive anche a donne singles e coppie omosessuali; un modello intermedio è quello dei paesi di tradizione germanica, Austria, Germania e Svizzera, in cui la scelta dei legislatori si è appostata su una liceità limitata di tali tecniche, con in particolare il divieto di ogni forma di procreazione che provochi una divergenza tra maternità genetica e maternità biologica (affitto di utero e donazione di ovociti), e dunque in favore di una procreazione il più possibile naturale; il terzo modello è quello che accomuna l'Italia([16]) a Lituania e Turchia, ossia un modello repressivo che vieta ogni forma di fecondazione eterologa in favore di una totale unitarietà tra genitorialità genetica, biologica e legale.

2. La recente sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

I limiti alle tecniche di procreazione medicalmente assistita sono balzati di recente al centro del dibattito dopo che la Corte europea dei Diritti dell'uomo([17]) si è espressa negativamente in merito ai divieti di fecondazione eterologa in vitro con spermatozoi donati e di ovodonazione previsto dalla legge austriaca, accertando la violazione dell'art. 14 in lettura congiunta all'art. 8 CEDU. Le fattispecie concrete all'esame giudiziario erano due e il contesto giuridico ordinamentale quello austriaco, senza conflitti internazionali di leggi: nella prima fattispecie (A), la moglie è completamente sterile e, dunque, non in grado di produrre ovociti, mentre il marito è fertile. L'unico modo per soddisfare il desiderio della coppia di avere figli è quello di ricorrere all'ovodonazione e alla fecondazione in vitro (fivet) con lo sperma del marito. Nella seconda coppia (B) la sterilità colpisce entrambi i coniugi, i quali al fine della procreazione dovrebbero ricorrere alla fivet con donazione di spermatozoi.

In Austria l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è regolata dalla Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG)([18]), entrata in vigore nel 1992. La legge consente il ricorso alla medicina riproduttiva alle coppie eterosessuali coniugate o conviventi; tuttavia, come già accennato, il § 3 FMedG([19]) pone il divieto di ovodonazione, stabilendo nel 3º co. che gli ovuli possono essere utilizzati solo sulla donna da cui sono stati prelevati, nel 1º co. che per la fecondazione in vitro possono essere utilizzati solo ovociti e seme provenienti dalla coppia, con l'eccezione della donazione di sperma che nel 2º co. è espressamente ammessa per la sola inseminazione intrauterina.

3. Le fattispecie al vaglio della Corte

La cronaca giudiziaria ha inizio nel maggio 1998 con i ricorsi diretti delle due coppie al *Verfassungsgerichtshof* (VfGH) austriaco([20]) contro il § 3 FMedG per violazione degli artt. 8 e 12 CEDU (in lettura autonoma o congiunta all'art. 14 CEDU) e dell'art. 7 BVG([21]). Il VfGH in parte dichiara inammissibili e in parte rigetta entrambi i ricorsi, giustificando la violazione dei diritti degli aspiranti genitori con il fine superiore perseguito dalla legge di evitare la nascita di rapporti personali inconsueti e tutelare gli interessi dei figli concepiti con tali tecniche([22]).

La questione passa successivamente al vaglio della Corte di Strasburgo, cui si rivolgono entrambe le coppie nel maggio 2000. Nel novembre 2007 la prima sezione dichiara parzial-

madre biologica per realizzare il desiderio di una coppia sposata di aspiranti genitori, uno di loro o entrambi siano genitori genetici e il bambino viva presso di loro, è possibile presentare entro sei mesi dalla nascita del bambino un *parental order*, affinché la maternità e/o la paternità giuridica degli aspiranti genitori venga riconosciuta. L'accordo è valido a condizione che la madre biologica e il padre genetico, qualora lo sperma non fosse dell'aspirante padre, abbiano espresso il loro consenso e il tutto avvenga gratuitamente (Sec. 30 HFE Act 1990).

Lo *Human Fertilization and Embryology Act* del 1990 ha stabilito dei principi di carattere generale e rimesso ogni decisione alle strutture sanitarie a ciò autorizzate, le quali possono praticare le tecniche di procreazione medicalmente assistita secondo le direttive e le condizioni stabilite dalla legge ovvero dalla *Human Fertilization and Embryology Authority*: cfr. per una panoramica generale Molaschi, *La procreazione medicalmente assistita: uno sguardo comparato tra Italia e Inghilterra*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 524 ss. Per un approfondimento dell'aspetto relativo all'operatività giurisprudenziale del principio del bilanciamento degli interessi di madre e concepito o *concepturus* si rinvia a Palmerini, *Autonomia v. responsabilità nella procreazione: a proposito di* caesarian sections *e giudici inglesi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 581 ss.

([14]) Sul punto, cfr. da ultimo proprio Henrich, *Entwicklungen des Familienrechts in Ost und West*, in *FamRZ*, 2010, 337.

In alcuni paesi europei, viceversa, è fatto espresso divieto della pratica di affitto d'utero: in Germania, ad esempio, al § 1, nn. 2, 6, e 7 della Legge sulla tutela degli embrioni del 13 dicembre 1990, n. 745; in Svezia al § 3 della Legge sulla fecondazione in vitro del 1º gennaio 2003; in Francia all'art. 227-12 *code pénal*; in Norvegia, al § 2, 2º co., LF norv. In altri essa è sanzionata con la nullità del patto: un esempio per tutti è l'art. 16-7 code civ. fr.: «Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle». La norma è stata introdotta con la Loi n. 94-653 del 29 luglio 1994, dopo che già la *Cour de Cassation* (1er civ., 13.12.1989, in *Dalloz*, 1990, *Jurisprudence*, 273, con nota di Massip) e l'*Assemblée plénière* della *Cour de Cassation* (31.5.1991, in *Dalloz*, 1991, *Jurisprudence*, 417 ss., con relazione di Charter e nota di Thouvenin) aveva affermato la nullità per violazione del principio di *ordre public* del contratto con il quale una donna si obbligava a concepire e partorire un figlio per conto terzi.

([15]) Con la l. n. 923 del 4.9.2006 è stato totalmente abrogato il § 3 della Legge precedente (n. 460 del 10.6.1997) che statuiva il divieto di accesso alle donne singles: cfr. Fötschl, *Das dänische Gesetz über künstliche Befruchtung – Ein Kurzüberblick*, in *MedR*, 2010, 95.

([16]) L'ultimo commento alla l. 19.2.2004, n. 40, contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita è di Salanitro, in *Comm. Gabrielli*, *Della famiglia* a cura di Balestra, IV, Torino, 2010, cui si rinvia per ogni ulteriore approfondimento di dottrina e giurisprudenza.

([17]) CEDU, sez. I, *S. H. and others v. Austria*, cit.

([18]) Il titolo esatto della legge è *Bundesgesetz, mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung getroffen (Fortpflanzungsmedizingesetz - FMedG) sowie das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Ehegesetz und die Jurisdiktionsnorm geändert werden*, in *BGBl.* n. 275/1992, riformata nel 2001 (*BGBl.* I n. 98/2001), nel 2004 (*BGBl.* I n. 163/2004), nel 2008 (*BGBl.* I n. 49/2008) e per l'ultima volta nel 2009 (*BGBl.* I n. 135/2009). La legge si può leggere nella versione aggiornata al 2010 alla pagina *http://homepage.univie.ac.at/elisabeth.holzleithner/Fortpflanzungsmedizingesetz.pdf*. Per un commento si rinvia a Bernat (a cura di), *Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik*, Wien, 2000.

([19]) § 3 FMedG: «(1) Für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung dürfen nur die Eizellen und der Samen der Ehegatten oder Lebensgefährten verwendet werden. (2) Für die Methode nach § 1 Abs. 2 Z 1 darf jedoch der Samen eines Dritten verwendet werden, wenn der des Ehegatten oder Lebensgefährten nicht fortpflanzungsfähig ist. (3) Eizellen und entwicklungsfähige Zellen dürfen nur bei der Frau verwendet werden, von der sie stammen».

([20]) Cfr. *Verbot heterologer Formen der künstlichen Fortpflanzung*, in *Menschenrechte, Newsletter*, 2008, 3 s.

([21]) L'Art. 7 BVG è la norma sull'uguaglianza dei cittadini: «Alle Staatsbürger sind vor dem Gesetz gleich. Vorrechte der Geburt, des Geschlechtes, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses sind ausgeschlossen. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden. Die Republik (Bund, Länder und Gemeinden) bekennt sich dazu, die Gleichbehandlung von behinderten und nichtbehinderten Menschen in allen Bereichen des täglichen Lebens zu gewährleisten».

([22]) La sentenza del *Verfassungsgerichtshof* è del 14.10.1999 ed è pubblicata in *RdM*, 2000, 21 s.; in *JBl*, 2000, 228 ss.; in *FamRZ*, 2000, 601 ss. con breve introduzione critica di Coester-Waltjen (598 s.); in *MedR*, 2000, 389 ss., con nota di Bernat. Tra i commenti più approfonditi si segnala Lurger, *Das Fortpflanzungsmedizingesetz vor dem österreichischen Verfassungsgerichtshof*, in *DEuFamR*, 2000, 134 ss.

mente ammissibili i ricorsi, su cui il 1.4.2010 la Corte si pronuncia con sentenza *S. H. and others v. Austria*.
La Corte prende in esame le fattispecie sotto il profilo della violazione da parte del legislatore austriaco del divieto di discriminazione di cui all'art. 14 CEDU in relazione al diritto al rispetto della vita privata e famigliare di cui all'art. 8 CEDU nella misura in cui il § 3 FMedG legittima il ricorso alla fivet alle coppie omologhe, vietandolo alle coppie che necessitano a tal fine della donazione di gameti. Il Collegio ha proceduto con l'analisi separata delle due fattispecie a cominciare dalla coppia A.
Il Governo austriaco, intervenuto nel procedimento, ha giustificato la discriminazione di questa coppia rispetto alle coppie, che non devono ricorrere all'ovodonazione, in primo luogo con argomentazioni di carattere morale e etico([23]); poi asserendo la necessità di evitare l'abuso delle tecniche di procreazione medicalmente assistita a fini eugenetici o con effetti di sfruttamento della donna([24]); inoltre argomentando circa i rischi che l'ovodonazione comporta per la donna rispetto all'inseminazione eterologa([25]); infine sollevando la questione dell'inusuale relazione che si instaurerebbe tra il bambino e la gestante([26]), madre biologica ma non genetica, e le ripercussioni sul diritto del figlio a conoscere le proprie origini([27]).
La Corte ha risposto puntualmente valutando come insufficiente l'argomentazione etico-morale([28]), ritenendo che esistano delle alternative al divieto dell'ovodonazione per evitare abusi([29]), che la prescrizione della gratuità della donazione di ovociti e spermatozoi sia un mezzo efficace per impedire commercializzazione e sfruttamento([30]) e che comunque la fivet comporti gli stessi rischi sia che l'ovulo sia della donna, cui venga impiantato, sia che sia di una donatrice([31]); quanto al timore di ripercussioni sul bambino, la Corte ha ricordato che storicamente non costituiscono una novità i rapporti famigliari non basati su una discendenza genetica, come ad esempio l'adozione([32]), e che il legislatore austriaco ha a disposizione alternative che bilancino adeguatamente l'interesse del donatore all'anonimato e quello del bambino a conoscere i propri ascendenti([33]). La Corte, pertanto, ha concluso – con cinque voti a favore e due contrari([34]) – nel senso che non esistono giustificazioni ragionevoli e oggettive per la discriminazione operata dal § 3 FMedG nei confronti dei ricorrenti e ha accertato la violazione dell'art. 14 CEDU in relazione all'art. 8 CEDU([35]).
Nella coppia B la sterilità è comune ad entrambi i coniugi, i quali, dunque, al fine della procreazione dovrebbero ricorrere alla fecondazione in vitro con donazione di sperma, soluzione vietata dal § 3, 2º co., FMedG. Anche questa coppia è ricorsa alla Corte europea dei Diritti dell'Uomo per la violazione dell'art. 14 CEDU in relazione all'art. 8 CEDU, asserendo che la legge austriaca sulla procreazione medicalmente assistita discrimina la propria situazione rispetto a quella di una coppia che può ricorrere alla donazione di seme per una fecondazione in vivo. Il Governo austriaco ha basato la propria difesa su ulteriori argomenti, oltre quelli addotti a sostegno del rigetto del ricorso della coppia A([36]), sostenendo([37]) che la legittimità della donazione di sperma è dovuta alla sua più risalente diffusione e alla maggiore semplicità di questa tecnica rispetto a quella collegata alla donazione di ovociti. Tuttavia, nessuna argomentazione ha convinto la Corte che ha accertato anche per questa seconda fattispecie la violazione([38]) con sei voti favorevoli e uno contrario([39]).

4. L'impatto della decisione sui sistemi giuridici nazionali

La pronuncia della Corte colpisce certamente il modello di disciplina delle tecniche di procreazione medicalmente assistita a liceità limitata.

Se, infatti, in Europa la donazione di sperma è generalmente ammessa([40]), l'ovodonazione incontra maggiore resistenza. La Germania, che è altresì intervenuta nel procedimento avanti la Corte di Strasburgo con proprie osservazioni([41]), nel § 1, 1º co., n. 1 dell'Embryonenschutzgesetz del 1990 (ESchG)([42]) vieta la ovodonazione, con un'espressa discriminazione tra donazione di seme, anche per la fivet, e di ovociti. In Svizzera la Legge federale sulla medicina della procreazione del 1998 (LPAM)([43]) prevede che gli spermatozoi donati possano essere usati solo tra coniugi (art. 3, comma 3) e che, viceversa, la donazione di ovociti sia inammissibile (art. 4). In Norvegia la Bioteknologiloven del 2003([44]) contiene al § 2.18 il divieto di donazione di ovuli, mentre è ammessa la donazione di seme.
In Italia, dove vige un regime di assoluto divieto di fecondazione eterologa, la sentenza della Corte di Strasburgo ha suscitato grande giubilo presso osservatori e cittadini contrari al divieto([45]). All'indomani della decisione, sul web e sulla carta stampata si sono letti titoli quali «L'eterologa è un diritto», «Il divieto di ricorso alla donazione di ovuli e sperma è una violazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo», «Duro colpo alla legge 40».
Il testo della sentenza, peraltro non ancora passata in giudicato perché impugnata il 1º luglio scorso dall'Austria avanti la Gran-

([23]) Cfr. *S. H. and others v. Austria*, cit., n. 73.
([24]) *Ivi*, n. 75.
([25]) *Ivi*, n. 78.
([26]) *Ivi*, n. 79.
([27]) *Ivi*, n. 82.
([28]) *Ivi*, n. 74.
([29]) *Ivi*, n. 76.
([30]) *Ivi*, n. 77.
([31]) *Ivi*, n. 78.
([32]) *Ivi*, n. 81.
([33]) *Ivi*, nn. 83 s.
([34]) Le *dissenting opinions* sono dei giudici Steiner e Jebens.
([35]) *Ivi*, n. 85.
([36]) *Ivi*, n. 90.
([37]) *Ivi*, n. 91.
([38]) *Ivi*, n. 94.
([39]) La *dissenting opinion* è del giudice Jebens.

([40]) Tranne, come si è visto, in Italia, Lituania e Turchia. In altri paesi, peraltro, solo di recente: Norvegia dal 2003 per la fivet, Francia con riforma del 2004, Danimarca e Svezia dal 2006.
([41]) *Ivi*, nn. 52 ss. Il governo tedesco, in difesa della propria *Embryonenschutzgesetz* (ESchG), ha asserito la finalità di protezione dell'interesse del figlio ad un'identità materna univoca e di impedimento della nascita di conflitti tra madre genetica e madre biologica.
([42]) Legge a tutela dell'embrione, che si può leggere all'indirizzo *http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/eschg/gesamt.pdf*. Per un commento, Günther, Taupitz e Kaiser, *Embryonenschutzgesetz*, Stuttgart, 2008.
([43]) Leggila in http://www.admin.ch/ch/i/rs/c810_11.html.
([44]) Lov 2003 n. 100, *Lov om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. (bioteknologiloven)*. Leggila su *www.lovdata.no/all/hl-20031205-100.html*.
([45]) È recente la notizia che il Tribunale di Firenze ha sollevato dubbio di costituzionalità relativamente alla norma della l. n. 40 del 2004, che vieta la fecondazione eterologa, a seguito della richiesta avanzata da una coppia coniugata, in cui l'uomo è affetto da azoospermia.

de Camera, suggerisce, tuttavia, una lettura più cauta dell'opinione espressa a Strasburgo, che si compone di diversi profili.

> Il tema è particolarmente delicato, poiché la rivoluzionaria scoperta del DNA e delle tecniche di riproduzione medicalmente assistita hanno posto alcuni interrogativi su cui l'essere umano non si era mai trovato a riflettere e per i quali, dunque, difetta di strumenti.

I concetti tradizionalmente unitari di maternità e paternità hanno subìto una scomposizione: attualmente si può avere una madre o un padre giuridici, nella misura in cui tra lei o lui e il figlio sia sorto uno *iuris vinculum*; biologici, qualora sia stata lei a partorire il figlio ovvero sia stato lui a fecondare la madre a seguito di un rapporto sessuale; genetici, qualora sia stato l'ovulo di lei ad essere fecondato o il seme di lui a fecondare; sociali, qualora lei o lui abbia o eserciti di fatto la potestà genitoria sul figlio([46]).

È possibile che tutti i requisiti si trovino riuniti in una stessa persona, così come è possibile che un figlio abbia tre padri – visto che un padre biologico è necessariamente anche un padre genetico, mentre è escluso il reciproco per il caso di inseminazione artificiale –, oppure abbia quattro madri([47]) – visto che la pratica dell'affitto d'utero e la fecondazione eterologa rendono possibile che ci sia una madre biologica e una diversa madre genetica.

Ciò può portare a conseguenze aberranti([48]), per cui sembra del tutto fuori luogo l'affermazione della Corte di Strasburgo nella sentenza di cui trattasi([49]) che «there is no obligation on a State to enact legislation of the kind and to allow artificial procreation. However, once the decision has been taken to allow artificial procreation (...) the legal framework devised for this purpose must be shaped in a coherent manner».

In questo passaggio sorprendentemente si afferma che nessuno Stato è tenuto a legiferare in materia e a legittimare le pratiche di medicina della procreazione; tuttavia, se decide di dettare delle regole, lo deve fare in modo coerente, indipendentemente dal fatto che in tal caso il proprio margine di autonomia sia ampio. Tradotto: un divieto assoluto è ammissibile; divieti parziali come quelli caratteristici dei modelli a liceità limitata, viceversa, rischiano di creare discriminazioni e non superare il controllo di coerenza.

La Corte sembra così voler abbracciare il principio del tutto o niente, restringendo le possibili scelte di disciplina all'alternativa tra la completa deregolamentazione (no obligation to enact legislation), ossia la legittimazione di qualsivoglia tecnica di fecondazione artificiale – visto che la morale e l'accettazione sociale non sono giustificazioni sufficienti a limitarne l'accesso([50]) e considerato che inusuali relazioni famigliari in senso ampio sono ben conosciute negli ordinamenti giuridici dei paesi membri([51]) –, e il divieto assoluto di procreazione medicalmente assistita (no obligation to allow artificial procreation), benché un divieto assoluto appaia alla Corte stessa come la soluzione meno equilibrata([52]).

Secondo questa lettura, la legge italiana che vieta ogni forma di fecondazione eterologa sarebbe fuori pericolo([53]), mentre le leggi austriaca, tedesca, svizzera e norvegese dovrebbero essere riformate con l'introduzione alternativamente di un divieto assoluto o della legittimazione totale. Ben si comprende la ragione per cui alcuni commentatori suggeriscono di ignorare questo passaggio della motivazione([54]).

5. I concetti di paternità e maternità

Al di là delle ambiguità e delle contraddizioni della sentenza, è importante indagare il contesto in cui si muovono i legislatori odierni, per comprendere le ragioni di quelli di loro, come il legislatore austriaco, che pur ammettendo l'inseminazione eterologa hanno escluso l'ovodonazione.

Tradizionalmente il diritto si è dovuto occupare di risolvere i problemi sollevati dall'impossibilità di accertare incontestabilmente la paternità, poiché il legame tra padre e figlio non nasce in modo «naturale», bensì è l'effetto che l'ordinamento giuridico riconduce alla presenza di determinati presupposti([55]). Prima della rivoluzione tecnologico-scientifica, infatti, la verità

([46]) La schematizzazione di questa nuova realtà riferita alla sola paternità si trova in Lund-Andersen, Munck e Nørgaard, *Familieret*, København, 2003, 3: «Den retligefader: dvs. den mand der ifølge lovgivningen anses som barnets fader, den biologiskefader: dvs. den mand der har befrugtet moderen ved samleje, den genetrskefader: dvs. den mand, hvis sër har befrugtet moderne ved kunstig befrugtning, den socialefader: dvs. den mand der har eller er tiltënkt at have omsorgen for barnet».

([47]) Sono esclusi quei paesi come Germania, Austria, Svizzera, Olanda, Norvegia, Ungheria, Croazia e Catalogna, che non attribuiscono valore al possesso di stato e che fanno coincidere la maternità con il parto. Cfr. il paragrafo seguente.

([48]) È avvenuto, ad esempio, che un bambino sia stato dichiarato figlio di nessuno, nonostante avesse sei potenziali genitori. Negli Stati Uniti d'America il Tribunale di prima istanza è arrivato a questa conclusione, allorquando gli è stato sottoposto il caso di una coppia che aveva affittato l'utero di una donna sposata affinché questa portasse a termine la gestazione di un embrione prodotto dall'unione di ovulo e sperma, entrambi donati. I genitori genetici erano donatori anonimi, la gestante, quale madre biologica, e il di lei marito erano disinteressati al bambino e la coppia che desiderava il bambino non vi era legata né sotto il profilo genetico né sotto il profilo biologico. Contro la sentenza si è ricorso in appello e il tribunale di seconda istanza ha riconosciuto la genitorietà giuridica alla coppia di ricorrenti: *Buzzanca v. Buzzanca*, 61 Cal. App. 4th 1410 (1998). Cfr. Annas, *The Regulation of Human Reproduction in the US*, in Katz, Eekelaar e MacLean (a cura di), *Cross Currents. Family Law and Policy in the US and England*, Oxford, 2000, 156 s.

([49]) *Ivi*, n. 74

([50]) *Ivi*, n. 74: «The Court considers that concerns based on moral considerations or on social acceptability are not in themselves sufficient reasons for a complete ban on a specific artificial procreation technique such as ova donation».

([51]) *Ivi*, n. 81: «Unusual family relations in a broad sense are well known to the legal orders of the Contracting States».

([52]) *Ivi*, n. 76 : «A complete ban on the medical thecnique at issue would not be proporzionate unless, after careful reflection, it was deemed to be the only means of effectively preventing serious repercussions».

([53]) Nello specifico può discutersi dell'oscurantismo della legge, ma non può affermarsi la sua incoerenza nella misura in cui, fissata la finalità della legge nel diritto alla salute, ossia la soluzione di problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità (art. 1 L. 40/2004), ammette le tecniche di riproduzione medicalmente assistita per soli scopi terapeutici, vale a dire per il superamento delle difficoltà di coppie individualmente in grado di fornire il proprio materiale riproduttivo e dunque teoricamente (benché non praticamente) in grado di riprodursi, mentre la fecondazione eterologa risolve un problema esistenziale: cfr. sul punto le interessanti osservazioni di Sesta, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita?*, in *Corriere giur.*, 2004, 1406.

([54]) Le note a sentenza sono per la Svizzera Rütsche e Wildhaber, in *AJP/PJA*, 2010, 803 ss., in part. 805; per l'Austria, Bernat, in *RdM*, 2010, 85 ss., spec. 89; per la Germania, Coester-Waltjen, in *FamRz*, 2010, 957, spec. 958.

([55]) *Pater is est quem nuptiae demonstrant: Paulus* 4 ad ed. D. 2,4,5. La massima è stata riportata nei codici civili dei diversi paesi europei sotto forma di regola materiale ovvero di presunzione relativa: in Germania il § 1592 stabilisce oggi la paternità sulla base della regola di fatto («Vater eines Kindes ist der Mann, 1. der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist, 2. der die Vaterschaft anerkannt hat oder 3. dessen Vaterschaft nach § 1600 d gerichtlich festgestellt ist»); tuttavia, prima della riforma del diritto di filiazione del 1998 il § 1591 determinava la paternità secondo presunzione *iuris tantum*. La comparazione del testo normativo nei diversi sistemi giuridici europei mostra che lo strumento della presunzione è utilizzato in modo equivalente alla forma affermativa: art. 312 code civ. fr. «L'enfant

giuridica corrispondeva rispetto alla maternità alla verità fisica – la gestazione e il parto –, rispetto alla paternità alla verità sociale – l'unione matrimoniale o la relazione (fisica/sentimentale) con la madre. Alla scomposizione di eventi fisiologici concatenati in natura è corrisposta una dissociazione tra concetti, tant'è che attualmente il diritto si trova di nuovo a dover affrontare il problema di fissare criteri per porre rimedio con la certezza giuridica all'ambiguità della realtà fenomenica.

Paradossalmente oggi è più semplice risolvere la problematica dell'attribuzione della paternità, che tanto ha fatto tribolare gli interpreti come prometteva già il brocardo «mater semper certa, pater numquam». La dissociazione tra padre genetico e padre giuridico, infatti, non costituisce una novità e la sua legittimazione a seguito dell'inseminazione eterologa risulta socialmente accettabile. Peraltro, essa è facilmente praticabile sotto il profilo giuridico, potendosi utilizzare lo schema già rodato del riconoscimento del figlio, che nell'ipotesi di fecondazione eterologa con donazione di spermatozoi è preventivo e irreversibile([56]). Rispetto alla paternità una dissociazione intimamente profonda come quella tra madre genetica e madre biologica([57]), invece, non si configura affatto, poiché con la mediazione delle biotecnologie la figura del padre biologico – colui che feconda la madre a seguito di un rapporto sessuale – viene semplicemente meno.

Per la soluzione della dissociazione della maternità la storia del diritto non conosce precedenti.

Nell'ipotesi di fecondazione eterologa con ovodonazione, infatti, non c'è solo una scissione tra identità sociale e identità naturale, ma l'identità naturale viene ulteriormente scomposta in un'identità genetica ed una biologica. È arbitraria qualsiasi ipotesi di scelta tra quale delle due madri il diritto debba preferire per l'attribuzione delle prerogative proprie dello status giuridico.

L'orientamento legislativo più diffuso in Europa è quello che in caso di fecondazione eterologa o affitto d'utero risolve la questione dell'attribuzione della maternità a favore della madre biologica([58]). Per dissipare ogni dubbio, peraltro, in alcuni ordinamenti giuridici([59]) è stata appositamente introdotta una definizione di maternità:

madre del bambino è colei che lo ha partorito([60]).

Anche negli ordinamenti giuridici di tradizione romanistica, l'iscrizione nel registro dello stato civile può essere fatto solo a nome della donna che ha partorito il bambino e non di altri([61]). Ma ci sono sistemi giuridici che, contrariamente, fanno prevalere il legame genetico su quello biologico, per lo meno nella misura in cui legittimano l'affitto d'utero([62]); ma anche in questo caso con regole disomogenee: l'ordinamento giuridico inglese accerta la maternità della madre genetica con sentenza successiva alla nascita, mentre la decisione giudiziale preventiva al concepimento del tribunale greco rende la madre genetica «madre» fino a prova contraria([63]). Questa discordanza nelle scelte ha gravi ripercussioni a livello di diritto internazionale privato([64]): non solo il turi-

conçu pendant le mariage a pour père le mari»; art. 315 code civ. b. «L'enfant né pendant le mariage ou dans les 300 jours qui suivent la dissolution ou l'annulation du mariage, a pour père le mari»; art. 1:198 BW «Het kid dat staande hewelijk is geboren, heeft de echtgenoot tot vader»; art. 231 cod. civ. it. «Il marito è padre del figlio concepito durante il matrimonio"; art. 255, 1º co., ZGB "Il marito è presunto essere il padre del figlio nato durante il matrimonio»; art. 116 cód. civ. sp. «Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges»; art. 1976, 2º co., cód. civ. port. «A paternidade presume-se em relasão ao marido da mãae e, nos casos de filiação fora do casamento, establece-se pelo reconhecimento»; Αρ. 1465, 1º co., Αστικός Κωδιξ) «Si presume che il figlio, nato durante il matrimonio con la madre o entro trecento giorni dallo scioglimento o dalla dichiarazione di nullità del matrimonio, abbia come padre il marito di sua madre». Inoltre, per la Svezia la presunzione di paternità è stabilita nel § 1 del cap. 1, LG sved., per la Danimarca nel § 1, 1º co., LF dan., per la Norvegia nel § 3, 1º co., LF norv., per l'Ungheria nell'art. 35, 1º co., cod. fam. ungh.

Nelle norme dei paesi europei la paternità è unanimemente riconosciuta o come conseguenza di riflesso del matrimonio con la madre ovvero in forza di un atto di riconoscimento o di una sentenza: cfr. Diurni, *Storia e attualità della filiazione in Europa*, in *Dir. fam. e pers.*, 2007, 1414 ss.

([56]) Lo schema si completa con il divieto nei confronti dell'uomo, marito o compagno, che ha dato il proprio assenso all'inseminazione eterologa, di disconoscere il figlio nato a seguito di tale pratica: in Italia la regola è espressa nell'art. 9, 1º co., l. n. 40/2004; in Francia nell'art. 311-20 code. civ. fr., introdotto dalla Loi n. 94-653; in Germania nel § 1600, 2º co., BGB; in Belgio nell'art. 318 § 4 code civ. b.; in Olanda nell'art. 200, 2º co. e 3, BW; nel Regno Unito nella Sec. 28 (2) e (3) HFE Act; in Norvegia nel § 9, 4º co., LF norv.; in Svezia nel § 8 del cap. 1, LG sved.; in Svizzera nell'art. 256, 3º co., ZGB; in Croazia nell'art. 85 LF cr.; in Grecia nell''Αρ. 1471, 2º co., n. 2, Αστικός Κωδιξ.

([57]) Le ipotesi sono diverse: l'aspirante madre (madre genetica) lascia impiantare il proprio ovulo fecondato nell'utero di un'altra donna (madre biologica), che ha il solo compito della gestazione e del parto (affitto d'utero); l'aspirante madre (madre biologica) lascia che venga fecondato l'ovulo di una donatrice con il seme del compagno (inseminazione eterologa) e, dopo l'impianto, porta avanti la gravidanza e il parto; l'aspirante madre lascia che venga fecondato l'ovulo di una donna con il seme del compagno (inseminazione eterologa) e lascia che sia impiantato nell'utero della stessa donna (madre genetica e biologica), affinché questa porti a termine la gravidanza (affitto d'utero).

([58]) Si afferma espressamente la filiazione a favore della madre biologica in Francia, art. 332 code civ. fr. nel testo entrato in vigore il 1.7. 2006 a seguito della riforma del diritto di filiazione; in Germania, § 1591 BGB; in Olanda, art. 1:198 BW; in Norvegia, § 2, 1º co., LF norv.; in Danimarca, § 30 legge sulla filiazione (LF dan.); in Svezia, § 7 del cap. 1 LG sved.; in Inghilterra, Sec. 27 (1) HFE Act 1990.

La soluzione della questione relativa alla maternità surrogata prescinde dal modello di filiazione accolto nel relativo sistema giuridico, ossia il modello della discendenza o quello del riconoscimento: cfr. Diurni, *op. cit.*, 1404 ss.

([59]) Norvegia [§ 2 della Legge sulla filiazione norvegese (LF norv.)], Olanda [Art. 1:198 *Burgerlijk Wetboek* (BW)], Germania [§ 1591 BGB], Regno Unito [Sec. 27 *Human Fertilisation and Embryology Act* del 1990 (HFE Act 1990)]. Nel § 7 del cap. 1 della Legge sui genitori svedese (LG sved.) è chiarito che nell'ipotesi di fecondazione in vitro di ovuli donati, la madre biologica, ovvero colei che partorisce il bambino, ne è anche la madre giuridica. L'art. 52 della Legge sulla famiglia croata (LF cr.) definisce madre, colei che ha messo al mondo il figlio. Il Parlamento croato (*Sabor*) ha intenzione di precisare ulteriormente la definizione al fine di impedire la surrogazione di maternità. La proposta è quella di considerare madre, colei che ha partorito il figlio, operando una presunzione *iuris et de iure*. Nonostante ciò, a seguito della riforma della Legge di famiglia del 2003 è stata introdotta la legittimazione all'impugnazione della maternità nei confronti della madre biologica da parte della madre genetica, senza il consenso scritto della quale ne è stato fecondato l'ovulo, nonché la legittimazione al disconoscimento della maternità da parte della madre biologica, che abbia messo al mondo un bambino concepito in vitro con l'ovulo di un terzo, senza che abbia dato il consenso scritto alla fecondazione eterologa. Cfr. Kunda, *Neuheiten im kroatischen Familienrecht*, in *FamRZ*, 2005, 1628.

([60]) Alcuni sistemi giuridici si sono anche posti il delicato problema della protezione dell'identità del neonato e, per conseguenza, il problema della prevenzione di errori, causa di scambi di neonati. In Germania è in uso nelle cliniche neonatali la prassi di prendere un'impronta del piede del bambino subito dopo la nascita. In Inghilterra madre e bambino ricevono lo stesso speciale braccialetto di riconoscimento per il periodo che trascorrono in ospedale. In Spagna un decreto del 26.11.1996 ha prescritto che ai neonati si debbano prendere le impronte digitali.

([61]) Tanto è vero che diverse norme prevedono, nell'ipotesi contraria, la possibilità per chiunque vi abbia interesse e per la stessa pubblica autorità di agire per la contestazione della maternità: per la Francia artt. 325, 335 e 336 code civ. fr.; per il Belgio art. 313 §§ 1 ss. code civ. b.; per l'Italia artt. 239 e 269, 3º co., cod. civ. it.; per la Spagna art. 139 cód. civ. sp.

([62]) Grecia, Russia, Ucraina, Gran Bretagna: cfr. *supra* § 1, nt. 13-16.

([63]) Ai sensi dell''Αρ. 1458 Αστικός Κωδιξ.

([64]) Come non ha mancato di rilevare proprio Henrich, *Das Kind mit zwei Müttern (und zwei Vätern) im internationalen Privatrecht*, in Hofer,

smo procreativo([65]) richiede continue decisioni salomoniche, ma la drammaticità raggiunge l'apice nell'incertezza che accompagna l'interpretazione della stessa nozione di madre, cui fanno riferimento le leggi di soluzione dei conflitti quando stabiliscono che il diritto applicabile è quello di cittadinanza della «madre».

6. Il futuro di divieti e limiti della fecondazione eterologa

La scelta di alcuni sistemi giuridici di evitare situazioni di conflitto e porre riparo all'incertezza giuridica attraverso il divieto di ovodonazione, da una parte, e l'introduzione di una nozione di madre, dall'altra, non mi sembra sia contestabile;

a meno che non si affermi sulla base dell'art. 8 CEDU l'esistenza di un diritto assoluto alla procreazione, che allora può essere esercitato con qualunque mezzo e, dunque, anche attraverso l'utilizzo di materiale genetico (fecondazione eterologa) o di organi riproduttivi (affitto di utero) di terzi capaci e consenzienti. Rispetto ad un diritto di procreazione di tal genere i legislatori dei paesi membri disporrebbero di un margine di autonomia molto ristretto e l'operatività delle eccezioni di cui al 2º co. dell'art. 8 CEDU([66]) sarebbe estremamente limitata: sotto il profilo della morale si potrebbe ipotizzare una grave violazione, ad esempio, nelle ipotesi di fecondazione artificiale incestuosa ovvero nella produzione di un embrione quale futuro donatore di cellule o tessuti compatibili per curare un consanguineo. In tal senso sarebbe sanzionabile, per l'effetto di frustrazione dell'aspirazione alla genitorialità, qualunque divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ivi compreso quello nei confronti di donne singles, donne in menopausa, vedove, omosessuali.

La sentenza in commento, viceversa, valuta le fattispecie A e B alla luce dell'art. 14 in lettura congiunta con l'art. 8 CEDU; inoltre, tenendo da parte le contraddizioni ivi contenute, dalla stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo non emerge l'affermazione di un diritto di procreazione e neanche di un orientamento preciso in tema di medicina della riproduzione circa i margini di autonomia dei legislatori nazionali: nella sentenza Evans v. Regno Unito([67]) la Corte ha apprezzato detto margine in senso ampio sulla base della considerazione che la fecondazione in vitro tocca argomenti sensibili dal punto di vista morale e etico([68]); diversamente, nella sentenza Dickinson v. Regno Unito ha ritenuto di restringere questo margine e di rifiutare la giustificazione eticomorale a favore della prevalenza del diritto del singolo a procreare il proprio figlio genetico([69]).

In definitiva, mentre mi sembra sostenibile la posizione della Corte riguardo alla discriminazione operata dalla legge austriaca nell'ammettere la sola inseminazione eterologa a discapito della fivet con donazione di sperma, ritengo superficiali, contraddittorie e non persuasive le argomentazioni a sostegno della discriminazione nei confronti della coppia A, benché ben più articolate di quelle fornite rispetto alla fattispecie B. Piuttosto vedrei una discriminazione nella prevalenza dell'egoismo degli adulti sul diritto all'identità del *concepturus*([70]), laddove altri più astrattamente si chiedono «se il principio di uguaglianza di tutti i figli sia rispettato sulla base di regole speciali che distinguono la loro situazione giuridica in ragione delle circostanze del concepimento»([71]).

Circa la dissociazione della paternità – ribadisco – la questione è meno problematica e non vedrei ostacoli all'enunciazione di un principio generale di ammissibilità della inseminazione eterologa nella misura in cui la situazione del figlio nato in provetta con questa tecnica è assimilabile a quella del figlio legittimo o riconosciuto di uomo rispettivamente coniugato o convivente, consapevole della non corrispondenza del legame giuridico con la discendenza genetica, ovvero di figlio adottato dal convivente della madre. Il contesto pubblico in cui avviene la procreazione e, dunque, la notorietà della dissociazione tra paternità genetica e paternità giuridica indurrebbero a preferire l'estensione a simili fattispecie della disciplina dell'adozione([72]). Nel Regno Unito, ad esempio, è previsto l'accesso alla fecondazione artificiale ad una donna single, benché condizionato ad un'apposita pubblica autorizzazione, rilasciata dopo un'istruttoria volta ad accertare

KLIPPEL e WALTER (a cura di), *Festschrift für Schwab*, Bielefeld, 2005, 1145 ss.: il caso preso in esame è il seguente: una donna tedesca sposa a Monaco di Baviera un uomo greco. La coppia si trasferisce in Grecia, dove stabilisce la propria dimora. Non riuscendo, per ragioni di salute della moglie, ad avere un figlio, i coniugi chiedono ed ottengono dal tribunale greco l'autorizzazione a praticare l'affitto dell'utero della sorella di lei, consenziente. Il bambino nasce in Germania. Gli aspiranti genitori presentano domanda per l'iscrizione a loro nome del bambino nel registro dello stato civile tedesco. La questione allora è quale diritto sia applicabile alla fattispecie. Le regole di conflitto tedesche prevedono diversi criteri, di pari grado e alternativi l'uno all'altro: il diritto dello Stato in cui il bambino ha la propria dimora abituale (se il bambino viene trasferito in Grecia, potrebbe essere la Grecia, se resta in Germania, la Germania), il diritto dello Stato di cui i genitori hanno la cittadinanza (Germania e Grecia), nonché il diritto dello Stato, da cui vengono disciplinati gli effetti del matrimonio (Germania e Grecia). La questione si complica ulteriormente allorquando ci si domandi a quale «madre» si faccia riferimento, quando si stabilisce che il diritto applicabile sia quello di cittadinanza della «madre». Non è scontato il senso da dare al termine «madre»: in diritto tedesco, la maternità è riconosciuta solo in capo alla madre biologica, mentre in Grecia ha la prevalenza la madre genetica.

([65]) I dati per l'Italia si trovano in DOLCINI, *La l. n. 40 del 2004: alla prova dei fatti, un efficace strumento di lotta contro la procreazione assistita*, in *Corriere merito*, 2007, 1427; ID., *La fecondazione assistita tra prassi medica e svolte giurisprudenziali*, *ivi*, 2009, 6.

([66]) Art. 8, 2º co., CEDU: «Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui».

([67]) La sentenza è del 10.4.2007, n. 6339/05. Si vedano in particolare le considerazioni finali espresse ai nn. 77 ss.

([68]) *Ivi*, n. 81: «Since the use of IVF treatment gives rise to sensitive moral and ethical issues against a background of fast-moving medical and scientific developments, and since the questions raised by the case touch on areas where there is no clear common ground amongst the Member States, the Court considers that the margin of appreciation to be afforded to the respondent State must be a wide one».

([69]) La sentenza *Dickinson v. Regno Unito* è del 4.12.2007, n. 44362/04, v. in particolare n. 78.

([70]) Cfr. sul punto le illuminanti riflessioni di ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 170, e BUSNELLI, *Diritti umani e civilità giuridica. Riflessioni di un civilista*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 252.

Una evoluzione simile contraddice l'evoluzione giuridica dell'ultimo secolo verso una concezione del figlio non come proprietà e la prevalenza dell'interesse della prole su quello dei genitori. Uno degli strumenti con cui è stato operato questo fondamentale cambiamento di prospettiva nel diritto di famiglia è stata la potestà. Il cambiamento si è sentito anche a livello linguistico, soprattutto in una lingua tecnica come quella tedesca, in cui si evidenzia il passaggio con la sostituzione nel 1979 del temine «elterliche Gewalt»con quello di «elterliche Sorge» con il conseguente passaggio dal concetto di autorità a quello di premura genitoriale.

([71]) Così, LABRUSSE-RIOU, *Produrre l'uomo: con quale diritto? Riflessioni «laiche» sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 395.

([72]) SESTA, *Dalla libertà ai divieti*, cit., 1407, commentando l'uscita della legge italiana nel 2004, affermava proprio che «le ineludibili esigenze di tutela del nato, che stanno alla base della disposizione criticata (art. 9 l. n. 40/2004, n.d.r.), avrebbero potuto essere soddisfatte prevedendo un obbligo di mantenimento a carico del marito ed una forma particolare di adozione».

la capacità dell'aspirante madre a soddisfare i bisogni del bambino e l'esistenza di una cerchia famigliare in grado di supportarla([73]); peraltro, è sempre possibile per il figlio nato con la fecondazione eterologa di conoscere l'identità del genitore biologico al compimento della maggiore età([74]).

Rispetto all'ammissibilità di quelle tecniche che producono la dissociazione della maternità, viceversa, esprimo forti dubbi([75]). Cambiando prospettiva e riflettendo sui temi qui dibattuti dalla parte dei futuri figli, mi domando, infatti, se sia rispettato il principio di bilanciamento degli interessi in conflitto qualora si preferisca l'aspirazione alla genitorialità biologica di una donna priva di proprio materiale genetico riproduttivo all'interesse di un individuo futuro al consolidamento della propria identità personale ed esistenziale. Il diritto del fanciullo alla conoscenza delle proprie origini è stato universalmente sancito([76]) in ragione del riconoscimento dell'estrema rilevanza della consapevolezza dei legami biologici intrafamigliari per una completa formazione della sua personalità. Nel caso di maternità dissociata il futuro figlio si troverebbe di fronte al dilemma di quale sia la propria madre naturale, tanto più che non esiste, come si è visto, nella comunità internazionale una uniformità di vedute, se la madre sia quella genetica o quella biologica([77]). Da una parte con l'affermarsi rapido e prepotente della scienza del genoma umano negli ultimi anni l'identità genetica di un individuo ha acquistato un'importanza in inarrestabile crescita che indurrebbe a concludere per la prevalenza di questo genere di discendenza; d'altra parte il legame tra madre e figlio si stabilisce già nel periodo della gestazione ed è dimostrato che il distacco alla nascita è traumatico per la psiche dell'una come dell'altro, tant'è vero che non è ammessa negli ordinamenti romanistici, che basano la disciplina della filiazione sul modello del riconoscimento, una rinuncia preventiva al diritto di filiazione o una predichiarazione di abbandono vincolante ai fini dell'avvio della procedura di adozione([78]). In definitiva, ritengo che proprio in mancanza di una regola uniforme e tanto più in presenza di una contraddittorietà nella nozione stessa di madre sia auspicabile che la Grande Camera della Corte europea dei Diritti dell'uomo, come non hanno mancato di sottolineare i due giudici dissidenti([79]), non interferisca, come è accaduto in primo grado e in altre occasioni([80]), con le scelte dei legislatori nazionali sul tema applicando un metodo che altri([81]) hanno definito tirannico. Altrimenti il diritto uscirebbe dall'aula giudiziaria di Strasburgo sconfitto dalla scienza, cui si lascerebbe il compito di dettare le regole della biotecnologia([82]) secondo un'ideologia di gestione del corpo a partire dalla volontà([83]). ■

([73]) Cfr. MOLASCHI, *op. cit.*, 528.

([74]) MOLASCHI, *op. cit.*, 530.

([75]) Nell'ottica del principio del bilanciamento sarebbe auspicabile, tuttavia, l'ammissibilità dell'adozione degli embrioni abbandonati, la cui posizione è assimilabile a quella dei bambini abbandonati alla nascita nella finalità di dare una famiglia a chi non ce l'ha piuttosto che di risolvere un problema esistenziale della coppia: cfr. Sesta, op. cit., 1406. La Commissione di Studio sugli embrioni crioconservati nei centri di p.m.a., nominata con Decreto del Ministro del Lavoro della Salute e delle Politiche Sociali il 25.6.2009, nella relazione finale presentata l'8.1.2010 *de iure condendo* apre la strada alla c.d. adozione per la nascita, auspicata dal Comitato Nazionale per la Bioetica nel documento, *Destino degli embrioni derivanti da procreazione medicalmente assistita e non più impiantabili,* del 6.10.2007.

([76]) Cfr. Art. 7 della Convenzione dell'ONU sui diritti dell'infanzia del 20 novembre 1989, che stabilisce che ogni fanciullo ha diritto «nella misura del possibile» a sapere chi sono i propri genitori, e art. 8.10 Carta europea dei Diritti del Fanciullo: «Ogni fanciullo ha diritto alla protezione della sua identità e, all'occorrenza, deve poter venire a conoscenza di determinate circostanze relative alle sue origini biologiche, entro i limiti imposti dalle legislazioni nazionali per la tutela dei diritti dei terzi; devono essere determinate le condizioni in base alle quali si daranno al fanciullo le informazioni relative alle sue origini biologiche, e lo si proteggerà dalla divulgazione di tali informazioni da parte di terzi».

([77]) Preme sottolineare che in Austria, Germania e Norvegia, dove è sancita la prevalenza della maternità biologica su quella genetica, sul versante della paternità si favorisce quella genetica su quella giuridica: la Norvegia con una riforma del 2002 ha riconosciuto al padre genetico il diritto incondizionato all'impugnazione della paternità legittima (§§ 6 e 28 a LF norv. Cfr. LØDRUP, *Challenges to an Established Paternity – Radical Changes in Norwegian Law*, in *The International Survey of Family Law*, 2003, 353 ss.); il § 163 e ABGB austriaco permette al padre genetico di avviare un processo, il c.d. «*durchbrechendes Vaterschaftsanerkenntnis*», che, con la collaborazione giudiziale di madre e figlio, può portare all'accertamento della verità genetica; in Germania l'adesione totale al principio della verità biologica ha indotto il legislatore a vietare che le donazioni di sperma siano anonime e a riconoscere al bambino, nato da inseminazione eterologa, il diritto alla disponibilità dei dati personali del donatore, aprendo la strada a possibili azioni di disconoscimento della paternità da parte del figlio nei confronti del marito della madre: cfr. FERRARI e PFEILER, *Die österreichische Reform des Kindschaftsrechts*, in *FamRZ*, 2002, 1085; nonché, più di recente, FERRARI, *Neueste Entwicklungen im österreichischen Familien- und Erbrecht*, in *FamRZ*, 2005, 1634 s.; FRANK, *Rechtsvergleichende Betrachtungen zur Entwicklung des Familienrechts*, in *FamRZ*, 2004, 845.

([78]) Ai sensi dell'art. 326 code civ. fr. la puerpera ha diritto a che venga mantenuto segreto il parto e la propria identità. Prima dell'entrata in vigore il 1.7. 2006 dell'*Ordonnance* n. 2005-759 del 4 luglio 2005, l'art. 326 era l'art. 341-1, secondo il testo introdotto dalla l. n. 93-22 dell'8 gennaio 1993: «Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé»; oggi, all'atto dell'accettazione in ospedale alla gestante viene chiesto di scrivere i propri dati personali su un foglio, di metterlo in una busta, di sigillarla e consegnarla in amministrazione preferibilmente insieme ad alcune notizie relative alla propria salute, a quella del padre, alle origini del bambino e alle circostanze della procreazione e della nascita, da rendere disponibili su domanda del figlio (Art. L. 222-6 Code de l'action sociale et des familles, Ordonnance n. 2000-1249 del 21.12.2000). La busta può essere richiesta in qualunque momento dalla puerpera, che può scegliere di aggiungervi ulteriori dati ovvero di distruggerla. Questo rituale non ha l'unico scopo di permettere l'identificazione della donna in caso di complicazioni durante la degenza al momento del parto, bensì anche nel caso in cui madre e figlio esprimano entrambi la volontà di rivelare la propria identità.

([79]) Jebens: «The prohibition of the use of donor material was based not only on the possibility of modern reproductive medicine, but also on the unease within the population on a morally and ethically sensitive issue», per cui «bearing in mind that the Austrian legislators have weighed the competing interests carefully und concluded with a reasonable solution, which to a very large extent opens up for artificial procreation, I do not think it is for the Court to interfere»; Steiner: «it is of quite some importance that (...) there is no international consensus as to the point at which consent to the use of genetic material may be withdrawn, Austria is by no means alone among the Member States in prohibiting ova donation for the purpose of artificial procreation. (...) Thus, (...) the Austria legislator did not exceed the wide margin of appreciation afforded to it under Article 14 of the Convention».

([80]) La sentenza in commento sembra inserirsi in quel filone della giurisprudenza della Corte contrassegnato dall'impiego di una procedura decisionale di stile per l'appunto «tirannico», in cui in difetto di norme uniformi i giudici si sostituiscono al legislatore nazionale senza fornirne una valida giustificazione (gli argomenti espressi nella sentenza in esame ai nn. 70-85 sulla comparabilità della donazione di ovociti e spermatozoi non sono convincenti, mentre la questione della maternità surrogata è affrontata in modo superficiale nei nn. 79-81: cfr. sul punto, COESTER-WALTJEN, *op. cit.*, 957); e ciò è tanto più inammissibile quanto più la scelta è stata ponderata e controllata a livello interno: il § 3 FMedG ha passato il controllo della Corte costituzionale austriaca; l'art. 4, 3º co., l. n. 40/2004 ha passato indenne un referendum popolare abrogativo; l'art. 4 LPAM è collegato all'art. 119 della Costituzione svizzera, che andrebbe anch'esso riformato.

([81]) L'espressione «une méthode tyrannique» è di EDELMANN, in *Rec. Dalloz*, 2008, *chr.* 1946, che ha affermato con fin troppa veemenza che: «la cour a suivi scrupuleusement les "règles" de la tyrannie: elle n'est pas liée par le traité, elle n'est pas liée par ses précédents, ses juges ont leur subjectivité pour seul norme». Critico sulle riflessioni di Edelmann anche HENRICH, *Der Schutz des "Familienlebens" durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte*, in MANSSEN, JACHMANN und GRÖPL (a cura di), *Nach geltendem Verfassungsrecht - Festschrift für Steiner*, Stuttgart, 2009, 309.

([82]) Ancora attuali le considerazioni sul tema di ANDORNO, *Les droits nationaux européens face a la procréation médicalment assistée: primauté de la technique ou primauté de la personne?*, in *Rev. Intern. Droit Comp.*, 1994, 141 ss.

([83]) Cfr. le illuminanti riflessioni di LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, 389.