

Il diritto ad accedere alla PMA eterologa: disciplina e problemi attuativi

Sabrina Apa*

THE RIGHT TO ACCESS TO ARTIFICIAL REPRODUCTION TECHNIQUES WITH GAMETES' DONATION:
LEGAL DISCIPLINE AND IMPLEMENTATION PROBLEMS

ABSTRACT: From the changing the concept of family, the paper analyses the Italian legal framework on Medically Assisted Reproduction (MAR) after the Constitutional Court ruling n. 162/2014, that eliminated the ban on heterologous *in vitro* fertilization. The author, through the analysis of the different laws under a comparative perspective, points out the necessity of detailed rules applicable with particular reference to the right of the newborn to know his/her family background, the issues relating to donors, and the implementation problems at regional level.

KEYWORDS: Medically Assisted Reproduction; gametes' donation; family; right to know one's origins; donors' data

SOMMARIO: Introduzione – 1. La c.d. riscrittura giurisprudenziale della Legge n. 40 del 2004 – 2. L'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa – 3. Legislazione comparata in tema di fecondazione eterologa – 3.1. Francia – 3.2. Spagna – 3.3. Germania – 3.4. Regno Unito – 4. La tutela degli interessi di natura familiare nella Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo – 5. Diritto a diventare genitori in senso genetico – 6. Diritto di accesso alle proprie origini – 7. Le Linee guida sulla donazione di gameti e lo stato attuale della disciplina italiana sulla fecondazione eterologa – 8. Accessibilità ai trattamenti sanitari di PMA eterologa e rimborsabilità a carico del SSN: le iniziali difficoltà attuative da parte delle Regioni e l'inserimento nei LEA – Conclusioni.

Introduzione

Il presente studio trae spunto dalla riflessione in ordine al mutamento del concetto di famiglia tradizionalmente inteso e del suo riverberarsi sulle questioni eticamente sensibili poste dalla procreazione medicalmente assistita¹. Si propone dunque un'analisi degli orientamenti giurisprudenziali nazionali e della Corte Europea dei diritti dell'uomo, che hanno inciso sulla struttura e sull'interpretazione della Legge n. 40 del 2004², con uno sguardo, in chiave comparatistica, alle discipline nazionali in materia di fecondazione eterologa.

* *Dottoranda in Giurisprudenza, specializzata presso la SSPL dell'Università degli Studi La Sapienza di Roma, collabora presso il CNR-ITB nel Progetto "Biodiritto e Biopolitica". Mail: sabrina.apa@libero.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

¹ F. PROSPERI, *Unicità dello status filiationis e rilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2013, 289.

² Legge 19 febbraio 2004, n. 40 "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", in G.U. n. 45 del 24 febbraio 2004.

Gli interventi giurisprudenziali hanno avuto il pregio di mettere in luce le esigenze attuali di una società in evoluzione, che chiede di adeguare il diritto positivo alle dinamiche socio-culturali.

Invero, le tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) impongono un ripensamento della stessa genitorialità, potendo oggi operarsi all'interno della categoria una distinzione fra tre *species* dell'originario *genus*: la madre genetica (cui risale l'ovocita fecondato), quella biologica (che conduce la gestazione) e quella sociale (che assume la responsabilità genitoriale al mantenimento e accudimento del nato³). Per quanto concerne la figura paterna si assiste ad una scissione fra il padre anagrafico ed il padre biologico, cioè il donatore.

Il modello di famiglia di cui all'art. 29 Costituzione non può essere letto rigidamente come l'unico⁴, ma come una delle modalità di esplicazione del concetto di famiglia⁵, a cui si affiancano altre tipologie di formazioni sociali familiari, quali la convivenza *more uxorio*⁶, a cui non può essere negata pari dignità costituzionale in virtù del disposto dell'art. 2 Costituzione⁷.

Nell'età dei diritti⁸ il fenomeno della PMA impone di indagare la sussistenza e la portata giuridica del "diritto alla libertà procreativa"⁹, quale bisogno riconosciuto dall'ordinamento, tanto da non restare mera pretesa ed essere elevato al rango di diritto da bilanciare con la tutela dell'embrione.

³ R. GALLI, *Novità normative e giurisprudenziali di diritto civile, penale e amministrativo*, vol. II, 2012-2015, Padova, 2015, 10 ss.

⁴ G. COLLURA, *Il civilista, la famiglia e le sue trasformazioni*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2007, 627 ss.

⁵ G. FERRANDO, *Famiglie ricomposte e nuovi genitori*, in T. AULETTA (a cura di) *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma*, Torino, 2007, 285 ss.

⁶ La Corte EDU ha ritenuto l'applicabilità dell'art. 8 CEDU non solo ai coniugi, ma anche alle coppie eterosessuali o omosessuali conviventi *more uxorio*. In particolare secondo la Corte «poiché la Convenzione è uno strumento vivo, da interpretare alla luce delle condizioni attuali (...), lo Stato, nella scelta dei mezzi destinati a tutelare la famiglia e a garantire il rispetto della vita familiare previsto dall'articolo 8, deve necessariamente tenere conto delle evoluzioni della società e dei cambiamenti nella percezione delle questioni sociali e relative allo stato civile e alle relazioni, compreso il fatto che non vi è solo un modo o una scelta per condurre la propria vita familiare o privata» (Grande Camera, sent. del 19.02.2013, caso *X et al. c. Austria*, ric. n. 19010/07, cit., punto 139).

⁷ «Il matrimonio forma oggetto della specifica previsione contenuta nell'art. 29 Cost., che lo riconosce elemento fondante della famiglia come società naturale, mentre il rapporto di convivenza assume anch'esso rilevanza costituzionale, ma nell'ambito della protezione dei diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali garantita dall'art. 2 Cost.» (Corte Cost. sentenza n. 237 del 1986). «Tenendo distinta l'una dall'altra forma di vita comune tra uomo e donna, si rende possibile riconoscere a entrambe la loro specifica dignità; si evita di configurare la convivenza come forma minore del rapporto coniugale, riprovata o appena tollerata, e non si innesca alcuna "impropria" ritorsione verso la disciplina del matrimonio da parte di coloro che abbiano scelto di liberamente convivere. Soprattutto si pongono le premesse per una considerazione giuridica dei rapporti personali e patrimoniali di coppia nelle due diverse situazioni, considerazione la quale – fermi in ogni caso i doveri e i diritti che ne derivano verso i figli e i terzi – tenga presenti e quindi rispetti il maggior spazio da riconoscersi, nella convivenza, alla soggettività individuale dei conviventi; e viceversa dia, nel rapporto di coniugio, maggior rilievo alle esigenze obiettive della famiglia come tale, cioè come stabile istituzione sovraindividuale» (Corte costituzionale, sent. n. 8 del 1996).

⁸ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990.

⁹ In tal senso cfr. Corte costituzionale, sent. n. 162 del 10.06.2014 «la scelta di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini e in ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare. Conseguentemente, le limitazioni a tale libertà e in particolare il divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere

La fecondazione artificiale si inserisce nel contesto della cd. “rivoluzione riproduttiva” caratterizzata da tre aspetti fondamentali: la scissione della procreazione dall’atto sessuale, la possibilità di incidere sul patrimonio genetico del nascituro, e la conseguente moltiplicazione delle figure sulla scena della riproduzione (donatrici e donatori di gameti, gestanti surrogate). In particolare, deve rilevarsi la complessità che reca con se la disciplina della fecondazione artificiale, determinando una commistione tra ciò che è naturale e ciò che è artificiale, nonché la riflessione sul concetto di vita e di figlio.

Preme inoltre rilevare come sia duplice la possibilità di approcciarsi alle tecnologie della riproduzione: da un lato, come aumento delle possibilità di scelta della donna e del suo partner, *rectius* della coppia, per ciò che riguarda i tempi ed i modi del procreare e, sotto altro profilo, secondo un’interpretazione più stringente e rigorosa, come terapia alla sterilità.

1. La c.d. riscrittura giurisprudenziale della Legge n. 40 del 2004

In Italia la Legge 19 febbraio 2004, n. 40 recante “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita” è la prima disciplina organica attraverso la quale il legislatore ha regolamentato la PMA, nata dall’esigenza di raccordare l’evoluzione della ricerca e delle tecniche mediche volte a favorire la soluzione dei problemi riproduttivi con i diritti costituzionalmente garantiti dei soggetti coinvolti, in particolare, quelli relativi al concepito¹⁰.

Obiettivo della fecondazione artificiale è, secondo l’impostazione della Legge n. 40, consentire alle coppie eterosessuali conviventi o sposate, affette da sterilità o infertilità, di realizzare il loro desiderio di avere un figlio, contemperando i diritti procreativi genitoriali con l’interesse del minore.

Giova evidenziare come la dottrina abbia messo in luce che il fenomeno procreativo assume una portata caleidoscopica: mentre la procreazione naturale è e rimane un fatto privato, quella artificiale diventa un fatto di rilievo pubblico perché il soggetto richiede assistenza allo Stato per poterla realizzare¹¹.

Va subito rilevato che, nell’ottica del legislatore italiano, la Legge n. 40 si pone quale *extrema ratio*, poiché è applicabile solo ove non sia possibile rimuovere altrimenti le cause che impediscono una procreazione naturale. Invero, l’impianto legislativo in questione, non considera l’accesso alla PMA nell’ambito del diritto alla scelta procreativa *tout court*, bensì quale mezzo finalizzato alla risoluzione dei problemi di infertilità e sterilità. Infatti, il ricorso alle tecniche di PMA è consentito solo quando sia accertata l’impossibilità di rimuovere altrimenti le cause che impediscono la procreazione ed è

ragionevolmente e congruamente giustificate dall’impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango (Corte costituzionale, sent. n. 332 del 2000). La determinazione di avere un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può non essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali».

Si vedano anche V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in www.penalecontemporaneo.it, 13.06.2014 e F. PASTORE, *Diritto a procreare: rilievo costituzionale e limiti. La procreazione medicalmente assistita tra bioetica e regolamentazione giuridica*, in *Rivista Giuridica del Molise e del Sannio*, 2, 1996, 83-110.

¹⁰ La tutela della vita prenatale è compendiata in una iniziale declamazione legislativa secondo la quale «la legge assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito».

¹¹ A. MARTINI, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2006.

comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico, nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico. Preme sottolineare che solo recentemente, grazie all'intervento della Consulta, con sentenza n. 96/2015 è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'esclusione dalla possibilità di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita delle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità che consentono l'accesso all'aborto terapeutico.

Già prima della sua approvazione, la Legge n. 40 fu oggetto di un acceso dibattito giuridico e morale, tanto da vedere la proposizione di cinque quesiti referendari¹², di cui quattro tendenti all'abrogazione di alcuni articoli ed uno all'abrogazione dell'intera legge. Falliti i referendum¹³, le questioni controverse sono state poste ai tribunali ed affrontate in particolare dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte Costituzionale, nel c.d. "dialogo fra le Corti", quale processo di interconnessione fra gli ordinamenti giuridici realizzata attraverso il confronto delle pronunce giurisprudenziali al fine di garantire un sistema di tutela multilivello dei diritti.

In primo luogo, è opportuno sottolineare come la Consulta, con sentenza n. 45/2005¹⁴, ha dichiarato "costituzionalmente necessaria" la Legge n. 40, nel senso che la sua eliminazione *tout court* lascerebbe prive di tutela situazioni giuridiche eticamente sensibili che costituiscono un nucleo costituzionale irrinunciabile.

Numerose sono state le disposizioni¹⁵ della Legge ad essere oggetto di interpretazione, tanto da dar vita, secondo Ferrando, ad una "riscrittura giurisprudenziale" della Legge n. 40¹⁶, ormai definita da

¹² M. D'AMICO, *I diritti contesi*, Milano, 2008, 50 ss.

¹³ La sentenza n. 45 ha dichiarato l'inammissibilità della richiesta referendaria di abrogazione totale della L. n. 40/2004. A fondamento della pronuncia, si è ribadita «l'esistenza di "valori di ordine costituzionale, riferibili alle strutture od ai temi delle richieste referendarie, da tutelare escludendo i relativi referendum, al di là della lettera dell'art. 75 secondo comma della Costituzione"» (sentenza n. 16/1978). Alla luce di tale constatazione, un limite all'ammissibilità è stato individuato nelle «leggi a contenuto costituzionalmente vincolato», cui si sono affiancate, a far tempo dalla sentenza n. 27/1981, le «leggi costituzionalmente necessarie», «la cui eliminazione determinerebbe la soppressione di una tutela minima per situazioni che tale tutela esigono secondo la Costituzione»: in altri termini - e riprendendo quanto precisato nella sentenza n. 49/2000 - «leggi costituzionalmente necessarie», «in quanto dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona, una volta venute ad esistenza possono essere dallo stesso legislatore modificate o sostituite con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela precedentemente concessa, pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento». Sulla scorta della ricostruzione della giurisprudenza pregressa, la Corte ha sottolineato come la L. n. 40/2004 disciplini «analiticamente una molteplicità di differenziati profili connessi o collegati alla procreazione medicalmente assistita, materia in precedenza non disciplinata in via legislativa». In effetti, si tratta «della prima legislazione organica relativa ad un delicato settore, che negli anni più recenti ha conosciuto uno sviluppo correlato a quello della ricerca e delle tecniche mediche, e che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa».

¹⁴ Sull'ammissibilità dei referendum la Corte Costituzionale si pronunciava con le sentenze nn. 45, 46, 47, 48, 49 del 2005. Con la pronuncia n. 45, la Consulta escludeva la possibilità dell'abrogazione totale della legge 40, in quanto legge costituzionalmente necessaria. Per approfondimenti cfr. E. LAMARQUE, *Ammissibilità dei referendum: un'altra occasione mancata*.

¹⁵ Una su tutte, la sentenza n. 96/2015 con cui la Corte Costituzionale ha riconosciuto l'ammissibilità della DGP, affermando la contrarietà con gli artt. 3 e 32 Cost. del divieto di «accesso alla PMA, con diagnosi preimpianto, da parte di coppie fertili affette da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili di trasmettere al nascituro

autorevole dottrina¹⁷ «(ex) legge 40», dal momento che - in ragione dei numerosi profili problematici che la caratterizzavano - è stata oggetto di decisioni della Corte costituzionale che ne hanno dichiarato l'incostituzionalità limitatamente ad alcuni profili. Si pensi ai limiti di accesso alle tecniche al fine di consentire la fecondazione assistita non solo alle coppie sterili, ma anche a quelle affette da patologie geneticamente trasmissibili, alla possibilità per il medico di stabilire il numero di embrioni da impiantare garantendo così l'opzione terapeutica più idonea al singolo paziente, ancora, alla questione dell'ammissibilità della Diagnosi Genetica Preimpianto¹⁸ (DGP) e, da ultimo, al divieto di fecondazione eterologa¹⁹ precedentemente previsto dall'art. 4, par. 3 e dall'art. 12 comma 1 della medesima Legge.

La Legge n. 40 nella sua formulazione originaria ammette e disciplina la fecondazione artificiale omologa, vale a dire quella che utilizza i gameti (ovociti e spermatozoi) della coppia, vietando quella eterologa, in cui sono utilizzati i gameti di donatori esterni alla coppia.

Con la pronuncia n. 162 del 2014²⁰ la Corte Costituzionale evidenzia l'irragionevolezza del divieto di eterologa in virtù del quale i soggetti affetti dalle patologie che siano causa di sterilità²¹ o infertilità assolute ed irreversibili, quindi quelle più gravi, vedono irrimediabilmente compromesso il diritto di autodeterminarsi alla formazione di una famiglia.

Diritto che, prima dell'introduzione della Legge n. 40, nonostante il vuoto normativo, trovava nella prassi una sua operatività poiché la fecondazione eterologa, già nel 1997, era praticata in 75 centri privati sulla base delle sole circolari ministeriali²², risalendo alla metà degli anni Cinquanta il primo caso di una donna sottoposta alla fecondazione eterologa²³.

rilevanti anomalie o malformazioni. Sul punto, M.P. IADICICCO, *La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogo tra le Corti*, in *Forum costituzionale*, 2015, 325-350.

¹⁶ Espressione utilizzata da G. FERRANDO, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Famiglia e diritto*, 5, 2011, 520, ma cfr. anche E. DOLCINI, *La lunga marcia della fecondazione assistita. La legge 40/2004 tra Corte costituzionale, Corte EDU e giudice ordinario*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2011, 428.

¹⁷ A. D'ALOIA, *L'ex(40)*, 2015, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2015, 997-999.

¹⁸ G. BALDINI, *PMA e diagnosi genetica preimpianto (PGD). Profili di illegittimità costituzionale del (presunto) divieto posto dalla legge n. 40 del 2004*, in G. BALDINI, M. SOLDANO (a cura di), *Tecnologie riproduttive e tutela della persona. Verso un comune diritto europeo per la bioetica*, Firenze, 2007, 149 ss.

¹⁹ Storicamente la fecondazione eterologa rinviene le sue origini nel 1884 ad opera del Dott. W. Pancoast, che fu il primo a realizzare un'inseminazione intrauterina con seme di donatore, mentre al 1984 risale la prima gravidanza a seguito di donazione di ovocita conseguita dal Dott. Peter Lutjen.

²⁰ Sulla quale si vedano, tra gli altri, i commenti di C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronti costituzionali*, 17.06.2014, disponibile all'indirizzo internet <http://docenti.unicam.it/tmp/5413.pdf>; A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in www.forumcostituzionale.it, 2014.

²¹ Sterilità: la situazione di una coppia in cui uno o entrambi i partner sono affetti da una condizione fisica che non rende possibile il concepimento. Infertilità: incapacità della coppia di concepire una gravidanza dopo un anno di tentativi non protetti. M. MOSCARINI, *L'infertilità e le problematiche della PMA*, in *Rivista dell'Associazione degli avvocati per la famiglia e per i minori*, Torino, 2, 2015, 5 ss.

²² "Limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del Servizio sanitario nazionale" del 1 marzo 1985, "Misure di prevenzione della trasmissione del virus HIV e di altri agenti patogeni attraverso il seme umano impiegato per la fecondazione artificiale" del 27 aprile 1987, "Misure di prevenzione della trasmissione dell'HIV e di altri agenti patogeni nella donazione di liquido seminale impiegato per la fecondazione assistita umana e nella donazione d'organo, di tessuto e di midollo osseo" del 10 aprile 1992,

È opportuno altresì richiamare la pronuncia della Corte Costituzionale n. 96 del 2015, con la quale la Consulta ha evidenziato l'irragionevolezza dell'esclusione dalle tecniche di PMA e di PGD delle coppie affette da gravi patologie genetiche ereditarie. Conseguenza immediata di tale assetto era la lesione del diritto alla salute della donna la quale non poteva acquisire precedentemente, vale a dire con la DGP, un'informazione che le avrebbe consentito di evitare di assumere in seguito una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute, quale l'aborto²⁴.

Ne consegue, ancora una volta, una pronuncia della Consulta che mette in luce l'inadeguatezza dei limiti posti dal legislatore italiano in ambito biomedico, data la carenza di un ragionevole bilanciamento tra le posizioni giuridiche coinvolte. La legge, così riportata a coerenza, risulta fruibile per l'interpretazione costituzionalmente orientata²⁵ da parte dei giudici comuni. Invero, è proprio sul terreno del biodiritto che la funzione suppletiva della giurisprudenza appare la necessaria conseguenza dell'incompletezza e dell'incertezza legislativa²⁶. A riguardo, parte della dottrina sottolinea come questa interazione fra il dato normativo ed il formante giurisprudenziale sia dovuto alla particolarità della sede, quella bioetica, nella quale si collocano «diritti e valori di particolare intensità, ampiezza e portata»²⁷.

In questo ordine di considerazioni è opportuno osservare come la Legge n. 40 richieda altresì il rinvio alle fonti normative secondarie²⁸, data la mancanza, all'interno del testo legislativo, delle definizioni dei concetti scientifici, quali quello di embrione, a differenza di altri ordinamenti, come Regno Unito e Spagna²⁹.

“Divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani”, ordinanza ministeriale del 5 marzo 1997.

²³ G. MILAN, *Gli aspetti giuridici della procreazione assistita*, Padova, 1997, 221 ss.

²⁴ In Italia l'aborto terapeutico è disciplinato dalla Legge 22 maggio 1978, n. 194, (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza, in G.U. del 22 maggio 1978, n. 140), che stabilisce due condizioni per l'interruzione volontaria di gravidanza (IVG) superato il limite dei novanta giorni: a) un grave pericolo per la vita della donna in caso di proseguimento della gravidanza o di parto; b) l'accertamento di processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna (art. 6).

²⁵ R. BIN, *Il sistema delle fonti. Un'introduzione*, in *Scritti in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009, 27-52, «è sull'interprete che grava per intero il compito di riportare a coerenza l'insieme delle disposizioni legislative, onde ricavarne la norma del caso, norma che deve necessariamente essere reperita (nonostante le “lacune” della legislazione) e deve essere necessariamente univoca e non smentita da altre norme concorrenti».

²⁶ D. PULITANÒ, *Supplenza giudiziaria e poteri dello stato*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 1983, 115, «leggi chiare e complete, idonee a porre fine a supplenze e a incertezze applicative (la dottrina) e l'esigenza di determinati contenuti della tutela legale, corrispondenti a una positiva estensione della tutela giudiziaria (la giurisprudenza)».

²⁷ L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in *Osservatorio costituzionale*, Rivista AIC, 2014, 10.

²⁸ P. VERONESI, *Le “linee guida” in materia di procreazione assistita. Nuovi dubbi di legittimità all'orizzonte*, in *Studium Iuris*, 11, 2004, 1356 ss.

²⁹ E. DURANTE, *La semantica dell'embrione dei “documenti normativi”. Uno sguardo comparatistico*, in *Direitos Fundamentais & Justiça*, 13, 2010, 38 ss., distingue quattro modelli qualificativi dell'embrione da un punto di vista giuridico. Nel primo modello, definito «pragmatico», «l'uso del termine “embrione” non è associato ad alcuna particolare qualificazione giuridica» (Ivi, 39), facendovi rientrare il sistema francese; del secondo modello fanno parte gli ordinamenti che recepiscono «alcune qualificazioni biologiche dell'embrione all'interno del testo legislativo» (Ivi, 42), come quelli britannico e spagnolo; nel terzo modello, in cui rientra l'ordinamento

2. L'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa³⁰

Come già osservato, la Legge n. 40/2004 è stata oggetto di numerosi interventi da parte del Giudice delle Leggi che ne hanno modificato radicalmente la portata. Come rilevato dalla dottrina questo è solo «l'ennesimo segmento della legge a essere neutralizzato e razionalizzato»³¹. In tal senso si pensi alla pronuncia n. 162/2014 con cui la Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittime le norme che imponevano il divieto assoluto di ricorrere alle tecniche di procreazione assistita di tipo eterologo (ossia mediante l'ausilio della donazione di gameti). O ancora alla sentenza n. 96/2015 con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della suddetta Legge nella parte in cui non consente il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità che consentono l'accesso all'aborto terapeutico (art. 6, lett. b, l. n. 194/1978), accertate da apposite strutture pubbliche. Si pensi inoltre alla pronuncia n. 151/2009³² con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 2 dell'art. 14, limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre» e del terzo comma dello stesso articolo nella parte in cui non prevedeva che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna.

In proposito è interessante l'iter argomentativo seguito dalla Consulta per eliminare quelle disposizioni della Legge n. 40 affette da un'insanabile irragionevolezza in termini di bilanciamento dei diritti dei soggetti coinvolti.

Per ciò che concerne la sentenza n. 162/2014 va sottolineato come ben tre Tribunali di merito, quelli di Milano, Firenze e Catania, avevano sollevato, in riferimento agli artt. 3 Cost. (tutte e tre le ordinanze), 2, 31 e 32 Cost. (Milano e Catania), nonché (Tribunale di Milano) agli artt. 29 e 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della Legge n. 40. In particolare, prospettando la violazione dell'art. 3 Cost., i rimettenti evidenziavano come il divieto di fecondazione eterologa comportasse un diverso trattamento tra le coppie affette da sterilità o da infertilità, nonostante entrambe fossero in situazioni sostanzialmente omologhe. Pertanto tali coppie avrebbero dovuto avere uguale possibilità di ricorrere alla tecnica di PMA, al fine di porre rimedio alla patologia della quale erano portatrici.

italiano «si rinuncia ad addentrarsi in distinzioni biologiche relative ai vari momenti di sviluppo della vita prenatale, e si introducono però misure specifiche di protezione che tendono a collocare l'embrione nell'universo dei diritti» (Ivi, 46); infine, il quarto modello comprende gli ordinamenti, come quello argentino, che «si spingono fino ad attribuire all'embrione un'esplicita soggettività o personalità» (Ivi, 50).

³⁰ M. D'AMICO, M.P. COSTANTINI, *L'illegittimità costituzionale del divieto della "fecondazione eterologa". Analisi critica e materiali*, Milano, 2014.

³¹ P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 1, 2015, 5-33.

³² A riguardo va osservato che tale intervento demolitorio della Corte mantenendo fermo il principio secondo cui non si deve creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, esclude la previsione dell'obbligo di un unico e contemporaneo impianto e del numero massimo di embrioni da impiantare. In tal modo la Corte elimina sia l'irragionevolezza di un trattamento identico di fattispecie diverse, sia la necessità, per la donna, di sottoporsi all'eventuale reiterazione di stimolazioni ovariche, con possibile lesione del suo diritto alla salute.

Il Tribunale di Milano, richiamando i principi espressi dalla Grande Camera della Corte di Strasburgo nel caso *S.H. e altri v. Austria*³³, rilevava altresì la violazione degli artt. 2³⁴, 29 e 31 della Costituzione, in quanto non sarebbe stato garantito alle coppie affette da sterilità o infertilità assoluta ed irreversibile, il diritto fondamentale alla piena realizzazione della vita privata familiare e quindi all'autodeterminazione con evidente pregiudizio del diritto di formare una famiglia per le coppie colpite dalla patologia più grave.

Invero, data la possibilità di ricondurre la soluzione dei problemi riproduttivi della coppia al diritto fondamentale alla maternità/paternità, il Tribunale di Catania evidenziava la violazione anche degli artt. 2 e 31 della Costituzione poiché le norme impugnate integravano un'ipotesi irragionevole di bilanciamento del diritto alla salute della madre biologica e della madre genetica, del diritto costituzionalmente protetto alla formazione della famiglia nonché dei diritti del nascituro.

La Corte, dichiarando fondate le questioni sollevate, rileva che la tematica, eticamente sensibile, richiede l'individuazione da parte del legislatore di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona (sentenza n. 347 del 1998), al fine di verificare se sia stato realizzato un irragionevole bilanciamento. In particolare, ricordando che il divieto di fecondazione eterologa non costituisce il frutto di una scelta consolidata nel tempo, dal momento che prima dell'entrata in vigore della Legge n. 40, l'accesso a tali tecniche era permesso, la Corte ribadisce che la scelta della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli è espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 della Costituzione, poiché concerne la sfera privata e familiare. Conseguentemente, le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango.

Ne consegue che la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può essere

³³ Nella pronuncia *S.H. e altri c. Austria*, ric. n. 57813/00, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che il diritto di una coppia di concepire un figlio e di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita rientra nell'ambito dell'art. 8 CEDU, poiché tali scelte costituiscono chiaramente un'espressione della vita privata e familiare. Ne deriva conseguentemente che il diritto di identità e di autodeterminazione della coppia relativamente alle scelte in tema di genitorialità viene compromesso dal divieto di accesso ad un certo tipo di fecondazione, quale quella eterologa, che costituisce peraltro l'unica via per consentire ad una coppia di superare i propri problemi di sterilità o infertilità, non altrimenti risolvibili. E ciò, giova ricordarlo, senza che tale scelta vada a comprimere altri diritti fondamentali della persona, né altri diritti costituzionalmente garantiti. Per un approfondimento sul punto, si veda A. VERRI, *Il Tribunale di Milano rimette nuovamente alla Corte costituzionale la questione concernente la legittimità costituzionale della fecondazione eterologa*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 15.04.2013.

³⁴ Ai sensi dell'art. 2 della Costituzione «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

In base all'art. 29 della Costituzione «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare».

Ai sensi dell'art. 31 della Costituzione «La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose. Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo».

conculcata, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere alla tecnica di PMA di tipo eterologo.

Date queste premesse, la Corte rileva la violazione del diritto alla salute, affermando che nel caso di patologie produttive di una disabilità, la discrezionalità del legislatore nell'individuazione delle misure a tutela di quanti ne sono affetti incontra il limite invalicabile del «rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati» (par. 7).

Pertanto, un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati (sentenze nn. 282/2002 e 8/2011), anche in riferimento all'accertamento dell'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela necessaria³⁵.

In conclusione la Corte, accogliendo le questioni poste dai Tribunali di merito, ritiene che il divieto di eterologa sia il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione del canone di razionalità dell'ordinamento; pertanto, ne dichiara l'illegittimità in riferimento al caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute. In altre parole, secondo la Corte, l'accesso alla fecondazione eterologa deve ritenersi consentito solo qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità e sia stato accertato il carattere assoluto delle stesse, dovendo tali circostanze essere documentate da atto medico e da questo certificate, nel rispetto dei principi legislativi di gradualità e consenso informato.

È opportuno rilevare che il principio di non discriminazione di cui agli artt. 2 e 3 della Costituzione, predicabile anche in relazione agli artt. 8³⁶ e 14 Cedu e nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, trova continua applicazione nelle sentenze della Corte di Strasburgo³⁷.

³⁵ «La pratica terapeutica si pone all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica, diritto questo che l'art. 32, comma 2, secondo periodo, Cost. pone come limite invalicabile anche ai trattamenti sanitari che possono essere imposti per legge come obbligatori a tutela della salute pubblica. Questi diritti, e il confine fra i medesimi, devono sempre essere rispettati, e a presidiarne l'osservanza in concreto valgono gli ordinari rimedi apprestati dall'ordinamento, nonché i poteri di vigilanza sull'osservanza delle regole di deontologia professionale, attribuiti agli organi della professione. Salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non é, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dall'autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione. Autonomia del medico nelle sue scelte professionali e obbligo di tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali, sotto la propria responsabilità, configurano dunque un altro punto di incrocio dei principi di questa materia» (Corte costituzionale, sent. n. 282 del 2002, par. 4).

³⁶ In base all'art. 8 Cedu «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

3. Legislazione comparata in tema di fecondazione eterologa

La questione dell'ammissibilità della fecondazione eterologa si inserisce nel più ampio dibattito a livello internazionale sul riconoscimento di un diritto a procreare³⁸, anche attraverso mezzi artificiali, ricompreso nel diritto alla vita privata e familiare. In proposito è opportuno ricordare un'interessante pronuncia³⁹ con cui la Corte interamericana dei diritti dell'uomo ha dichiarato che il divieto di utilizzare la tecnica della fecondazione in vitro vigente in Costa Rica violava il diritto alla vita privata, all'integrità e all'autodeterminazione personale e, conseguentemente, il diritto di formare una famiglia ex artt. 5, commi 1, 7 e 11, e 17 comma 2 della Convenzione interamericana dei diritti dell'Uomo (par. 149)⁴⁰.

Ai sensi dell'art. 14 Cedu «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione».

In base all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea «è vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali. Nell'ambito d'applicazione del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea è vietata qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, fatte salve le disposizioni particolari contenute nei trattati stessi».

³⁷ La rilevanza della Cedu in materia è individuata da G. FERRANDO, *Diritti delle persone e comunità familiare nei recenti orientamenti della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2012, 281 ss. In particolare va osservato che le disposizioni contenute nella Cedu, pur non assurgendo a rango di norma costituzionale e restando dunque a livello sub-costituzionale, fungono da parametro di verifica della compatibilità costituzionale delle leggi ordinarie, così come precisato dalla Consulta nella sentenza n. 348 del 24.10.2007, in *Rass. Dir. Civ.*, 2009, 1119 ss. In proposito rileva S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, 16 giugno 2014, che la Consulta, pur fondando la propria decisione su parametri "interni", richiama sia i concetti "vita privata e familiare" o di "scelta di diventare genitori" nonché le strutture argomentative utilizzate dalla Corte EDU per decidere casi analoghi (cfr. *S. H. e altri c. Austria; Costa e Pavan c. Italia*). Invero, secondo l'Autore, come la Corte nella sent. n. 162 del 2014 utilizza il parametro di ragionevolezza-proporzionalità, quale giudizio di coerenza interna dello strumento legislativo, in base al quale non il divieto, ma la sua natura assoluta, viene dichiarato irragionevole, così la Corte EDU in *S. H. e altri c. Austria*, dichiara la compatibilità della legislazione austriaca con l'art. 8 CEDU, pur se limitativa dell'accesso alle tecniche di fecondazione eterologa in vitro, in quanto essa prevedeva delle eccezioni al divieto generale.

³⁸ Si vedano, tra gli altri, i commenti di M.G. RODOMONTE, *È un diritto avere un figlio?*, in *Confronti costituzionali*, 17.06.2014 e di C. TRIPODINA, *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte Costituzionale decide di decidere*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 2593 ss.

³⁹ Si tratta della sentenza n. 257 del 28.11.2012, caso *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*, con cui la Corte interamericana dei diritti dell'uomo ha precisato che la maternità costituisce una componente del libero sviluppo della personalità della donna, la quale deve poter essere libera di autodeterminarsi in ordine alla scelta di diventare madre genetica o biologica.

Per il rilievo assunto dalla giurisprudenza della Corte di San Josè si veda R. HERNANDEZ, *L'utilizzazione della giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti dell'uomo da parte dei Tribunali Supremi e dei Tribunali Costituzionali dell'America Latina*, in G. ROLLA (a cura di), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milano, 2010, 76 ss.

⁴⁰ La Corte interamericana ha riconosciuto come diritto convenzionale l'accesso alle tecniche di fecondazione in vitro, senza lasciare un margine di apprezzamento agli Stati. Conseguentemente la Corte ha ordinato al Costa

In questo panorama complesso, caratterizzato dall'emergere dei nuovi diritti riproduttivi derivanti dallo sviluppo delle tecniche di riproduzione assistita, spetta agli Stati emanare una regolamentazione che ne specifichi la portata e i contenuti⁴¹. Giova sottolineare che per poter addivenire all'adozione di una normativa in materia ogni Stato deve preliminarmente dipanare il delicato intreccio che da un lato vede il prevalere della libertà di scelta delle coppie e, dall'altro, pone in essere la salvaguardia del modello tradizionale di famiglia⁴². A seconda della scelta accolta, lo Stato emanerà una politica permissiva, restrittiva o assumerà una posizione intermedia capace di coniugare entrambe le istanze.

Per quanto concerne l'Europa è possibile distinguere fra ordinamenti giuridici che in ambito bioetico si attestano su tre tipologie di modelli di regolamentazione: liberale, permissivo e restrittivo. In proposito va rilevato che in tema di PMA mentre la Spagna presenta una disciplina di tipo liberale, in Francia si riscontra un sistema normativo permissivo-liberale, collocabile a metà strada tra quello conservatore, proprio della Germania, e quello autorizzatorio del Regno Unito⁴³.

Con riferimento specifico all'Italia, inquadrabile nel modello restrittivo, la Legge n. 40 è stata pensata ponendo al centro la tutela dell'embrione, qualificato come soggetto di diritto fin dal concepimento⁴⁴. A riguardo parte della dottrina, ha assimilato la tutela predisposta dalla L. n. 40/2004 a quella tedesca, definendola una legge «a tutela dell'embrione»⁴⁵.

Rica di adottare le misure adeguate per cessare nel più breve tempo possibile il divieto di praticare la FIV, regolamentare le tecniche di PMA e stabilire sistemi di controllo di qualità delle istituzioni o professionisti qualificati per svilupparle; la sanità pubblica dovrà altresì includere gradualmente la disponibilità della fecondazione in vitro nei suoi programmi e trattamenti. La Corte ha poi previsto un risarcimento per le coppie interessate, l'obbligo di pubblicazione del comunicato stampa della Corte su un quotidiano di diffusione nazionale e su un sito web della magistratura e l'obbligo di attuare programmi e corsi di formazione continua e di formazione in materia di diritti umani, diritti riproduttivi e di non discriminazione per funzionari giudiziari. Per un commento della pronuncia si veda M. HAIDEER, *Corte interamericana dei diritti dell'uomo, sentenza Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") c. Costa Rica, del 28 novembre 2012, serie C. n. 257*, in *DPCE online*, 2, 2013, <http://www.dpce.it/online/index.php/archivio/numero-2-2013/134-note-a-sentenza/302-la-corte-interamericana-condanna-il-costa-rica-per-il-divieto-di-fecondazione-in-vitro>.

⁴¹ Sul punto si veda ENGELI, *The Challenge on Abortion and Assisted Reproductive Technologies in Europe*, in *Comparative European Politics*, 7(1), 2009, 56 ss.

⁴² Sul punto L. NIELSEN, *"Legal Consensus and Divergence in Europe in the Area of Assisted Conception – Room for Harmonisation?"* in D. EVANS, N. PICKERING (a cura di), *Creating the Child. The Ethics, Law and Practice of Assisted Procreation*, The Hague, 1996, 305 ss.

⁴³ Sul punto si veda C. CASONATO, *Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione di impatto normativo*, in C. CASONATO, E. CAMASSA (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Trento, 2005, 13 ss.: «In materia di fecondazione assistita si può ipotizzare una tipologia di discipline che vanno dal modello più permissivo (Spagna, Gran Bretagna, alcuni stati degli Stati Uniti) a quello relativamente più chiuso (Germania, Francia). In materia di tecnica normativa, si possono individuare paesi in cui il formante legislativo tende ad assorbire e ad esaurire ogni aspetto (Francia, Austria, Spagna), altri in cui la legge non fa che rinviare a decisioni *case-by-case* adottate da un'autorità indipendente (Gran Bretagna), altri in cui una normativa, pur fitta lascia un discreto ambito di decisione alla fonte giurisprudenziale (Germania).»... «Condizionano l'accesso alle pratiche di procreazione assistita all'esistenza di una relazione stabile, ad esempio, l'Austria, la Francia, la Svizzera, la Danimarca e la Svezia, mentre nessun requisito di coppia prevedono l'Inghilterra, la Spagna, l'Olanda, il Belgio, ed alcuni stati degli Stati Uniti».

⁴⁴ Art. 1 della Legge n. 40 «la legge assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito».

⁴⁵ F. MANCUSO, *Principi, valori e dignità: con un excursus su E.-W. Böckenförde e la questione dell'embrione*, in F. MANCUSO, A. CATANIA, *Natura e artificio. Norme, corpi, soggetti tra diritto e politica*, Milano, 123 ss.

Nei seguenti paragrafi si procederà ad un'illustrazione per linee essenziali della disciplina della fecondazione eterologa di alcuni Paesi dell'Unione Europea, evidenziando così la portata concretamente assunta dai vari modelli, al fine di individuare le analogie e differenze più significative rispetto alla Legge n. 40/2004.

3.1. Francia

La Francia ha adottato un modello intermedio fra quello liberale e quello conservatore, poiché, pur vietando la DGP, permette l'accesso alla PMA per porre rimedio ad una diagnosticata infertilità patologica della coppia o per evitare la trasmissione ai figli di una malattia particolarmente grave di cui siano portatori i genitori.

In Francia le Leggi di bioetica del 1994, poi modificate nel 2004⁴⁶ e nel 2011⁴⁷, hanno disciplinato la fecondazione eterologa oltre ad altre pratiche in materia di PMA che ancora non avevano trovato una regolamentazione da parte del legislatore. In particolare, la terza delle suddette Leggi, la 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*, ha comportato l'inserimento nel codice civile di alcuni principi fondamentali, fra gli altri, la salvaguardia della dignità della persona, il rispetto dell'essere umano dall'inizio della vita, la nullità dei contratti tesi ad organizzare la procreazione o la gestazione per conto di terzi (c.d. utero in affitto⁴⁸), nonché il divieto di ledere l'integrità della specie umana attraverso pratiche eugenetiche ed il principio dell'anonimato nelle donazioni di elementi del corpo umano, ove consentite.

Come l'ordinamento italiano, anche quello francese, alla luce del principio di solidarietà, ha optato per una concezione terapeutica della procreazione assistita, quale rimedio nei casi di sterilità, infertilità o rischio di trasmissione di malattie ereditarie.

È interessante notare come con riferimento alle censure inerenti alla fecondazione eterologa, il *Conseil*⁴⁹ 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». Ed altresì che «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».

L'accesso alla PMA è consentito solo alle coppie sposate, legate in un PACS o di fatto, formate da un uomo ed una donna, rimanendone esclusi sia i single che le coppie omosessuali. La donazione è disciplinata dal cod. s. pub., che impone il consenso della coppia donatrice e di quella ricevente. Invero, l'art. L. 1244-2, comma 1, cod. s. pub. prevede sia il consenso del donatore di spermatozoi (e di ovo-

⁴⁶ "Loi relative à la bioéthique" n. 2004-800 del 6 agosto 2004.

⁴⁷ "Loi sur la bioéthique" n. 2011 - 814 del 7 luglio 2011, Assemblée Nationale, *Rapport n. 3111 fait au nom de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique* (n. 2911) par J. Leonetti, 26 gennaio 2011, vol. 1, 17, www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r3111-tl.asp.

⁴⁸ In Francia la maternità surrogata integra un reato, punito con una pena detentiva fino a tre anni ed una multa fino a 45.000 euro (articolo L 227-13 del codice penale).

⁴⁹ 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, 53 ss, www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/094000288/0000.pdf.

citi) sia quello dell'altro componente di una eventuale coppia. Il consenso, prestato con scrittura privata (registrata da un notaio o da un tribunale civile, il Tribunal de grande instance), può essere revocato in ogni momento fino al trattamento. In particolare, l'art. 311-19 c.c., in ossequio al principio dell'anonimato del donatore, quale corollario della gratuità della donazione, stabilisce 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 comporta il divieto di porre in essere azioni di contestazione di paternità, legittima o naturale.

È consentita sia la donazione di gameti che quella di embrioni, poiché la novella del 2011 ha permesso la donazione ogni volta in cui la coppia che ha concepito l'embrione non abbia più un progetto genitoriale e vi rinunci.

Per quanto concerne il diritto a conoscere le proprie origini, come parte del diritto al rispetto della vita privata ex art. 8 Cedu, va rilevato che la Corte EDU in relazione al caso *Odièvre c. Francia*⁵⁰ ha stabilito che costituisce un adeguato bilanciamento permettere al figlio non riconosciuto alla nascita di accedere alle informazioni non identificanti la madre, e prevedere la possibilità di accedere ad un'altra autorità al fine di sollecitare la revoca del segreto sulla nascita.

3.2. Spagna

Come in Francia, anche in Spagna⁵¹ si assiste ad un approccio legislativo più permissivo tanto che già nel 1988 con la Legge n. 35 è stata regolamentata la PMA rendendo lecite tutte le tecniche di fecondazione assistita, compresa l'eterologa e consentendo l'accesso a tutte le donne, siano esse spostate, conviventi o single⁵². Da notare il carattere liberale di tale legislazione esplicitatosi anche nella mancanza di divieto di fecondazione *post mortem*, nell'irrelevanza di un limite di età per la donna e del periodo minimo di convivenza, nonché nel permettere la donazione, gratuita, consensuale ed anonima, non solo di gameti maschili e femminili, ma anche dei pre-embrioni⁵³.

Va rilevato che nell'ordinamento spagnolo la sterilità o l'infertilità non costituiscono presupposti per l'accesso alla fecondazione eterologa, la quale non è quindi intesa come trattamento sanitario sussidiario, bensì come una tecnica di concepimento alternativa a quella naturale.

⁵⁰ *Odièvre c. Francia*, ric. n. 42326/98, del 13 febbraio 2002, in www.echr.coe.int/echr.

⁵¹ Per un approfondimento, si veda M. IACOMETTI, *La procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento spagnolo*, in C. Casonato, T. E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006, 37 ss.; F. J. JIMÉNEZ MUNOZ, *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Madrid, 2012; A. LUNA SERRANO, *Comparación en materia de filiación por reproducción asistida entre los derechos español e italiano*, in *Icade, Revista cuatrimestral de las Facultades de derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 87, 2012, 170 ss.

⁵² In attuazione della legge sulla procreazione assistita sono stati approvati: il regio decreto n. 412/1996, del 1º marzo, 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 pre-embrioni a fini di procreazione umana; il regio decreto n. 413/1996, del 1º marzo, 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. La legislazione spagnola è consultabile in <http://www.boe.es/legislacion.php>.

⁵³ È definito pre-embrione «l'embrione in vitro costituito dall'insieme di cellule derivanti dalla divisione progressiva dell'ovocito dal momento della fecondazione fino a 14 giorni dopo», sul punto F. BUZZI, G. TASSI, *La procreazione medicalmente assistita: normativa, giurisprudenza e aspetti medico legali*, Milano, 2011, 93.

Tale impianto legislativo, la cui legittimità è stata confermata dal Tribunale Costituzionale che nella sentenza n. 116/1999 ne ha dichiarato la compatibilità con la Costituzione spagnola, è stato mantenuto anche dalla nuova Legge n. 14/2006 e successive modificazioni.

Sotto il profilo del diritto a conoscere le proprie origini⁵⁴, va osservato che nell'ordinamento spagnolo è l'art. 39.2 Cost. spagn. a sancire il diritto a conoscere i propri genitori, sul quale si fonda la disciplina in tema di ricerca della paternità e quella dell'accertamento della filiazione materna. In proposito il Tribunale Costituzionale⁵⁵ ha dichiarato che la determinazione delle proprie origini biologiche costituisce un elemento integrante del diritto soggettivo all'identità personale. Sul punto la dottrina⁵⁶ evidenzia che il diritto a conoscere le proprie origini rappresenta un profilo del diritto all'identità, inteso in una forma autonoma e indipendente dagli altri diritti della personalità, configurandosi quale interesse giuridicamente tutelato a non veder travisato o alterato il proprio patrimonio intellettuale, sociale, religioso, ideologico o professionale che consiste fundamentalmente nel diritto ad essere se stessi e nell'obbligo degli altri di rispettare l'identità personale.

3.3. Germania

Decisamente restrittiva risulta invece la posizione assunta dalla Germania⁵⁷ tanto che nell'ordinamento tedesco⁵⁸ non esiste una normativa specifica sulla PMA, bensì la Legge per la tutela dell'embrione⁵⁹ (*Embryonenschutzgesetz* – in breve *ESchG*) del 13 dicembre 1990 che, in ossequio al principio costituzionale della tutela della vita, mira ad evitare la morte dell'embrione, con la conseguenza dell'impossibilità di creare embrioni soprannumerari. In particolare, 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) sia la maternità surrogata, poiché il prevalente interesse del nato impone coerenza tra maternità⁶⁰ genetica, biologica e sociale. Tale posizione è emersa nell'ambito del

⁵⁴ Per un approfondimento si veda M.G. STANZIONE, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Torino, 2015, 24 ss.

⁵⁵ Tribunal Constitucional, sentenza n. 7/1994 del 17.01.1994. Per la dottrina, cfr. C. VIDAL PRADO, *El derecho a conocer la filiación biológica (con especial atención a la filiación materna)*, in *Revista jurídica de Navarra*, 22, 1996, 266 ss.; M.C. QUESADA GONZALEZ, *El derecho (constitucional?) a conocer el propio origen biológico*, in *Anuario de Derecho Civil*, 2, 1994, 2, 237 ss.; A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión de TEDH de 13.02.2003 en el Caso Odièvre- Francia*, in A.L. CALVO CARAVACA, E. CASTELLANOS RUIZ (diretto da) *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, 2004, 511 ss.

⁵⁶ F. HERRERO TEJEDOR, *La intimidad como derecho fundamental*, Madrid, 1998, 183.

⁵⁷ Per quanto concerne la Germania va rilevato che l'*EmbryonenSchutzGesetz* condiziona la fecondazione al consenso del donatore e della donna, non escludendo formalmente l'accesso a donne *single*. In proposito, V. ZAMBRANO, *La fecondazione assistita ed il mito dell'apprendista stregone: l'esperienza comparatistica*, in P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE, *Procreazione assistita*, Milano, 2004, 309.

⁵⁸ R. ARNOLD, *Questioni giuridiche in merito alla fecondazione artificiale nel diritto tedesco*, in C. CASONATO, T.E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006, 5 ss.

⁵⁹ L'art. 8 *ESchG* definisce il termine "embrione" statuendo che: «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».

⁶⁰ Ai sensi dell'art. 1591 del Codice civile tedesco (BGB), è «madre di un figlio la donna che lo ha partorito», quindi la madre biologica, anche ove non coincidente con la madre genetica o anche se la donna che partorisce

giudizio della Corte di Strasburgo nel caso *S.H. ed altri c. Austria* (ricorso n. 57813/00), in cui il governo tedesco ha preso posizione sostenendo che per la legge tedesca sulla protezione degli embrioni costituisce reato l'impianto in una donna di un ovocita non prodotto da lei, precisando che tale divieto è finalizzato a proteggere il benessere del bambino, assicurando in modo inequivocabile l'identità della madre.

Invero, a fondamento della Costituzione tedesca troviamo la tutela della dignità umana che, in materia di fecondazione eterologa⁶¹, viene in rilievo quale tutela della dignità, della vita e dell'integrità fisica dell'embrione ovvero del figlio, che deve essere bilanciata con il diritto alla personalità ed all'autodeterminazione della donna (art. 2, comma 1, in combinato disposto con l'art. 1, comma 1), e dunque con "il diritto alla procreazione genitoriale".

Va rilevato che la legge sulla tutela dell'embrione né disciplina espressamente la fecondazione eterologa né la vieta, ponendo solo il limite del divieto di ovodonazione e di fecondazione *post mortem*, di cui all'art. 4, comma 1, n. 3.

In particolare il Tribunale costituzionale tedesco⁶², sebbene non si sia espresso sulla problematica relativa alla legittimità della fecondazione eterologa in generale, ha attribuito alla conoscenza delle proprie origini genetiche valore costituzionale, riconoscendo il diritto del figlio a conoscere l'identità dei propri genitori genetici. A riguardo va precisato che solo il figlio è legittimato all'impugnazione della paternità del padre giuridico ex art. 1600b BGB, magari al fine di instaurare un rapporto di filiazione con il donatore. Per questa ragione in Germania si ritiene che le donazioni di sperma non debbano rimanere anonime, riconoscendo così al nato da inseminazione eterologa il diritto alla disponibilità dei dati personali del donatore. La prevalenza del diritto del nato a conoscere le proprie origini rispetto al diritto all'anonimato del donatore è tale che, laddove la struttura sanitaria non disponga della documentazione del donatore, possono prospettarsi avverso la stessa le pretese risarcitorie⁶³ da parte del figlio che ritiene di essere stato leso nel suo diritto alla personalità.

è una c.d. madre in affitto. Alla madre genetica, in quanto donatrice, non è riconosciuto alcuno status giuridico in relazione al bambino.

⁶¹ In Germania sono le 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.

⁶² Cfr. BVerfG, sentenza del 18 gennaio 1988, 1 BvR 1589/87, con cui il Tribunale costituzionale ha attribuito alla conoscenza della propria origine genetica valore costituzionale. Ne consegue che il figlio nato al di fuori del matrimonio ha il diritto di sapere chi è il suo padre biologico (ove risulti possibile accertarlo); v. 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. Non si ha tuttavia il diritto al raggiungimento di tale conoscenza, ma se ne garantisce la tutela attraverso la conservazione delle informazioni che siano ricevibili. Il Bundesverfassungsgericht sottolinea anche la necessità di operare una ponderazione del diritto alla personalità del figlio con quello della madre: BVerfGE 6 maggio 1997, 1 BvR 409/90. v. BVerfGE 90, 263, 26 aprile 1994 (1 BvR1299/89 e 1 BvL 6/90).

⁶³ La Corte di appello di Hamm (OLG Hamm) ha ritenuto in una pronuncia del 6 febbraio 2013 che l'accordo sull'anonimato del donatore, stipulato tra il medico ed i genitori, e teso ad esonerare il primo dall'obbligo di rendere disponibili i dati del donatore, debba considerarsi un contratto a sfavore di un terzo, come tale nullo. (Corte di appello Hamm del 6 febbraio 2013, I 14 U 7/12).

3.4. Regno Unito

Ad un modello decisamente permissivo-autorizzatorio è riconducibile l'approccio adottato dal Regno Unito. Lo *Human Fertilisation and Embryology Act* del 1990 (*HFEA*) è la prima legge che ha disciplinato la PMA in Inghilterra, oggi modificata dall'omonimo *HFEA*⁶⁴ del 2008.

La fecondazione eterologa è consentita a prescindere dall'orientamento sessuale e dallo stato civile della richiedente, con la conseguenza che possono accedervi sia le donne sposate, sia quelle che hanno assunto un *civil partnership* o sono impegnate in una coppia di fatto, nonché le *single* e le donne omosessuali. I presupposti di accesso sono costituiti dal consenso scritto del donatore, della ricevente e dell'eventuale partner, mentre è consentita la donazione di gameti maschili, ovociti ed embrioni.

Tale sistema è la conseguenza dell'avvenuta legittimazione nel Regno Unito del matrimonio tra persone dello stesso sesso⁶⁵ e dell'eliminazione dell'obbligo di anonimato delle donazioni⁶⁶. In particolare sotto quest'ultimo profilo è opportuno precisare che dal 2005 i nati dall'eterologa potranno avere informazioni identificanti circa il donatore, mentre i bambini concepiti dopo il 2009⁶⁷, all'età di 16 anni potranno adire l'*Authority* per ottenere notizie non identificanti circa i propri eventuali fratelli o sorelle, con il consenso dei quali, l'*Authority* potrà fornire altresì notizie identificanti.

È interessante segnalare a questo proposito, una recente pronuncia⁶⁸ della *High Court* che ha escluso il diritto di visita per il donatore di gameti. Invero, un donatore aveva adito il Tribunale inglese per ottenere il riconoscimento del diritto ad un contatto diretto e ad alcuni incontri con un bambino nato da una coppia *same-sex* che aveva fatto ricorso alla fecondazione eterologa. Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che uno scambio di lettere costituisca un livello di contatto adeguato tra il bambino e il donatore, mentre ha escluso un vero e proprio diritto di visita che potrebbe creare un trauma emotivo al bambino.

4. La tutela degli interessi di natura familiare nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

Questione consustanziale alla tematica della fecondazione eterologa è quella concernente la tutela degli interessi di natura familiare, così come emersi a livello nazionale, comunitario ed internazionale. In particolare, sembra opportuno demarcare, in tale prospettiva di ampio respiro, la concreta incidenza che il fenomeno della PMA esplica sul versante del diritto a diventare genitori in senso genetico e sul diritto ad accedere alle proprie origini.

⁶⁴ Il 17 luglio 2013 la HFEA è stata confermata come autorità di regolamentazione indipendente del Regno Unito per la procreazione assistita e la ricerca sugli embrioni.

⁶⁵ Intervenuta con il *Marriage Same-Sex Act* del 2013.

⁶⁶ Grazie alla fonte regolamentare dello *Human Fertilisation and Embryology Authority Regulation (Disclosure of Donor Information)* del 2004.

⁶⁷ L'HEFA del 2008 ha ampliato le possibilità di informazione circa le proprie origini.

⁶⁸ *Royal Courts of Justice, X, Re (No 2: Application for contact by the biological father)* [2015] EWFC 84, disponibile all'indirizzo internet <http://www.biodiritto.org/index.php/item/754-direct-contact>.

Preliminarmente va sottolineato che nel nostro ordinamento la CEDU si configura quale norma interposta⁶⁹ in virtù della clausola del rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali dettata dall'art. 117, comma 1, della Costituzione, con la conseguenza che il contrasto di una norma nazionale con una norma convenzionale, non ricomponibile in via ermeneutica dal giudice comune attraverso un'interpretazione della prima conforme alla seconda, comporta che sia sollevata questione di legittimità costituzionale.

In particolare l'art. 8 della Cedu da un lato pone un obbligo negativo a carico degli Stati, perché riconoscendo ai soggetti il diritto al rispetto della vita privata e familiare mira a salvaguardare la sfera più intima degli individui nello svolgimento delle relazioni familiari da eventuali intromissioni da parte dello Stato. D'altra parte dispone anche un obbligo positivo per gli Stati, i quali sono chiamati a regolare la materia disciplinandone le dinamiche e rimuovendone gli ostacoli.

Va rilevato che l'art. 8 non contiene una definizione di famiglia, bensì fa riferimento alla nozione ampia e dinamica di "vita familiare", ricomprendendo così non solo la famiglia fondata sul matrimonio ex art. 29 della Costituzione, ma altresì la cd. famiglia di fatto, quale nucleo formato da persone di sesso diverso non legate da alcun vincolo matrimoniale che convivono *more uxorio*, nonché la famiglia intesa semplicemente quale insieme di persone legate da vincoli affettivi la cui relazione si esplica in un contesto stabile ed esclusivo⁷⁰.

5. Diritto a diventare genitori in senso genetico

Come ha rilevato autorevole dottrina⁷¹ la famiglia si manifesta secondo strutture e modelli di organizzazione diversi a seconda della fase storica che si prende in considerazione, stante i caratteri di storicità e relatività che le sono propri.

Emblematico il ruolo svolto dai rapporti di natura familiare, in cui il diritto del singolo, non più monade, rileva in un contesto composito e integrato, quale quello della famiglia, la formazione sociale primaria in cui si esplica la personalità del soggetto ex art. 2 Cost.

⁶⁹ Con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007 la Consulta ha chiarito che l'art. 117 della Costituzione è un esempio di «rinvio mobile ad una fonte», poiché è integrato dalle norme CEDU, le quali rappresentano «norme interposte», che trovano la loro collocazione nella gerarchia delle fonti interne ponendosi a metà strada tra norme di rango ordinario e norme della Costituzione, in quanto dotate di una maggiore forza di resistenza rispetto alle leggi ordinarie, ma comunque gerarchicamente inferiori alle norme costituzionali. Si veda S. NOVELLI, *Fonti nel diritto nazionale ed europeo a confronto nel dialogo tra le corti supreme*, in *Diritto e giurisprudenza*, 2, 2012, 100 ss.

⁷⁰ Con riferimento all'interpretazione data dalla Corte EDU alla nozione di "vita privata e familiare" si veda il caso *Menesson c. Francia*, 26 giugno 2014, in cui la Corte ha riscontrato la violazione dell'art. 8 della Cedu nel rifiuto di riconoscere nel diritto francese una filiazione legalmente stabilita negli Stati Uniti tra bambini nati da una gestazione per altri (GPA) e la coppia che era ricorsa a tale metodo. In particolare, la Corte ha ritenuto che lo Stato, ostacolando sia il riconoscimento, sia l'accertamento nel diritto interno del legame di filiazione delle minori ricorrenti rispetto al padre biologico, avuto riguardo alle conseguenze di questa grave restrizione sull'identità e sul rispetto della vita privata delle minori ricorrenti, abbia oltrepassato il limite del margine di apprezzamento.

⁷¹ N. LIPARI, P. RESCIGNO, *Diritto Civile*, vol. II, Milano, 2009, 4 richiama P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, Assago, 2000, 307. Sul punto si veda altresì la pronuncia n. 138 del 2010 in cui la Corte Costituzionale ha affermato che «la famiglia si manifesta secondo strutture e modelli di organizzazione diversi a seconda della fase storica che si prende in considerazione».

Il rispetto della vita privata e familiare, quale bene giuridico tutelato *inter alia*, di cui all'art. 8 Cedu comprende il diritto al rispetto della decisione di diventare genitori in senso genetico⁷² come affermato nel caso *Dickinson c. Regno Unito* del 2007 in cui la Corte ha ritenuto prevalente l'interesse a procreare rispetto all'interesse pubblico all'afflittività della pena, mettendo in rilievo l'ampia portata dell'art. 8 Cedu che non prevede solo un obbligo di astensione in capo allo Stato, ma comprende altresì un'obbligazione positiva che implica l'adozione di tutte le misure necessarie per garantire il diritto al rispetto della vita privata e familiare nelle relazioni inter-individuali.

In particolare, con riferimento specifico alle tecniche di fecondazione eterologa, nel caso *S. H. e altri c. Austria*, la Corte di Strasburgo ha espressamente affermato⁷³ che il diritto per le coppie di concepire un figlio mediante il ricorso alla PMA rientra nell'ambito dell'art. 8 Cedu, precisando che il margine di apprezzamento di cui godono gli Stati contraenti in materia abbraccia sia l'*an* che il *quomodo*, vale a dire non solo la possibilità di legiferare, ma anche la scelta delle tecniche di PMA consentite, alla luce dei continui sviluppi tecnico-scientifici.

6. Diritto di accesso alle proprie origini

L'interesse a conoscere l'identità dei propri genitori rientra nell'alveo del diritto all'identità personale protetto dall'art. 8 Cedu quale aspetto della vita privata e familiare⁷⁴. In proposito va rilevato che la cornice costituzionale e convenzionale del diritto a conoscere le proprie origini, quale declinazione di primario rilievo del diritto all'identità personale, è costituita dagli articoli 2 e 3 Cost., e 8 della Cedu. Invero, come sottolineato dalla giurisprudenza di legittimità lo sviluppo della personalità individuale e l'armonica conduzione della propria vita privata e familiare richiedono la costruzione di una propria identità individuale fondata, oltre che su un contesto parentale affettivo – educativo riconoscibile, anche su informazioni relative alla propria nascita⁷⁵.

Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini rileva altresì nelle ipotesi di figli nati a seguito di un parto anonimo o segreto. La mancata indicazione dei nomi di uno o di entrambi i genitori può talvolta essere prevista dalla legge, si pensi alle legislazioni di Italia, Lussemburgo e Francia⁷⁶.

⁷² *Dickinson c. Regno Unito*, 4.12.2007, la Corte di Strasburgo rileva una violazione dell'art. 8 CEDU nel divieto opposto ad un detenuto condannato all'ergastolo e della sua compagna di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita.

⁷³ *S.H. e altri c. Austria*, 3.11.2011, la Corte di Strasburgo ha dichiarato la compatibilità del divieto di donazione di gameti per fecondazione in vitro sancito dalla legge austriaca in materia di PMA con l'articolo 8 CEDU.

⁷⁴ Sul tema si veda L. D'AVACK, *Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella P.M.A. con donatori/trici di gameti* in *Rivista di Diritto di famiglia e delle persone*, 2012.

⁷⁵ Corte di cassazione, sent. n. 22838 del 9.11.2016, la quale ha precisato che «l'informazione relativa all'identità dei genitori biologici attiene all'attuazione dello sviluppo della personalità individuale (articolo 2 Cost.), sotto il profilo del completamento dell'identità personale. Tale informazione, tuttavia, rientra nella nozione giuridica di "dato personale" così come definita dal D.lgs. n. 196 del 2003, articolo 2, comma 1, lettera b), ("qualunque informazione relativa a persona fisica identificata od identificabile anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione") e, conseguentemente, deve essere trattata in modo lecito e corretto ai sensi dell'articolo 11, comma 1, lettera a), godendo del regime di tutela preventiva e risarcitoria prevista dal D.lgs. n. 196 del 2003, articolo 15».

⁷⁶ Si veda E. BOLONDI, *Il diritto della partoriente all'anonimato: l'ordinamento italiano nel contesto europeo*, in *Nuova Giu. Civ. Comm.*, II, 2009, 291-295 e G. CAMPANATO, *Legislazione italiana ed europea a confronto. Nati*

A riguardo preme rilevare come, in relazione all'identità della madre biologica, il diritto di accesso alle origini sia suscettibile di subire un bilanciamento con il diritto della madre che non abbia riconosciuto il figlio, di mantenere l'anonimato⁷⁷. Se da un lato non si può negare l'interesse di una donna a conservare l'anonimato per tutelare la propria salute partorendo in condizioni sanitarie adeguate, dall'altro non si può dimenticare l'interesse del minore al suo corretto sviluppo, come ampiamente riconosciuto dalla Convenzione⁷⁸.

Tuttavia, a differenza del caso che ha visto coinvolta la Francia⁷⁹, nella causa *Godelli c. Italia*, la Corte di Strasburgo ha rilevato la violazione dell'art. 8 CEDU sottolineando che, la normativa italiana non mantiene alcun equilibrio tra i diritti in gioco, conferendo preferenza solo a quelli della madre, senza offrire alla ricorrente la possibilità di chiedere, come nel diritto francese⁸⁰, la reversibilità del segreto sull'identità della madre con riserva del consenso di quest'ultima.

Per quanto concerne l'Italia è opportuno ricordare, come osservato dalla giurisprudenza di legittimità, che per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 278 del 2013⁸¹, la disposizione dell'art.

indesiderati. Riconoscimento del nato e parto anonimo, 3, in <http://www.cameraminorilepadova.it/wp-content/uploads/2009/01/dottssa-gcampanato-riconoscimento-del-nato-e-parto-anonimo.pdf>.

⁷⁷ Sul punto si veda la recente pronuncia della Suprema Corte di Cassazione che, con riferimento al diritto di accesso alle proprie origini dell'adottato, nato da donna che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata ex art. 30, comma 1, del Dpr 396/2000, ha statuito che tale diritto sussiste e può essere concretamente esercitato anche se la madre biologica sia morta e non sia possibile procedere alla verifica della perdurante attualità della scelta di conservare il segreto (Corte di Cassazione, n. 22838 del 9.11.2016).

⁷⁸ Si vedano, tra molte altre, le sentenze *Johansen c. Norvegia*, 7.08.1996, Recueil 1996-III, *Kutzner c. Germania*, n. 46544/99.

⁷⁹ *Odièvre c. Francia*, la Corte EDU ha statuito che costituisce un adeguato bilanciamento permettere al figlio non riconosciuto alla nascita di accedere alle informazioni non identificanti la madre, e prevedere la possibilità di accedere ad un'altra autorità al fine di sollecitare la revoca del segreto sulla nascita.

⁸⁰ In Francia, la L. n. 22.01.2002 aumenta la possibilità di revocare il segreto dell'identità e agevola la ricerca delle origini biologiche grazie alla creazione di un Consiglio nazionale per l'accesso alle origini personali, permettendo così alle persone interessate di chiedere la reversibilità del segreto dell'identità della madre, a condizione che quest'ultima vi consenta. In Italia, invece, alla luce della sentenza *Godelli c. Italia*, la Consulta, con una pronuncia additiva (sent. n. 278/2013), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7, L. n. 184/1983 nella parte in cui non prevedeva la possibilità per il giudice di interpellare la madre biologica circa la facoltà di rimuovere il segreto sulla propria identità espresso al momento del parto.

⁸¹ Con riferimento alla pronuncia della Consulta, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 1946/2017 ha precisato che «Si tratta, dunque, di una sentenza additiva di principio, o di meccanismo, che dichiara l'illegittimità costituzionale del citato art. 28, comma 7, "nella parte in cui non prevede" il diritto del figlio a provocare la possibile revoca della scelta dell'anonimato: l'addizione normativa ha ad oggetto, appunto, un principio (opposto a quello che si desumeva dalla disposizione preesistente, dichiarata incostituzionale) di "possibilità per il giudice di interpellare la madre – che abbia dichiarato di non voler essere nominata ... – su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione"... È esatto che la sentenza n. 278 del 2013 non solo lascia impregiudicate le movenze del procedimento di interpello riservato, ma anche specifica, nel dispositivo, che la possibilità per il giudice di interpellare la madre si deve esplicitare "attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza". E tuttavia la circostanza che tale pronuncia di incostituzionalità consegna l'addizione ad un principio, senza introdurre regole di dettaglio *self-executing* quanto al procedimento di appello riservato, e si indirizzi espressamente al legislatore affinché, previe le necessarie ponderazioni e opzioni politiche, ripiani la lacuna incostituzionale e concretizzi le modalità del meccanismo procedimentale aggiunto, non esonera gli organi giurisdizionali, in attesa che il legislatore adempia al suo compito, dall'applicazione diretta di quel principio, né implica un divieto di reperimento dal sistema delle regole più idonee per la decisione dei casi loro sottoposti».

28, comma 7, della legge n. 184/1983 (Diritto del minore ad una famiglia), come sostituito dall'art. 177, comma 2, del d.lgs. n. 196/2003 (Codice in materia di protezione dei dati personali), non è rimasta invariata, ma vive nell'ordinamento con l'aggiunta di questo principio ordinatore, capace di esprimere e di fissare un punto di equilibrio tra la posizione del figlio adottato e i diritti della madre. La Corte rileva altresì che il punto di equilibrio si compendia nella riconosciuta possibilità per il giudice di interpellare in via riservata la madre biologica per raccogliere la sua volontà attuale quando c'è un figlio interessato a conoscere la sua vera origine, ma anche nella preferenza da accordare alla scelta della donna, perché il figlio non ha un diritto incondizionato a conoscere la propria origine e ad accedere alla propria storia parentale, non potendo ottenere le informazioni richieste ove persista il diniego della madre di svelare la propria identità.

Con riferimento alla fecondazione eterologa giova sottolineare che, sebbene l'art. 9 della L. n. 40/2004 sancisca espressamente il divieto di disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre, il problema della ricerca delle proprie origini biologiche si rinviene con riferimento ai donatori. Invero, la questione della conoscenza delle origini si pone in primo luogo in merito alla possibilità per il nato di conoscere le modalità del suo concepimento, e di conseguenza con riguardo alla possibilità di consentire al nato di contattare il donatore per ragioni sanitarie.

A riguardo, il Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB)⁸² non solo ha affermato che è responsabilità morale dei genitori comunicare ai figli nati da eterologa le modalità del loro concepimento, ma ha espresso parere favorevole sul diritto del nato, raggiunta la maggiore età, di accedere alle informazioni in merito alle proprie origini biologiche, qualora lo richieda.

Tuttavia, stante l'attuale carenza normativa italiana, l'effettività del diritto a conoscere le proprie origini biologiche per i nati da fecondazione eterologa rimane ancora privo di adeguata tutela, sebbene si stia affermando sempre più in numerosi Paesi⁸³. Ferma l'applicazione della Direttiva 2006/17/CEE⁸⁴, in Italia, dopo la recente istituzione di un Registro Nazionale⁸⁵ per la tracciabilità donatore-nato, risulta necessario disciplinare i rapporti tra il principio dell'anonimato della donazione, già sancito dal d.lgs. n. 191/2007, e le condizioni di ordine sanitario che possono giustificare una deroga a tale principio. Il riferimento è alle ipotesi in cui dovessero insorgere, nell'embrione formato o nel soggetto nato da fecondazione eterologa, problemi di salute tali da richiedere l'accesso, da parte

⁸² Parere CNB, *Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa*, approvato il 25 novembre del 2011.

⁸³ Paesi in cui è venuto meno l'anonimato del donatore: Austria (1992); Germania (1998); Svizzera (2001); Olanda (2002); Norvegia (2003); Gran Bretagna (2004); Svezia (2006), Finlandia (2006); Nuovo Galles del Sud (2007), Western Australia (1999 e 2004); Victoria (1995 e 2009) e Nuova Zelanda (2004). L. D'AVACK, *Il Progetto filiazione nell'era tecnologica*, Torino, 2014, 62.

⁸⁴ Direttiva 2006/17/CE della Commissione dell'8.02.2006 che attua la direttiva 2004/23/CE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda determinate prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani. In Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, 9.02.2006.

⁸⁵ Il Registro Nazionale dei donatori di gameti per la PMA eterologa, istituito dal comma 298 dell'unico articolo della Legge n. 190/2014 (pubblicata in G.U. il 29.12.2014), garantisce, mediante l'attribuzione di un codice, l'anonimato del donatore realizzando la tracciabilità donatore – nato ed il controllo ed il conteggio dei nati da un medesimo donatore.

del medico responsabile, a talune informazioni sanitarie o attinenti al patrimonio genetico del donatore.

È opportuno rilevare come sulla questione del diritto a conoscere le proprie origini si sia recentemente espressa la Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite affermando che in tema di parto anonimo sussiste la possibilità per il giudice, su richiesta del figlio desideroso di conoscere le proprie origini e di accedere alla propria storia parentale, di interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione, e ciò con modalità procedurali, tratte dal quadro normativo e dal principio enunciato dalla Corte Costituzionale, idonee ad assicurare la massima riservatezza e il massimo rispetto della dignità della donna; fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello e persista il diniego della madre di svelare la propria identità⁸⁶.

7. Le Linee guida sulla donazione di gameti e lo stato attuale della disciplina italiana sulla fecondazione eterologa

La procreazione assistita è una materia attribuita dalla Costituzione alla competenza esclusiva statale ex art. 117, comma 2, lett. l, tuttavia diversi aspetti della Legge n. 40 si riverberano sulla tutela della salute e sulla ricerca scientifica e tecnologica, quali materie in cui la competenza statale concorre con la potestà legislativa regionale. In particolare va sottolineato che spetta al Ministero della Salute fissare con proprio decreto linee guida vincolanti in materia di procedure e tecniche di assistenza procreativa. Come sottolineato da autorevole dottrina⁸⁷ appare insolito considerare vincolanti le linee guida che, per loro natura, assolvono una funzione meramente orientativa. A tal proposito dubbi di illegittimità costituzionale⁸⁸ sono sorti riguardo la compatibilità di tale disposizione con il sesto comma dell'art. 117 della Costituzione che limita la potestà regolamentare dello Stato alle sole materie di competenza statale esclusiva, determinando la potenziale incostituzionalità di quelle parti delle linee guida che incidano su ambiti riconducibili alla tutela della salute ed alla ricerca scientifica e tecnologica.

⁸⁶ Corte di cassazione, SS.UU., sent. 25.01.2017, n. 1946. Sul punto si veda altresì Corte di cassazione, Sez. I Civ., sent. 21.07.2016, n.15024, secondo cui «A seguito della morte della madre che ha partorito mantenendo segreta la propria identità, l'interesse alla segretezza diventa recessivo di fronte al diritto della figlia adottiva di conoscere le proprie origini biologiche e va, pertanto, accolta l'istanza di accesso alle informazioni relative all'identità del genitore biologico». In particolare la Corte richiama il principio della reversibilità del segreto di cui alla pronuncia n. 278 del 2013 in cui la Consulta ha rilevato l'eccessiva rigidità della normativa italiana che, in base alla "cristallizzazione" della scelta dell'anonimato, (contrastante con gli artt. 2 e 3 Cost.), non darebbe «alcuna possibilità al figlio adottivo e non riconosciuto alla nascita di chiedere l'accesso ad informazioni non identificative sulle sue origini o la reversibilità del segreto», a differenza di quanto, invece, previsto nel sistema francese, scrutinato, nella sentenza 13.02.2003, nel caso *Odièvre c. Francia*, ric. n. 42326/98.

⁸⁷ C. CASONATO, *Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione d'impatto normativo della disciplina sulla procreazione medicalmente assistita*, cit.

⁸⁸ A. CELOTTO, *Legge sulla procreazione medicalmente assistita: quanti dubbi di costituzionalità!*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11.03.2004, <http://www.forumcostituzionale.it>, con riferimento alla sent. n. 26 del 2004 della Corte costituzionale.

Le linee guida⁸⁹ prevedono criteri di efficacia e sicurezza per l'individuazione dei donatori, cioè di soggetti che in modo spontaneo e altruistico decidono di donare i propri gameti, previo consenso informato e con garanzia di tutela della riservatezza. Si precisa infatti che i donatori non devono avere alcun legame genetico e/o affettivo con i riceventi. I donatori devono essere in grado di intendere e di volere e in buone condizioni di salute psico-fisica. Deve trattarsi di uomini maggiorenni, preferibilmente tra i 21 anni ed i 40 anni e di donne fra i 20 ed i 35 anni, che vengono sottoposti a colloqui per ricostruire l'anamnesi sanitaria e a prelievi al fine di rilevare la presenza di eventuali patologie infettive e genetiche. Data la complessità della decisione di procedere con la donazione di gameti, sono fortemente raccomandate le consulenze psicologiche con professionisti qualificati in salute mentale per tutti i soggetti che prendono in considerazione questa tecnica riproduttiva, quindi sia donatori che coppie riceventi. Con riferimento al profilo del consenso, va rilevato che recentemente, con il Decreto n. 265/2016, è stato approvato il *Regolamento recante norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita*⁹⁰, in attuazione dell'art. 6, comma 3, della L. n. 40/2004.

Il 1 luglio 2015, il Ministro della Salute ha firmato il Decreto di aggiornamento delle linee guida della legge 40/2004. Il nuovo testo, che aggiorna le linee guida del 2008, è stato rivisto in rapporto all'evoluzione tecnico-scientifica del settore e alle sentenze della Corte Costituzionale n. 151/2009, e n. 162/2014 che hanno eliminato, rispettivamente, il numero massimo di tre embrioni da creare e

⁸⁹ Allegato DM, Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, art. 7 – Legge n. 40/2004.

⁹⁰ In particolare il Regolamento prevede che firmando il documento i genitori dichiarano di essere stati informati, in modo chiaro ed esaustivo, in merito alla possibilità di ricorrere agli strumenti offerti dalla L. n. 184/1983, in tema di affidamento ed adozione, come alternativa alla PMA; sui requisiti oggettivi e soggettivi di accesso alle tecniche di PMA; sulle conseguenze giuridiche per l'uomo, per la donna e per il nascituro; sulle sanzioni previste dall'art. 12, commi 2, 4, 5 e 6, della L. n. 40/2004; sui problemi bioetici conseguenti all'applicazione delle tecniche; diverse tecniche impiegabili, incluse le tecniche di PMA di tipo eterologo e la possibilità per uno dei componenti della coppia di donare gameti, nonché le procedure e le fasi operative di ciascuna tecnica, con particolare riguardo alla loro invasività nei confronti della donna e dell'uomo, ai sensi dell'art. 6, della L. n. 40/2004; in ordine all'impegno dovuto dai richiedenti (con riguardo anche ai tempi di realizzazione, all'eventuale terapia farmacologica da seguire, agli accertamenti strumentali e di laboratorio da esperire, alle visite ambulatoriali ed ai ricoveri, anche in *day hospital*, da effettuare); con riguardo agli effetti indesiderati o collaterali relativi ai trattamenti; alle probabilità di successo delle diverse tecniche espresse come possibilità di nascita di un bambino vivo; sui rischi per la madre, per il/i nascituro/i e per quelli associati alle tecniche PMA di tipo eterologo e i provvedimenti presi per attenuarli, con particolare riferimento agli esami clinici cui è stato sottoposto il donatore, inclusa la visita di genetica medica, e ai relativi test impiegati, rappresentando che tali esami non possono garantire, in modo assoluto, l'assenza di patologie per il nascituro. Dichiarano di essere stati informati, inoltre, sull'impegno di comunicare al centro, in caso di accesso a tecniche PMA di tipo eterologo, eventuali patologie insorte, anche a distanza di tempo, nella donna, nel nascituro o nel nato, e di cui è ragionevole ipotizzare la presenza antecedentemente alla donazione; in ordine alla possibilità che il nato da fecondazione di tipo eterologa, una volta adulto, possa essere oggetto di anamnesi medica inappropriata, se non a conoscenza delle modalità del proprio concepimento; circa la volontarietà e gratuità della donazione di gameti, ai sensi dell'art. 12 D.lgs. n. 191/2007, nonché sulla non rivelabilità dell'identità del o dei riceventi al donatore o alla sua famiglia e viceversa; sui possibili effetti psicologici per i singoli richiedenti, per la coppia e per il nato, conseguenti all'applicazione delle tecniche di PMA, con particolare riguardo alle specificità delle tecniche di PMA di tipo eterologo; ed, infine, sulla possibilità di crioconservazione dei gameti maschili e femminili per successivi trattamenti di fecondazione assistita, ed, eventualmente, anche al fine della donazione per fecondazione di tipo eterologo.

trasferire in un unico e contemporaneo impianto, e il divieto di fecondazione eterologa. Fra le variazioni introdotte si segnalano quelle sull'accesso alle tecniche di fecondazione eterologa, la raccomandazione di un'attenta valutazione clinica del rapporto rischi-benefici nell'accesso ai trattamenti, con particolare riferimento alle complicanze ostetriche, alle potenziali ricadute neonatologiche e ai potenziali rischi per la salute della donna e del neonato nonché l'accesso generale a coppie sierodiscordanti, cioè in cui uno dei due partner è portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili per infezioni da HIV, HBV o HCV (mentre nella versione precedente era previsto solo per l'uomo portatore, in quella attuale si consente anche alla donna portatrice). Le procedure di PMA dovranno essere descritte dettagliatamente nella cartella clinica, riportando altresì le motivazioni in base alle quali si determina il numero di embrioni strettamente necessario da generare, ed eventualmente quelle relative agli embrioni non trasferiti, da crioconservare temporaneamente.

Le coppie⁹¹ (maggiorescenti di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile) che accedono alla fecondazione eterologa hanno diritto ad un'informazione completa circa gli esami eseguiti dal donatore, fermo restando il rispetto della sua identità. Infatti, la donazione è anonima, nel senso che non deve essere possibile per il donatore risalire alla coppia ricevente e viceversa. Ne consegue che, a meno che non intervenga una modifica legislativa a riguardo, i donatori non hanno il diritto di conoscere l'identità del bambino nato per mezzo di queste tecniche e il bambino non potrà conoscere l'identità del donatore.

Dato il divieto di commercializzazione dei gameti di cui all'art. 12 comma 6 Legge n. 40, la donazione è gratuita e dunque il donatore non può essere remunerato. Infatti, non è previsto alcun rimborso spese per i donatori, né il pagamento della giornata lavorativa, a differenza di quanto avviene in Spagna, prevede per i donatori il diritto al rimborso spese.

Va precisato che non è possibile scegliere le caratteristiche fenotipiche del donatore. A riguardo è opportuno notare come tale divieto risulti funzionalmente orientato ad evitare illegittime selezioni eugenetiche. Tuttavia spetta al Centro⁹² assicurare ragionevolmente la compatibilità delle principali caratteristiche del donatore/donatrice con quelle della coppia ricevente in modo da evitare che l'aspetto del futuro figlio non sia molto dissimile da quello dei genitori.

8. Accessibilità ai trattamenti sanitari di PMA eterologa e rimborsabilità a carico del SSN: le iniziali difficoltà attuative da parte delle Regioni e l'inserimento nei LEA

Alla luce della pronuncia n. 162/2014 della Consulta è opportuno rilevare che sono ancora molti i problemi attuativi della disciplina dell'eterologa in Italia capaci di incidere sulla portata effettiva del

⁹¹ Si segnala che i requisiti indicati dall'art. 5, L. n. 40/2004 mirano a tutelare il cd. interesse alla bigenitorialità del futuro nato.

⁹² La normativa europea identifica i Centri di PMA come Istituti dei Tessuti e non individua ulteriori requisiti per i centri che praticano PMA eterologa rispetto ai requisiti necessari alla pratica omologa, perciò solo i centri PMA, conformi alle normative regionali in materia di autorizzazione/accreditamento, risultano parimenti idonei ad effettuare procedure di PMA anche eterologa compresa la fase di selezione dei donatori/donatrici, il recupero e la crioconservazione dei gameti.

diritto riproduttivo mediante la donazione di gameti, si pensi ad esempio alla mancanza di donatori⁹³ che determina l'importazione di gameti dall'estero⁹⁴. Recentemente la PMA eterologa è stata inserita nei LEA⁹⁵, i livelli essenziali di assistenza. Sino ad oggi le prestazioni di procreazione medicalmente assistita erano erogate solo in regime di ricovero, mentre per il futuro viene previsto l'inserimento nel nomenclatore della specialistica ambulatoriale di tutte le prestazioni necessarie nelle diverse fasi concernenti la procreazione medicalmente assistita, omologa ed eterologa. In particolare, tutte le prestazioni di raccolta, conservazione e distribuzione di cellule riproduttive finalizzate alla procreazione medicalmente assistita eterologa sono a carico del Servizio sanitario nazionale. A riguardo va precisato che in precedenza il regime di rimborsabilità della fecondazione eterologa era stato oggetto di due accordi da parte della Conferenza delle Regioni e delle PP.AA. Con un primo accordo⁹⁶, le Regioni avevano fissato direttive tecniche comuni per la prestazione delle tecniche di PMA eterologa, ritenendo che sia l'omologa che l'eterologa, alla luce della sentenza n. 162/2014 della Consulta, dovessero essere riconosciute nei LEA e che, ai fini del riconoscimento economico, sarebbe stato necessario il loro inserimento nel dPCM di adeguamento dei LEA. Nel secondo accordo⁹⁷ era stata prevista una fase transitoria in cui operi una tariffa unica convenzionale che quantifichi i costi per queste attività anche al fine di regolare le eventuali compensazioni relative alla mobilità interregionale. Tuttavia, il mancato inserimento della fecondazione assistita nei LEA determinava notevoli differenze territoriali nell'accesso alle prestazioni. Infatti, nonostante l'approvazione all'unanimità del "Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte

⁹³ Come rilevato l'Associazione Luca Coscioni, alla mancanza di donatori contribuisce l'assenza di un'adeguata campagna informativa sull'argomento, a differenza di quanto avviene per la donazione di sangue e organi. *Dopo la Legge 40. La (non) attuazione dell'eterologa in Italia*, in www.associazionelucacoscioni.it.

⁹⁴ Nel primo semestre del 2015 in Italia sono arrivati 855 contenitori di cellule riproduttive congelate, 441 con liquido seminale, 315 con ovociti e 99 embrioni. V. *Dopo la Legge 40. La (non) attuazione dell'eterologa in Italia*, in www.associazionelucacoscioni.it.

⁹⁵ In base all'art. 1 del D.lgs. n. 502 del 1992, i Lea comprendono le prestazioni «garantite dal Servizio sanitario nazionale a titolo gratuito o con partecipazione alla spesa, nelle forme e secondo le modalità previste dalla legislazione vigente». Con un emendamento apportato all'art. 6 del D.L. n. 347 del 2001 in sede di conversione in legge da parte della l. n. 405 del 2001, si è stabilito che la definizione dei LEA avvenga con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della salute di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano. Tali disposizioni hanno trovato attuazione con l'Accordo tra Stato, Regioni e PP.AA. del 22 novembre 2001, recepito nel d.P.C.M. 29 novembre 2001. La definizione dei LEA mediate d.P.C.M. è stata oggetto di critiche da parte della dottrina per la marginalità del ruolo assunto dalle Assemblee parlamentari (si veda L. TRUCCO, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni tra politiche legislative e Corte costituzionale*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Trapani 8-9 giugno 2012, Napoli, 2013, 109). Tuttavia, il procedimento ha trovato conferma nell'art. 54 della l. n. 289 del 2002 ed è stato seguito anche per le modifiche del d.P.C.M. 29 novembre 2001. Attualmente le procedure di fecondazione eterologa sono state inserite nei LEA così da garantire alle coppie il supporto economico del SSN per realizzare il loro progetto di genitorialità.

⁹⁶ Il Documento del 4 settembre 2014 è consultabile sul sito www.regioni.it/home_art.php?id.

⁹⁷ Il Documento del 25 settembre 2014 è consultabile sul sito www.regioni.it/newsletter/n-2570/del-25-092014/fecondazione-eterologa-definizione-tariffa-unica-convenzionale-12974/.

Costituzionale n. 162/2014 del 4 settembre 2014⁹⁸, non si era avuta un'attuazione uniforme, cosicché inizialmente, solo in Toscana, Emilia Romagna e Friuli Venezia Giulia era operativa la fecondazione eterologa. Queste Regioni avevano riconosciuto la rimborsabilità a carico del SSR alle condizioni previste nel Documento del 4 settembre 2014⁹⁹.

Nel resto del territorio italiano la situazione risultava estremamente diversificata¹⁰⁰, come dimostra il fatto che mentre la Sicilia¹⁰¹ aveva riconosciuto la rimborsabilità delle prestazioni di PMA eterologa a carico del Servizio Sanitario Regionale (SSR) fino al 43° anno e per un numero massimo di 3 cicli di trattamento, la Lombardia¹⁰² escludeva *sic et simpliciter* che le prestazioni di PMA eterologa fossero rimborsate dal proprio SSR, in assenza del previo inserimento nel d.P.C.M. dei LEA. L'Abruzzo, il Lazio, la Puglia ed il Molise¹⁰³ avevano recepito l'Accordo del 4 settembre 2014, mentre il Piemonte pur conformandosi al documento *de quo*, aveva rinviato ad un successivo provvedimento la quantificazione economica delle prestazioni di tipo eterologo, in analogia agli indirizzi nazionali in corso di definizione.

A questa situazione frammentata conseguiva il protrarsi del fenomeno internazionale del cd. turismo procreativo, un tempo frutto di una politica legislativa inadeguata o comunque eccessivamente rigida, causato dalla mancanza di un tempestivo intervento legislativo, capace di conformarsi al dettato costituzionale, cui si affiancava il fenomeno interno della mobilità sanitaria¹⁰⁴. Ciò in ragione del fatto

⁹⁸ In premessa «Considerato che il Governo ha ritenuto di non intervenire con un proprio provvedimento normativo in una materia così delicata per le sue implicazioni etiche lasciando tale competenza al Parlamento, le Regioni e PP.AA. hanno condiviso la responsabilità di fornire indirizzi operativi ed indicazioni cliniche omogenee al fine di rendere immediatamente esigibile un diritto costituzionalmente garantito su tutto il territorio nazionale, dimostrando capacità di *governance* nazionale. È stato pertanto concordato di definire, in attesa che il Parlamento legiferi in materia, un accordo interregionale che verrà recepito dalle singole Regioni e PP.AA., il quale avrà valenza transitoria, ma che permetterà comunque alle coppie che ne faranno richiesta di poter accedere alla fecondazione eterologa».

⁹⁹ Per il Friuli-Venezia Giulia si veda la Delibera della Giunta regionale 12 settembre 2014, n. 1666; per la Toscana la Delibera della Giunta regionale 6 ottobre 2014, n. 837; per l'Emilia-Romagna la Delibera della Giunta regionale 11 settembre 2014, n. 1487.

¹⁰⁰ Si tenga presente che diverse Regioni non hanno potuto introdurre la fecondazione eterologa nei LEA regionali a causa della rigidità dei piani di rientro ai quali sono sottoposte. In base all'art. 1, comma 174, L. n. 311/2004 è fatto divieto nel periodo del piano di effettuare "spese non obbligatorie" fra le quali sono comprese quelle per le prestazioni sanitarie che non rientrano espressamente nell'elenco dei LEA.

¹⁰¹ Con il Decreto assessoriale 29 dicembre 2014, n. 227715. Si veda altresì il Documento "Tariffe per le prestazioni di fecondazione eterologa e relative quote di compartecipazione" dell'Assessorato della Salute della Regione Sicilia del 28 gennaio 2015 http://pti.regione.sicilia.it/portal/page/portal/PIR_PORTALE/PIR_LaStrutturaRegionale/PIR_AssessoratoSalute/PIR_Decreti/PIR_Decreti2015/PIR_Decretiassessorialianno2015/D.A.%20n.%20109%20del%2028%20gen.%202015.pdf.

¹⁰² Le Delibere della Regione Lombardia 12 settembre 2014, n. 10/2344 e 7 novembre 2014 n. 10/2611.

¹⁰³ Per l'Abruzzo si veda la Delibera della Giunta regionale del 23 settembre 2014 n. 602; per il Lazio la Delibera della Giunta regionale del 16 settembre 2014 n. 599; per la Puglia la Delibera della Giunta regionale 9 ottobre 2014 n. 2065 sul sito www.iss.it/binary/rpma/cont/eterologa.pdf; per il Molise la Delibera della Giunta regionale 13 ottobre 2014 n. 525.

¹⁰⁴ S. DONATI, *La scelta del luogo di cura tra autodeterminazione del paziente ed esigenze di equilibrio finanziario nel comparto sanitario regionale*, in M. SESTA (a cura di), *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Santarcangelo di Romagna, 2014, 476 ss.

che, in attesa dell'aggiornamento dell'elenco dei LEA, le coppie che intendevano accedere alle tecniche di PMA eterologa risultavano discriminate in base al luogo di residenza. Ne conseguiva il perdurare di una discriminazione censitaria, a seguito della quale il diritto all'autodeterminazione riproduttiva risultava degradato nei fatti a mero privilegio, fruibile solo da quelle coppie benestanti che potevano aver accesso alla fecondazione eterologa recandosi altrove. Sul punto si era espresso anche il Consiglio di Stato¹⁰⁵ con riferimento al caso della Regione Lombardia ricordando che

«la Regione deve garantire ragionevolmente il medesimo trattamento a tutti i soggetti che versino nella stessa sostanziale situazione di bisogno, a tutela del nucleo irriducibile del diritto alla salute, quale diritto dell'individuo e interesse della collettività, o di altri costituzionalmente rilevanti – qui, in particolare, quelli di cui agli artt. 2, 3, 29 e 31 Cost. – e in applicazione, comunque, del superiore principio di eguaglianza sostanziale sancito dall'art. 3, comma secondo, Cost. Pur dovendo considerare la scarsità dei mezzi e la limitatezza delle risorse di cui dispone, infatti, l'Amministrazione non può ignorare una domanda di prestazione sanitaria che si faccia portatrice di interessi sostanziali parimenti bisognosi di risposta, poiché verrebbe meno, altrimenti, al fondamentale compito che le compete in uno Stato sociale di diritto, quello di garantire i livelli essenziali di assistenza o, comunque, l'effettività di un diritto complesso – e così essenzialmente interrelato all'organizzazione sanitaria – come quello alla salute nel suo nucleo irriducibile, pur in un quadro di risorse finanziarie limitate» (par. 14).

Alla luce di tali considerazioni, il Consiglio di Stato dichiarava che la determinazione regionale della Regione Lombardia di distinguere la fecondazione omologa da quella eterologa, finanziando la prima e ponendo a carico degli assistiti la seconda, non risultava giustificata e, nell'incidere irragionevolmente sull'esercizio del diritto riconosciuto dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte Costituzionale, realizzava una disparità di trattamento lesivo del diritto alla salute delle coppie affette da sterilità o da infertilità assolute. Precisava inoltre che la circostanza per cui determinate prestazioni sanitarie non fossero state inserite nei LEA, pur rappresentando un limite fissato alle Regioni (art. 117, comma secondo, lett. m, Cost.) e connesso alla salute intesa quale diritto finanziariamente condizionato, non avrebbe potuto costituire ragione sufficiente, in sé sola, a negare del tutto prestazioni essenziali per la salute degli assistiti, né avrebbe potuto incidere sul nucleo irriducibile ed essenziale del diritto alla salute, poiché l'ingiustificato diverso trattamento delle coppie affette da una patologia, in base alla

¹⁰⁵ Il Consiglio di Stato con sentenza n. 3297/2016 conferma la sentenza n. 2271/2015 del Tar Lombardia affermando che la Regione nell'esercizio di una ampia discrezionalità, ha il potere di riconoscere prestazioni sanitarie aggiuntive rispetto ai LEA., ma la distinzione tra situazioni identiche o analoghe, senza una ragione giuridicamente rilevante, integra un'inammissibile disparità di trattamento nell'erogazione delle prestazioni sanitarie e, quindi, una discriminazione che, oltre a negare il diritto alla salute (art. 32 Cost.), viola il principio di eguaglianza sostanziale, di cui all'art. 3, comma secondo, Cost. e il principio di imparzialità dell'amministrazione, di cui all'art. 97 Cost. Dunque la Regione Lombardia, in quanto non sottoposta a piano di rientro, può esercitare il potere organizzativo in materia sanitaria, anche individuando prestazioni aggiuntive rispetto a quelle previste nei LEA e selezionando categorie destinatarie delle medesime prestazioni aggiuntive, ma non può all'interno della categoria così individuata operare distinzioni che si pongano in contrasto con il principio di eguaglianza (nella specie, poiché la Regione ha posto a carico del Servizio Sanitario Regionale, sia pure con il pagamento di un ticket, le prestazioni di PMA di tipo omologo, l'aver posto a carico delle coppie i costi di quella di tipo eterologo comporta l'illegittimità della scelta regionale in ragione della equiparazione tra le due tecniche disposta dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 162 del 2014).

capacità economica delle stesse, avrebbe comportato un intollerabile conculcamento dell'esercizio di un diritto fondamentale di libertà.

Conclusioni

A conclusione dell'analisi svolta sulla regolamentazione della fecondazione eterologa in Italia, emerge come le modifiche intervenute sull'impianto normativo della Legge n. 40 del 2004 in ordine alle tecniche di PMA siano il frutto dell'esigenza di adeguare il diritto positivo agli inevitabili mutamenti sociali e scientifici. Proprio la bioetica, quale trama di un ordito complesso in cui il progresso della tecnologia va ad incidere sull'intimità della persona dando vita a modalità di procreazione diverse, si presta ad essere il campo d'elezione in cui si gioca la partita di un diritto di libertà capace di mettere in discussione le statiche certezze e conferire effettività ad un nuovo modo di pensare il miracolo della vita nascente. La PMA ci introduce nel biodiritto, laddove il fenomeno procreativo si trasforma da processo naturale a processo artificiale, lasciando la dimensione privata per acquisire veste pubblica. I concetti di famiglia e genitorialità, quali categorie tradizionali, si arricchiscono di nuove figure¹⁰⁶. In questo contesto, nell'ambito del diritto al rispetto della vita privata e familiare, si impone all'attenzione il diritto a procreare anche con mezzi artificiali, o meglio inteso, come diritto alla libertà di procreare¹⁰⁷, esplicazione del più noto diritto all'autodeterminazione personale. Diritto fondamentale connesso alla dignità della persona e al suo libero sviluppo che reca con sé, altresì, la consapevole responsabilità di mettere al mondo un nuovo essere vivente¹⁰⁸. Ne consegue che la disciplina di inizio vita necessita di un bilanciamento tra diritti e libertà al fine di delineare i limiti dell'esercizio degli stessi alla luce dei criteri di ragionevolezza e proporzionalità, quale principio ispiratore dell'intero ordinamento giuridico. Proprio attraverso la tecnica del sindacato di ragionevolezza, la Consulta ha censurato il divieto di fecondazione eterologa posto dal legislatore italiano nella L. n. 40 del 2004, rilevando l'esigenza che l'esercizio della discrezionalità legislativa su temi che concernono questioni eticamente sensibili consenta di adottare scelte capaci di realizzare ragionevoli bilanciamenti tra diritti e interessi costituzionalmente protetti¹⁰⁹.

Caduto il divieto di eterologa, ancora numerosi sono gli aspetti che devono essere affrontati compiutamente¹¹⁰: si pensi in tal senso alla disciplina del diritto di accesso alle proprie origini, alle difficoltà pratiche dovute alla carenza di donatrici, o ancora a quelle sviluppatasi in ambito regionale concernenti l'effettiva possibilità di accedere ai trattamenti sanitari di PMA eterologa ed il regime di rimborsabilità. Tali tematiche sono estremamente rilevanti, poiché sono potenzialmente atte a creare

¹⁰⁶ Osserva I. CORTI, *La procreazione assistita*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. FERRANDO, III, 492, che le nuove tecniche procreative «hanno modificato le dinamiche stesse della vita, scardinando certezze antropologiche e imposto la ridefinizione di concetti, quali quelli di paternità e maternità».

¹⁰⁷ A. D'ALOIA, P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del Corpo*, II, *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Milano, 2011, 1341 ss.

¹⁰⁸ Si veda G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, 338.

¹⁰⁹ Si veda A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 3, 2015.

¹¹⁰ Si veda M. ABAGNALE, *La procreazione medicalmente assistita nella metamorfosi della legge 40/2004*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 22 gennaio 2015, 22 ss.

ingiustificate disparità in ragione del luogo di residenza o al censo. Ne consegue che, alla luce della pronuncia n. 162/2014, una nuova sfida si pone al legislatore, quella di rendere concretamente operante sul territorio italiano il rinnovato dettato della legge sulla fecondazione eterologa senza discriminazioni di sorta.