

CLAUDIA CASELLA

RESPONSABILITÀ CIVILE E TECNICHE DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA

Sommario: 1. La procreazione «tecnologica». Il dibattito in corso nella giurisprudenza. 2. Le responsabilità scaturenti dalla distruzione accidentale del materiale biologico o degli embrioni da impiantare. Esposizione di alcuni casi emblematici. 3. La sorte della filiazione nella fecondazione eterologa e nella surroga materna «da errore». 4. ...con particolare riferimento alla vicenda verificatasi nell'Ospedale Sandro Pertini di Roma.

1. Prioritario, rispetto alle recenti questioni relative all'appropriatezza dei criteri (soggettivi ed oggettivi) di accesso alle varie tecnologie riproduttive e alle ripercussioni delle stesse sui soggetti coinvolti, appare un cenno al «diritto a procreare», allo scopo di accertare se possa configurarsi, nell'ordinamento giuridico italiano, anche un diritto al concepimento «artificiale».

Sotto questo profilo, l'indirizzo giurisprudenziale tradizionale esclude la ravvisabilità, nel nostro sistema giuridico, di una norma alla quale ancorare l'esistenza di un diritto "insopprimibile" a procreare¹.

L'orientamento più recente ha criticato l'apparato argomentativo di questa opinione. Si allude, in particolare, alla sentenza della Corte costituzionale, 10 giugno 2014, n. 162², dove si sostiene che «la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima e intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo

1 Ci si riferisce, in particolare, alle motivazioni espresse dal Tribunale di Milano con la decisione del 23 novembre 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, VII-VIII, 2010, 774 ss.

Sempre nel contesto della propensione della giurisprudenza più risalente a pronunciarsi in senso contrario alla configurabilità, in generale, del diritto a procreare, va ricordata l'ordinanza resa dal Tribunale di Monza il 27 ottobre 1989, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, 611 ss.

2 In proposito, v. M. CASINI, *Il "figlio a tutti i costi" e la "procreazione medicalmente assistita"*, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, 3, I, 973.. *Così la Corte Costituzionale dimentica il primato degli interessi e dei diritti dei minori. La sentenza n. 162 del 2014 e il ritorno dell'eterologa in Italia*, in *Minerva med.*, 2014, 64, 367 ss..

alla tecnica di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera»³.

Ecco, allora, l'esigenza di accertare se sussistono, nel nostro sistema, le condizioni essenziali (la prestazione a carico del Servizio Sanitario Nazionale e la correlata gratuità) affinché l'asserito incoercibile diritto a procreare mediante il ricorso alle tecnologie riproduttive possa essere concretamente esercitato anche da chi si trovi in disagiate condizioni economiche.

Al riguardo, occorre immediatamente sottolineare che, nel panorama legislativo italiano, le tecniche di procreazione medicalmente assistita (in sigla P.M.A.) non sono state inserite nella pianificazione economica nazionale prevista dai Livelli Essenziali di Assistenza (d'ora in poi L.E.A.), tali da garantire, in sede di attuazione da parte delle singole Regioni, la omogeneità dei livelli di intervento su tutto il territorio nazionale. Situazione, questa, che ha dato luogo ad un sistema variegato, con differenze importanti tra le diverse Regioni, chiamate, ai sensi dell'art. 10 della legge n. 40/2004, a regolamentare l'accesso alle tecniche in esame per quanto attiene alla fruibilità delle stesse con oneri a carico dell'utenza o del Servizio sanitario regionale⁴.

-
- 3 In senso conforme, v. anche: l'ordinanza del Tribunale di Salerno, 13 gennaio 2010, in <http://www.giurcost.org>, nella quale si è qualificato «il diritto al figlio come un diritto soggettivo da ascrivere tra quelli inviolabili della donna ai sensi dell'art. 2 Cost.»; la sentenza del 1° aprile 2010, in *Guida al dir.*, 2011, 46, 17, con la quale la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha affermato che «il diritto di una coppia di ricorrere alla procreazione assistita per concepire un figlio rientra nella sfera dell'art. 8 della CEDU, in quanto espressione della vita privata e familiare»; la sentenza (n. 7085) resa dal Tribunale di Milano il 24 maggio 2013 (ined.), nella quale testualmente si legge: «il diritto al concepimento fa parte delle fondamentali estrinsecazioni della persona umana, riconosciute dalla Costituzione, catalogabili come diritti inviolabili (art. 2 e art. 29 Cost.), in ragione della basilare inerenza al nucleo dell'individuo (così come sancito dalla Suprema Corte a proposito del diritto alla sessualità – Cass. n. 13547/09)»; infine, l'ordinanza del Tribunale di Roma, 14 gennaio 2014 (in <http://www.osservatorioaic.it>), dove si è sottolineato che «il diritto alla procreazione sarebbe irrimediabilmente leso dalla limitazione del ricorso alle tecniche di procreazione assistita da parte di coppie che, pur non sterili o infertili, rischiano concretamente di procreare figli affetti da gravi malattie, a causa di patologie geneticamente trasmissibili, di cui sono portatori».
- 4 In Lombardia e in Emilia Romagna, ad esempio, l'intervento di procreazione assistita è gratuito. In Toscana, in Piemonte, in Val d'Aosta, in Veneto, in Friuli Venezia Giulia, nelle Province Autonome di Trento e Bolzano, gli Organi amministrativi hanno inserito le prestazioni di P.M.A. nei L.E.A., con ticket o quota di compartecipazione, senza alcuna esclusione della popolazione interessata (dati, questi, tratti dal sito internet <http://www.tecnobiosprocreazione.it>).

Alla possibilità di rivolgersi a Centri pubblici o convenzionati si aggiunge quella di accedere a strutture private, in Italia concentrate soprattutto al Sud, ma con costi decisamente più elevati, con il conseguente prevedibile flusso migratorio. I dati presentati dalla Commissione d'inchiesta sugli errori e i disavanzi sanitari documentano, infatti, che le coppie che hanno fatto ricorso alla P.M.A. in Italia dal 1° gennaio 2011 al 30 giugno 2012 sono 50.900: di queste, 37.322 erano residenti nella stessa Regione in cui opera il centro di P.M.A. e ben 13.578 hanno dovuto migrare verso le Regioni che prevedono i trattamenti all'interno del sistema sanitario regionale⁵. Situazione, questa, che ha indotto ad affermare, ironicamente, che, allora, ai presupposti soggettivi ed oggettivi legittimanti l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita bisognerebbe aggiungerne un altro davvero odioso: essere economicamente benestanti⁶.

Per rimediare a questo ingiusto effetto discriminatorio, si auspica che in futuro le tecniche di P.M.A. (omologa ed eterologa) vengano inserite nella pianificazione economica nazionale prevista dai L.E.A., in modo da renderne omogeneo su tutto il territorio tanto il servizio quanto il costo⁷.

Sulla scorta di questo auspicio, ci si permetta di richiamare la preziosa ed insostituibile funzione *propulsiva* che la Corte è in grado di esercitare, in primo luogo, in direzione degli organi legislativi. Ebbene, proprio con riguardo a questa funzione, a parere di chi scrive la Consulta, con la menzionata sentenza 10 giugno 2014, n. 162, ben avrebbe potuto segnalare al legislatore l'esigenza di una normativa volta a garantire, nel nostro sistema, le condizioni essenziali (la prestazione a carico del Servizio Sanitario Nazionale e la conseguente gratuità) affinché l'«incoercibile» diritto a procreare mediante il ricorso alle tecnologie riproduttive (compresa la fecondazione eterologa) possa concretamente essere esercitato anche da chi si trovi in condizioni economiche non agiate.

Con la speranza che venga a breve adottato un provvedimento di questo tipo⁸, non può che ritenersi condivisibile l'opzione di fondo, verso la quale

5 In <http://www.salute.letteradonna.it>.

6 In tal senso, v. C. LALLI, *Libertà procreativa*, Napoli, 2004, 10.

7 A. PALAGIANO (Presidente della *Commissione d'inchiesta sugli errori e sui disavanzi sanitari*), in <http://salute.letteradonna.it>, *op. cit.*

8 In quest'ordine di idee si collocano i nuovi L.E.A. presentati il 4 febbraio 2015 dal Ministro Beatrice Lorenzin alla Commissione Igiene e Sanità del Senato. In particolare, ha precisato il Ministro (in <http://www.quotidianosanità.it>), la P.M.A., sia eterologa che omologa, sarà erogabile dal Servizio Sanitario Nazionale. Quanto alle diverse e ulteriori attività che la fecondazione eterologa richiede rispetto all'omologa (selezione dei donatori/donatrici di gameti, conservazione e distribuzione degli stessi) il provvedimento ipotizza un *ticket* a

si è indirizzato il giudice del Tribunale di Cagliari con l'ordinanza del 9 novembre 2012⁹. Questa, pur collocandosi nel solco giurisprudenziale, già tracciato a partire dal 2007, favorevole all'ammissibilità della diagnosi genetica preimpianto, contiene nuovi argomenti a sostegno della configurabilità, in chiave terapeutica, del diritto a concepire un figlio mediante le metodiche artificiali. In particolare, la novità del provvedimento in esame va colta nel passaggio relativo alla concreta attuazione del *dictum* giudiziale in discorso.

L'Azienda sanitaria convenuta aveva dichiarato di non poter eseguire l'esame diagnostico sugli embrioni, non essendo in possesso né di idonee strutture né delle necessarie risorse umane. Il giudice sardo ha disatteso il rilievo, osservando che l'articolo 32 della Costituzione, nel prevedere che la salute costituisce un *fondamentale* diritto dell'individuo, ne impone un'incondizionata protezione e rende dunque irrilevante la circostanza che il Servizio di Ostetricia e Ginecologia dell'Ospedale non sia iscritto nel registro nazionale delle strutture autorizzate all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, previsto dall'articolo 11 della legge n. 40/2004.

Peraltro – si legge ancora nell'ordinanza – accertato *il diritto alla prestazione medica*, qualora la struttura sanitaria pubblica si trovi nell'impossibilità di erogare la richiesta prestazione sanitaria in forma diretta, tale prestazione deve essere resa in forma indiretta, mediante il ricorso ad altri presidi sanitari, così come previsto dall'articolo 3, comma 2, della legge n. 595/1985¹⁰.

2. Stando così le cose, giova interrogarsi su un problema ulteriore e per certi aspetti nuovo: quello degli eventuali profili di responsabilità civile configurabili nelle ipotesi in cui una negligenza degli operatori tenuti

carico delle coppie richiedenti nella misura fissata dalle Regioni o determinata a livello nazionale.

9 Il commento di A. PORRACCILO, *I divieti imposti dalla legislazione interna contrastano con la normativa della Cedu*, in *Guida al dir.*, 2013, 8, 35 ss.

10 In attuazione di tale ordinanza, l'ASL cagliaritana, con la Delibera n.1158 del 26 giugno 2013, ha affidato al laboratorio GENOMA s.r.l. di Roma, Centro operante nel settore della diagnosi genetica pre-impianto, l'esecuzione delle analisi in esame. Dunque, il giudice del Tribunale di Cagliari discorre di *diritto alla prestazione medica* e non di *diritto a procreare*. Se ne può dedurre che l'Organo giudicante abbia incluso le tecniche riproduttive nell'ambito delle pratiche di natura terapeutica. In tale ottica, ha ritenuto la sussistenza del diritto soggettivo dei ricorrenti all'intervento e, quindi, la legittimità della pretesa delle parti istanti di ricevere assistenza sanitaria gratuita da parte dello Stato.

all'impianto dell'embrione o ad altre fasi della procedura procreativa abbia comportato un danno per la coppia richiedente.

In proposito, appare utile muovere dall'analisi della sentenza, che, in tema di fecondazione assistita, si pronunciò per la prima volta in merito alla lesione della funzione procreativa.

La vicenda oggetto della decisione riguardava un cittadino tedesco affetto da cancro alla prostata, il quale, prima di sottoporsi all'intervento di asportazione dell'organo malato, che inevitabilmente lo avrebbe portato alla sterilità, decise di far crioconservare il proprio seme in una clinica specializzata. Purtroppo, a causa di un disguido, il materiale biologico venne distrutto, così che l'uomo, quando decise di utilizzare il suo seme, si trovò nell'impossibilità di farlo.

Da ciò ebbe inizio una lunga e complessa vicenda giudiziaria. Vincolati al principio di tipicità dell'illecito aquiliano, proprio del sistema tedesco, i magistrati, nei diversi gradi del giudizio, rifiutarono di accordare all'uomo il risarcimento, mancando, a loro avviso, una lesione del corpo. L'ultima parola spettava, però, al *Bundesgerichtshof*, che emanò la relativa sentenza nel 1993¹¹.

Quest'organo chiarì che se un risarcimento doveva essere riconosciuto, questo non poteva che fondarsi esclusivamente sulla *lesione inferta alla funzione procreativa*. Nel dettaglio, le linee giustificative della decisione dei Giudici tedeschi si fondavano sul fatto che lo sperma (al pari dell'ovocita) prelevato e destinato ad essere impiegato per una fecondazione artificiale, costituiva l'unica possibilità per il soggetto di procreare e trasmettere ai figli il proprio patrimonio genetico.

Una vicenda per molti versi analoga si presentò ai giudici francesi qualche anno fa: anche in questo caso all'origine della stessa vi fu un fatto tecnico — un innalzamento della temperatura nell'incubatore — che provocò l'evaporazione dell'azoto liquido nel quale erano conservati alcuni embrioni, ottenuti con il materiale genetico di una coppia rivoltasi ad un centro specializzato, rendendo gli stessi inidonei all'impianto in utero.

Il Tribunale Amministrativo di Amiens¹², cui la coppia si rivolse per il risarcimento dei danni, negò la ricorrenza di un danno patrimoniale sulla scorta dell'art. 16-1 del *code civil*, per il quale «*le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial*».

11 *Bundesgerichtshof*, 9 novembre 1993, in *Familienrecht*, 1994, 154, in *Trattato breve dei nuovi danni*, a cura di P. Cendon, 2001, 1115 ss.

12 Tribunal administrative Amiens, 9 mars 2004, n. 021451, in M. GORGONI, *La distruzione accidentale di embrioni da annidare: ciò che la sentenza non dice*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 4, 1242 ss.

Risposta parimenti negativa fu data sia alla richiesta di risarcimento del danno morale per perdita del congiunto perché «*les ovocytes surnuméraires ne sont pas des personnes*», sia alla domanda avente ad oggetto «*la perte de chance d'être parent*» perché la giovane età degli aspiranti genitori non precludeva loro la possibilità di sottoporsi ad un ulteriore tentativo di P.M.A. Venne liquidata, invece, la somma di diecimila Euro, a titolo di «*réparation des troubles divers dans les conditions d'existence*».

La Corte di Appello di Douai¹³, l'anno successivo, fu ancora più severa: alla coppia non fu riconosciuto alcun danno, sia perché «*le préjudice né de la perte d'embryons par un établissement de santé n'est pas un préjudice indemnisable en l'absence de projet parental du couple ayant perdu lesdits embryons*», sia perché gli embrioni «*ne constituent pas des êtres humains ou des produits humains ayant le caractère de chose sacrée auxquels est attachée une valeur patrimoniale*».

Insomma, per i giudici francesi, risultò decisivo il diverso trattamento giuridico da riservare agli embrioni protagonisti di un progetto genitoriale ed a quelli residui¹⁴. Nel caso specifico, quelli andati accidentalmente persi erano gli embrioni soprannumerari, come tali destinati non all'impianto, ma alla crioconservazione. Orbene, la coppia cui appartenevano aveva sì chiesto il risarcimento del danno causato dalla loro accidentale distruzione, ma (avendo portato a termine con successo una precedente P.M.A.) non aveva manifestato alcun interesse ad un loro successivo impiego a fini riproduttivi.

Nella giurisprudenza italiana, merita particolare attenzione la menzionata sentenza (n. 7085) resa dal Tribunale di Milano in data 24 maggio 2013, con la quale, divenuto impossibile l'intervento di procreazione assistita a causa di un *black-out* verificatosi il giorno precedente, l'Azienda ospedaliera è stata condannata a risarcire la coppia, essendosi ravvisato, per la prima volta in tema di P.M.A., un danno derivante dalla «*lesione del diritto al concepimento*».

La vicenda sottoposta all'attenzione del giudice di Milano si presenta, pertanto, molto delicata, muovendosi sul crinale tra etica, religione e scienza da sempre esposto alla polemica inerente alla tormentata questione della natura dell'embrione. Non a caso gli avvocati della coppia, avevano fondato la loro difesa sul presupposto che l'embrione fosse una forma di vita, seppur allo stato primigenio. Avevano, di conseguenza, richiesto il

13 *Cour administrative d'Appel Douai*, 6 décembre 2005, n. 04da00376, in <http://www.revuegeneraledudroit.eu>.

14 M. GORGONI, *op. loc. cit.*

ristoro del danno biologico temporaneo, del danno morale, oltre al danno per la perdita di un figlio, commisurato alla percentuale di probabilità circa il buon esito dell'inseminazione artificiale.

La decisione dell'Organo giudicante, tuttavia, ha "bypassato" la rovente questione della natura dell'embrione, ravvisando la causa del danno meritevole di risarcimento non nella perdita di un figlio (come richiesto dagli avvocati della coppia), ma nella «*lesione del diritto al concepimento*»¹⁵.

Al riguardo, vien fatto di osservare che l'embrione, a qualunque stadio sia trasferito in utero, non necessariamente è in grado di attecchire e di svilupparsi fino a dar luogo alla nascita di un bambino. Costatazione, questa, che, ad avviso di chi scrive, avrebbe potuto indurre il Tribunale di Milano a ravvisare il pregiudizio patito dalla coppia non nella lesione del diritto al concepimento, ma come perdita di una «*chance procreativa*».

Per quanto concerne, poi, l'invocato danno biologico subito dalla donna a causa delle massicce cure ormonali a cui fu sottoposta in vista della fecondazione assistita – scrive il giudice – non può ritenersene acquisita la sussistenza, giacché nessuna consulenza tecnica d'ufficio è stata richiesta ai fini del suo accertamento.

Quanto al danno morale, non sussistono, sempre a parere del Tribunale, dubbi circa l'esistenza del pregiudizio sofferto da entrambi gli attori. In particolare, per meglio configurare gli àmbiti di operatività del nocumento in esame, l'Organo giudicante ha considerato la circostanza che la richiesta di accesso alla procreazione assistita esprime un desiderio di maternità e di paternità (soprattutto per gli attori che effettuavano il tentativo per la seconda volta), cui corrisponde un forte grado di frustrazione e di disillusione in caso di mancata realizzazione dello stesso. Ha soggiunto,

15 L'Organo giudicante, in via preliminare, ha altresì sottolineato che l'asserito "danno derivante da perdita di un figlio" avrebbe una valenza esclusivamente morale (non esistenziale, non essendo il figlio mai nato) non cumulabile con un'ulteriore voce di pregiudizio morale. A questo proposito, va, però, ricordato che la Corte di cassazione, con la sentenza 28 settembre 2012, n. 16516 (in *Diritto e Giustizia online* 2012, 1° ottobre) — proprio con riferimento al danno da perdita di un figlio — ha ritenuto che, dovendo il risarcimento ristorare interamente il danno subito, va tenuto conto dell'insieme dei pregiudizi sofferti, ivi compresi quelli esistenziali, purché sia provata nel giudizio l'autonomia e la distinzione degli stessi, dovendo il giudice, a tal fine, provvedere all'integrale riparazione secondo un criterio di personalizzazione del danno, che, escluso ogni meccanismo semplificato di liquidazione di tipo automatico, tenga conto, pur nell'ambito di criteri predeterminati, delle condizioni personali e soggettive e della gravità della lesione e, dunque, delle particolarità del caso concreto e della reale entità del danno.

inoltre, che l'attuazione della procedura, richiedendo un *iter* caratterizzato da numerose visite mediche, accertamenti diagnostici, pesanti trattamenti preventivi, inevitabilmente suscita uno stato di ansia e di preoccupazione. Né si è tralasciata la circostanza che gli attori, ormai giunti al termine del travagliato percorso, dopo l'ottenimento di due embrioni vitali, proprio nel giorno previsto per il trasferimento in utero, hanno avuto l'amara sorpresa della vanificazione dei disagi fino a quel momento sopportati, per di più, a causa di un evento non "messo in conto" ed ancor più traumatizzante in quanto acuito dal dubbio relativo alla praticabilità di ulteriori tentativi volti alla realizzazione del loro desiderio di genitorialità. Ne è conseguito il riconoscimento del diritto al ristoro in via equitativa (data la peculiarità della fattispecie) dei pregiudizi non patrimoniali determinati sia dalla sofferenza morale dei genitori che dalla perdita possibilità di programmare ed attuare lo sviluppo della famiglia.

Infine, quanto all'entità del risarcimento, il Collegio ha liquidato alla moglie, di certo più direttamente coinvolta fisicamente e psicologicamente nel gravoso percorso attuativo della procedura, una somma più elevata di quella riservata al marito.

3. In chiusura, alla sintetica esposizione delle suddette vicende si permetta di far seguire qualche osservazione in merito ai casi in cui un embrione, ottenuto *in vitro* con ovociti e seme di una coppia identificata, venga impiantato per mero errore nell'utero di un'altra donna.

In essi, oltre ai rilevanti aspetti umani, emerge la questione giuridica relativa alla individuazione dei genitori dei nati.

In proposito, almeno tre casi sono stati riportati negli Usa, in cui la vicenda ha avuto esiti diversi: nel 1999 il caso di Richard e Donna Fasano di New York, che ebbero due gemelli, di cui uno di colore, per un embrione impiantato erroneamente. I genitori biologici del piccolo ottennero l'affidamento del bimbo, che quindi fu separato dal fratello.

Ha creato invece una «famiglia allargata» il giudice che nel 2004 ha deciso in merito alla vicenda che ha visto protagonista una donna californiana, alla quale erano stati impiantati gli embrioni di un'altra coppia; in questo caso, oltre a decidere per un risarcimento da un milione di dollari, il magistrato ha decretato un «affidamento congiunto» del bambino.

Cinque anni dopo, una donna dell'Ohio, che per errore del Centro, aveva dato alla luce il figlio di un'altra coppia che si era rivolta alla stessa struttura, ha deciso di restituire a questa il bambino.

Un altro caso (novembre 2010), è avvenuto al Thomson Fertility Centre di Singapore. Una paziente ha concepito una bambina fecondata erroneamente con lo sperma di un uomo diverso da suo marito. Oltre ai danni, la donna ha chiesto alla clinica anche un assegno di mantenimento. Pretesa, quest'ultima, negata dal giudice di appello, il quale ha testualmente sostenuto: «Non è necessariamente un principio di legge, ma credo che lo sia di umanità, che nessun genitore voglia che il proprio bambino cresca pensando di essere il frutto di un errore. E se l'appellante fosse riuscita a ottenere l'assegno, ogni centesimo speso per la piccola le avrebbe ricordato che era un risarcimento per quello sbagliato».

Nel 2011, infine, ad Hong Kong sono stati impiantati in una donna due embrioni «sbagliati»; la vicenda si è conclusa con un aborto e un risarcimento¹⁶.

In Italia, invece, negli ultimi diciotto anni, a parte quella di cui si tratterà poco oltre, sono solo tre le vicende giunte sulle pagine dei giornali: due a Torino e Padova, dove la mattina dell'impianto i medici si accorsero dell'errore e le donne decisero di prendere la «pillola del giorno dopo»; un'altra a Modena, dove una donna bianca partorì due bambini neri. Nonostante gli iniziali sospetti di tradimento ed i commenti salaci dei concittadini, si accertò poi che l'incidente era di natura tecnica¹⁷.

4. Significativo, in proposito, è il noto caso verificatosi recentemente (2014) all'Ospedale Sandro Pertini di Roma presso il quale, per un banale errore umano, a due coppie che avevano prestato il consenso alla fecondazione assistita, sono stati assegnati all'una gli embrioni dell'altra.

Questi due paralleli impianti non hanno avuto lo stesso epilogo: uno non è andato a buon fine, in quanto la gravidanza non è neppure iniziata; l'altro ha avuto esito positivo con la nascita di due gemelli.

La coppia, alla quale era riconducibile il patrimonio genetico dei gemelli che stavano venendo alla luce ha proposto ricorso ai sensi dell'art. 700 c.p.c. dinanzi al Tribunale di Roma.

In particolare, i ricorrenti hanno chiesto che fosse ordinato all'altra coppia di fornire loro tutte le informazioni relative allo stato di salute dei nascituri, al luogo e al tempo in cui sarebbe avvenuto il parto; inoltre, hanno

16 Cfr. R. STAGLIANO, *Embrioni scambiati: quattro genitori e nessuna certezza*, ne *Il Venerdì di Repubblica*, 1° maggio 2014, 50 ss.

17 "All'epoca", ricorda C. FLAMIGNI, ne *Il Venerdì di Repubblica*, *op. e loc. cit.*, «le provette non erano usa e getta come oggi. Quella incriminata era stata lavata male e c'era rimasto il seme di un uomo africano».

chiesto che i gemelli alla nascita venissero a loro consegnati perché genitori genetici e che fossero diffidati tutti gli ufficiali dello stato civile presso gli uffici di anagrafe italiani dal formare l'atto di nascita dei due gemelli con l'acquisizione della dichiarazione della donna che li stava partorendo o del suo *partner*. Sotto tale profilo hanno fatto leva sul contrasto tra questa dichiarazione e la «verità biologica».

Costituendosi, le controparti, nel comunicare l'avvenuta nascita dei gemelli, hanno chiesto dichiararsi l'inammissibilità delle domande avversarie e in ogni caso rigettarsi il ricorso perché il rapporto di filiazione doveva considerarsi legittimamente costituito con la madre gestante, alla stregua della normativa generale in vigore e di quella inerente alla fecondazione eterologa.

Successivamente, la coppia rinunciando alla richiesta di consegna dei neonati; ha però domandato che venisse disposta la collocazione degli stessi in idonea struttura, separandoli dai genitori «non genetici», o in subordine che venisse ad essa garantito il diritto di visita in modo da costruire con i minori un legame affettivo.

Il Tribunale di Roma, dopo aver ricordato che la vigente normativa non contempla né disciplina in modo esplicito la fattispecie in argomento¹⁸, ha sostenuto, con l'ordinanza dell'8 agosto 2014¹⁹, che sarebbe irragionevole nei rapporti di filiazione porre in una posizione sovraordinata il principio di verità genetica rispetto agli altri interessi in conflitto, perché «riconoscendo la prevalenza della madre genetica si attribuirebbe legittimità giuridica ad una coattiva maternità di sostituzione, con la rinuncia imposta ad un figlio che pure la madre biologica ha condotto alla vita». Soluzione, questa, che sarebbe «totalmente inconciliabile con il diritto della donna ospitante il feto all'intangibilità del suo corpo e, pertanto, ad assumere ogni decisione in ordine alla sua gravidanza, nonché gravemente lesiva della dignità umana della gestante».

18 Illuminante, in proposito, è la lettura del parere del COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA intitolato “*Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*”, pubblicato l'11 luglio 2014, ove testualmente si legge: «Ci si trova di fronte un'eterologa “da errore” (la madre porta in grembo embrioni geneticamente non suoi né del marito o del *partner*) o una surroga materna “da errore” (i genitori genetici producono embrioni che sono impiantati nell'utero di un'altra donna che li porta in gestazione) con una procedura priva di consenso, il che sembra generare una situazione di indeterminatezza in merito alla maternità e paternità a fronte di un vuoto legislativo che dovrebbe venire colmato in via interpretativa».

19 G. TONA, *Ogni provvedimento d'urgenza avrebbe pregiudicato la stabilità dei minori e i loro legami con la famiglia*, in *Guida al dir.*, 2014, 37, 16 ss.

Con un pertinente richiamo alla letteratura scientifica, il provvedimento ricorda, inoltre, che è nell'utero che si crea il legame simbiotico tra il nascituro e la gestante e che solo questa può provvedere all'allattamento al seno del bambino.

Del resto – si legge ancora nell'ordinanza in commento – le figure della madre genetica, della madre uterina e della madre sociale (cioè di colei che, desiderosa di avere un figlio ma impossibilitata a procrearlo, lo «commissiona» alla prima) non sempre coincidono; tuttavia, l'art. 269, 3° comma, c.c., inalterato nella sua formulazione originaria anche dopo la riforma della filiazione di cui al D.lgs. 154/2013, sancisce il principio in base al quale è il parto che determina la maternità.

Sulla scorta di questa motivazione, il giudice ha respinto il ricorso della coppia e ha lasciato i gemelli alla madre che li ha partoriti ed al *partner* di costei, ritenendo che ogni provvedimento di urgenza avrebbe pregiudicato la stabilità dello *status* dei minori e il loro diritto di vivere con quella che doveva considerarsi ormai la loro famiglia.

Di qui la sollecitazione a riflettere sulle conseguenze pratiche riannodabili all'ordinanza in esame. Basti, a tal proposito, segnalare da una parte il prevedibile futuro disagio psicologico dei gemellini, i quali cresceranno nella consapevolezza che il legame con la coppia che li alleva è frutto di «un errore» che li ha privati dei genitori genetici pronti ad accettarli ed a lottare giudizialmente per ottenerne l'affidamento; dall'altro il dramma di questi ultimi che si erano rivolti alla struttura sanitaria per realizzare il loro diritto alla genitorialità e che, purtroppo, dovranno rassegnarsi, per decisione del magistrato, ad ottenere soltanto una tutela risarcitoria.

D'altra parte, deve riconoscersi che, alla luce dei progressi scientifici e della perdurante inerzia del legislatore sui temi eticamente sensibili, i «giudici dei casi difficili»²⁰ si trovano di fronte all'impegnativo compito di individuare in qualche modo «le strade per smussare i contrasti, promuovere la convivenza, impedire le prevaricazioni, assicurare a ciascuno, nella vita comune, una parte non mortificata»²¹.

20 L'espressione tra virgolette è di V. ZAGREBELSKY, *Un diritto da inventare*, ne *La stampa*, 19 aprile 2014, 25.

21 G. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio*, Roma, 2007, 50-51.