

LA LEGGE 19 FEBBRAIO 2004 N. 40  
PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA P.M.A.:  
VICENDE GIURIDICHE E UMANE  
PRIMA E DOPO LA LEGGE

PREMESSA
----------

Avere un figlio è una delle decisioni più importanti nella vita di ogni persona tanto che dal XVIII secolo (ma forse anche prima) la scienza si interessa e studia delle tecniche per cercare di porre rimedio al problema della sterilità di coppia: si sa che esistono casi documentati di procreazione assistita fin dal XIX secolo.

Oltre all'adulterio, opportunamente e naturalmente celato, è noto il caso dei soldati americani al fronte durante la seconda guerra mondiale: molti di essi inviavano il proprio sperma alla moglie allo scopo di fecondarla artificialmente.

Si narra che alla fine dell'800 molte donne delle valli del Casentino, senza figli, suppostamente sterili, si recassero dal parroco della chiesa di Santa Maria in Bagno, un tale don Piergentino che era famoso per i suoi poteri taumaturgici; pare che dopo aver fatto un'abluzione in una piccola pozza d'acqua insieme al parroco tornassero a casa guarite atteso che poco dopo risultavano essere ... incinte! Certamente questo tipo di "inseminazione" non ha nulla a che vedere con le attuali modernissime tecniche di pro-

creazione assistita ma dà una certa idea della ricerca della soluzione di questo problema fin da tempi remotissimi.

Ovviamente le polemiche non sono mancate.

Tuttavia la scienza e il progresso hanno avuto la meglio e il 25 luglio 1978 è nata Louise Brown (passata alla storia come la prima «bambina in provetta») con la fecondazione in vitro praticata dal dott. Robert Edwards – professore emerito dell'Università di Cambridge - premiato il 4 ottobre 2010, all'età di 85 anni, con il NOBEL per la medicina. Grazie a questa tecnica dal 1978 ad oggi sono nati, secondo le più recenti stime, circa 4 milioni di bambini . Infatti nel mondo una coppia su 10 (e in Europa una coppia su 7) incontra difficoltà a concepire spontaneamente e sceglie di ricorrere a tecniche di procreazione medicalmente assistita. La sterilità di coppia in Italia è abbastanza allarmante: oltre una coppia su cinque non è in grado di procreare e assicurarsi così una discendenza, e pare che questa percentuale tenda ad aumentare di anno in anno. Secondo le cifre ufficiali del Ministero della Salute oggi oltre 300 strutture italiane praticano la fecondazione assistita: si stima che tra le 50.000 e le 70.000 coppie si rivolgano a questi centri, e che oltre 100.000 siano i pre-embrioni custoditi nei criocongelatori.

Appare quindi questo essere divenuto un fenomeno di massa, che non possiamo non considerare come tale.

Anche perché dai risultati di uno studio condotto dalla Società Europea di Riproduzione Umana ed Embriologica – condotto in 44

centri europei di PMA illustrato in occasione di un congresso tenutosi a Roma nel giugno 2010 - le coppie italiane che si recano all'estero sono circa 6000 (anche se studi condotti in altre sedi indicano un'affluenza minore di circa 4000 coppie). È interessante notare che si tratta di quasi tutte coppie eterosessuali, sposate (80%) o conviventi (20%), con età media delle donne di 38 anni (minimo 21, massimo 51) e che la maggior parte (il 59%) ha comunque tra i 30 e i 40 anni.

La fecondazione artificiale, che dovrebbe essere considerata una libera scelta, in quanto pratica medica volta a superare i problemi di sterilità e di infertilità, non dovrebbe generare equivoci. La riproduzione della vita umana riceve la sua spiegazione scientifica grazie ai processi di generazione artificiale e può sostituire all'arbitrio della casualità l'autodecisione e la responsabilità della coscienza.

Attualmente il miglioramento negli studi medici e biologici sulla fecondazione assistita ha portato all'instaurazione di molteplici metodologie diverse.

Questo argomento sarà trattato compiutamente dal prof. Scarselli ma possiamo brevemente anticipare che:

- la fecondazione può essere attuata in vivo (direttamente nel corpo della donna) o in vitro (extracorporea, detta FIVET): si parla di fecondazione omologa (AIH) quando il seme appartiene al partner della donna e di fecondazione eterologa (AID) quando il seme (o l'ovulo) proviene da un donatore/donatrice esterno/esterno alla

coppia.

Sia con la fecondazione omologa che con quella eterologa esistono ancora problemi a livello legislativo, soprattutto per quella eterologa; i problemi che possono nascere più frequentemente, sintetizzando al massimo, riguardano soprattutto l'eventuale anonimato del donatore, l'inseminazione post-mortem e la richiesta formulata da una donna sola o anziana o da una coppia lesbica.

Al fine di superare le molte obiezioni, secondo le quali la fecondazione eterologa minerebbe la stabilità della famiglia, vengono citate comprovate statistiche USA che mostrano dati che vanno nella direzione diametralmente opposta sia per quanto riguarda la solidità della coppia sia per quanto riguarda la cura nei confronti dei bambini.

La decisione di accedere a questa pratica non è mai presa a cuor leggero ed è agevole presumere che venga vagliata anche alla luce delle problematiche di cui sopra. A mio modestissimo parere, non pare esserci differenza fra le responsabilità che si assume un genitore prestando il proprio consenso all'inseminazione piuttosto che all'adozione.

Sono state sollevate anche molte critiche in relazione alla presunta (quanto eventuale) sofferenza che proverebbe il bambino nel non conoscere il padre biologico; pare che anche in questo caso le difficoltà siano le stesse che si possono riscontrare nel caso dell'adozione.

Altro problema è l'accesso alle tecniche di fecondazione per le

donne “single”.

Dalla legge italiana questo accesso è assolutamente negato ma è stato da più parti obiettato che le stesse donne potrebbero comunque raggiungere lo scopo anche attraverso una rapporto eterosessuale tradizionale; non esisterebbe quindi un motivo giuridico ragionevole perché queste gravidanze siano vietate, anche perché, per logica conseguenza, dovremmo considerare illecito il figlio di una ragazza madre.

Per finire, un’osservazione sulla fecondazione di donne in età avanzata portata all’attenzione dei media dagli ultimi fatti di cronaca, considerando che la legge 40/2004 all’art. 5 prevede per l’accesso alla PMA un’età potenzialmente fertile (?).

Da una parte le ragioni del cuore che hanno spinto una coppia a ricorrere alla fecondazione eterologa all’estero per diventare genitori all’età di 58 anni lei, e 70 lui.

Dall’altra le ragioni della legge ovvero del Tribunale per i minori di Torino - collegio presieduto dalla dott.ssa Donata Clerici - che hanno, invece, stabilito che la loro bambina dovrà essere data in adozione.

La bimba oggi ha 16 mesi e da 15 vive con una famiglia affidataria. I giudici, aiutati da psicologi e psichiatri, hanno evidenziato una realtà complessa e delicata che vede come protagonista una giovane vita desiderata e concepita da quelli che molti definiscono come genitori-nonni, molto, troppo anziani per allevare un figlio.

Le motivazioni principali che si leggono nella sentenza evidenzia-

no la scelta di un uomo e una donna *“fondata sulla volontà di onnipotenza, sul desiderio di soddisfare a tutti i costi i propri bisogni”* e ancora che *“non si sono posti seriamente domande in merito al fatto che la minore si ritroverà orfana in giovane età”*.

Di contro la difesa dei genitori che raccontano un'altra verità: *per noi è stato come subire un furto - dicono, tenendosi per mano -. Ma le vere vittime di questa ingiustizia non siamo noi: è la nostra bimba. Perché deve essere strappata alla sua famiglia d'origine?”*.

Per amore di verità si deve comunque riferire che nella sentenza del Tribunale si pone molto l'accento «sull'eccessivo desiderio di genitorialità» della coppia, ma che esiste un antefatto, oggetto di una causa penale per abbandono dei minori. La neonata di un mese venne notata a piangere da sola, sull'auto del padre, in un piccolo paese in provincia di Torino. «Stavo scaricando la spesa, mentre mia moglie era andata a farsi una puntura, ma non ho mai perso di vista né la bimba, né l'auto » si difende il padre.

«La bambina è rimasta sola sull'auto, non vigilata in modo costante, 40-45 minuti - scrivono i giudici -. La coppia ha dichiarato che appellerà la sentenza del Tribunale per i minori perché “Siamo di fronte a un pregiudizio - chiosa l'avvocato difensore - che vede l'adozione come alternativa al desiderio di genitorialità”.

Come sopra evidenziato la maggior parte di coloro che si manifesta contrario alla PMA di donne di età avanzata basa la propria convinzione sulla loro minore speranza di vita. In realtà i dati di-

mostrano che salvo casi assolutamente eccezionali l'accesso alle tecniche si è attestato intorno ai 40/42 anni che poi è un'età che, in caso di gravidanza tradizionale, non scandalizza nessuno. Secondo la ricerca statistica sopra citata (ESHRE) sarebbero solo 10 le donne italiane ultracinquantenni che ricorrono alla PMA.

## INTRODUZIONE

Prima di concentrarci sulle vicende italiane legate alla PMA mi sembra utile illustrare un panorama su **quello che accade all'estero**

Le leggi europee in materia di fecondazione assistita sono simili nell'impianto e nei criteri di fondo, ma si differenziano per gli obiettivi e le possibilità che consentono.

Adottate in epoche diverse, solo alcune regolano contemporaneamente fecondazione assistita e ricerca scientifica sugli embrioni. Molti paesi in anni più recenti hanno adottato nuove leggi specifiche su clonazione terapeutica e ricerca sugli embrioni.

Tutte si ispirano al principio del rispetto della dignità umana e dei diritti dell'uomo, come suggerisce la Convenzione di Oviedo, ma con interpretazioni e aperture diverse.

Un elemento unificante è il divieto di clonazione riproduttiva, imposto anche dalle legislazioni più liberali come quelle inglese (solo a fini terapeutici) e spagnola.

La Spagna e la Svezia nel 1988 sono stati i primi paesi Europei a emanare una legge in materia di fecondazione assistita.

A questi Stati ha fatto seguito poco dopo il Regno Unito nel 1990, l'Austria e la Francia che sono munite di una legge in materia rispettivamente nel 1992 e nel 1994, la Grecia nel 2002 e da ultimo l'Italia nel 2004. Alcuni Stati hanno poi modificato nel corso degli anni dette leggi (da ultimo nel 2008 l'Inghilterra)

I punti principali sui quali le leggi delle varie Nazioni differiscono sono l'accesso alle procedure, la fecondazione eterologa, il trasferimento degli embrioni "post mortem", la diagnosi genetica pre-impianto, la crioconservazione embrionale, la sperimentazione sugli embrioni e la clonazione.

Alcuni Stati permettono l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita a tutte le coppie sposate o conviventi (la Francia, accettano solo coppie che convivono da almeno due anni); in altri è invece possibile, anche per le donne nubili, usufruire delle tecniche di fecondazione assistita.

Per quanto riguarda la procreazione definita eterologa, i vari paesi europei, generalmente concordi, la ammettono con diverse limitazioni.

Ben accettata è la fecondazione eterologa intracorporea (inseminazione intrauterina). Per la fecondazione eterologa extracorporea (FIVET/ICSI) il consenso non è unanime.

In alcuni paesi, come la Grecia e l'Inghilterra, è possibile, in alcuni casi correlati alla trasmissione di patologie genetiche, la selezione del sesso.

Laddove è ammessa la crioconservazione vengono stabiliti dei ter-

mini oltre i quali gli embrioni congelati devono essere distrutti

Nei paesi in cui non è consentito creare embrioni in soprannumero è solitamente anche vietato l'utilizzo di embrioni a fini sperimentali; al contrario, negli altri paesi è la coppia a decidere.

Il Belgio e l'Inghilterra permettono anche la creazione di un embrione al solo fine di ricerca, l'Inghilterra inoltre è l'unico paese in cui è consentita la clonazione a fini terapeutici.

La fecondazione "post-mortem", cioè l'utilizzo del seme crioconservato del compagno/marito dopo la sua scomparsa, è permessa in alcuni paesi come la Grecia, l'Inghilterra e la Spagna.

FRANCIA: Ha una legge in materia di fecondazione assistita dal 1994. Essa stabilisce che solo le coppie sposate o conviventi da almeno due anni possano accedere alla fecondazione artificiale. È ammessa la fecondazione con donatore solo quando la procreazione assistita all'interno della coppia non abbia avuto successo. La legge vieta il concepimento e l'utilizzazione di embrioni umani per fini commerciali e industriali, il concepimento in vitro di embrioni umani per fini di studio o di ricerca e ogni forma di sperimentazione sull'embrione. La diagnosi preimpianto è consentita solo per fini medici e di prevenzione nel caso in cui la coppia abbia forti possibilità di generare un figlio affetto da malattie genetiche particolarmente gravi e incurabili e sia già stata individuata in uno dei genitori l'anomalia responsabile. Tale diagnosi però deve essere autorizzata. In via eccezionale è prevista anche la donazione di embrioni conservati. In tal caso la legge predispone una pro-

cedura analoga a quella dell'adozione. L'autorità giudiziaria deve assicurarsi che la coppia ricevente sia in grado di offrire al nascituro adeguate condizioni di vita sul piano familiare, educativo e psicologico. È necessario il consenso sia della coppia donatrice che di quella ricevente. È ammessa la crioconservazione, ma vietati l'utero in affitto e l'inseminazione post mortem.

GERMANIA: La legislazione tedesca ammette sia l'inseminazione omologa che quella eterologa solo per le coppie sposate, mentre per le coppie di fatto è richiesta l'autorizzazione di una commissione regionale dell'Ordine dei medici. La fecondazione in vitro è ammessa solo se omologa. È inoltre vietato trasferire nel corpo di una donna più di tre embrioni per un ciclo di inseminazione. La crioconservazione è consentita solo nella fase dello zigote e non sono ammessi l'inseminazione post mortem e l'utero in affitto. È ammessa (con legge luglio 2011) la diagnosi pre-impianto. Il divieto di predeterminazione del sesso prevede un'eccezione nel caso in cui sia volta a prevenire l'insorgere nel nascituro della distrofia muscolare di Duchenne o di altra patologia genetica riconosciuta tra le affezioni gravi dall'autorità designata dalla legge dei Länder.

REGNO UNITO: Ammessa, e riservata a coppie sposate o conviventi e a donne singole. Ammesse anche la locazione dell'utero e la fecondazione sia eterologa che post-mortem purché a titolo gratuito. La Gran Bretagna infatti dispone fin dal 1990 dello Human Fertilisation and Embryology Act, una legge molto aperta, che

raccoglie le indicazioni della Commissione Warnock – istituita dopo la nascita della prima «bambina in provetta» – sia per la ricerca che per la fecondazione assistita. Nel 2008 la legge è stata modificata ed è stato eliminato l'obbligo per le cliniche della fertilità di considerare "l'esigenza di avere un padre" per il nascituro, sostituendolo con la definizione volutamente generica "the need of supportive parenting", ovvero l'esigenza di un genitore partecipe, che dia sostegno; in particolare il codice deontologico dell'istanza medica incaricata di far rispettare la legge britannica stabilisce che si deve tener conto della presenza, nell'entourage della futura madre, di una persona che possa condividere la responsabilità dell'educazione del bambino.

SPAGNA: La prima legge che regola la materia è del 1987 successivamente modificata nel 2003 poi ancora nel 2006. L'accesso all'inseminazione artificiale, sia omologa che eterologa, è consentita alle coppie sposate e conviventi, nonché alle donne singole purché vi acconsentano in modo libero e cosciente. Ammesse anche la donazione di ovuli e la fecondazione sia eterologa che post-mortem nonché la crioconservazione. La donazione di gameti ed embrioni non può avere carattere lucrativo o commerciale, ed è consentito dare ai donatori/trici solo un compenso economico che ne risarcisca l'impegno fisico e di tempo. Il bambino, i suoi rappresentanti legali e i riceventi hanno diritto a ottenere informazioni generali sul donatore/trice ma non a conoscerne l'identità; l'identità del donatore/trice potrà essere rivelata solo in circostanze

eccezionali che comportino un sicuro pericolo di vita o sanitario per il bambino.

AUSTRIA e SVEZIA: Ammettono fecondazione omologa ed eterologa (Austria non in vitro) per le coppie sposate o conviventi, ma non per le donne sole. Peculiarità di questi due paesi è che in caso di fecondazione eterologa i dati del donatore non sono coperti dall'anonimato, ma possono essere conosciuti dalla persona nata appena raggiunta la "sufficiente maturità"; in Austria a 14 anni.

GRECIA: Nel 2002 allineandosi alle legislazioni più avanzate è stata adottata la legge 3089/2002 successivamente modificata nel 2005 con la legge n. 3305 che consente l'assistenza medica per rimediare alla sterilità e all'infertilità o per evitare la trasmissione di malattie genetiche gravi. Anche la scelta del sesso viene ammessa solo per evitare la trasmissione di patologie legate al sesso. Possono accedere alla tecniche coppie sposate o conviventi e il consenso può essere revocato fino al momento del trasferimento in utero. È possibile anche la fecondazione cosiddetta post mortem, cioè con seme del coniuge o del convivente nel frattempo deceduto, ma solo dietro autorizzazione del giudice e se era stato dato un consenso scritto prima della morte. In casi eccezionali, e sempre con l'autorizzazione del giudice, si può ricorrere all'utero di un'altra donna, a titolo gratuito e con il consenso di tutte le persone interessate. La coppia decide sul destino degli ovuli fecondati e crioconservati. È consentita la fecondazione eterologa e per i donatori di gameti è garantito l'anonimato, ma con la possibilità per la per-

sona nata di accedere ai dati in caso di necessità.

BELGIO: L'accesso all'inseminazione artificiale, sia omologa che eterologa, è consentita alle coppie sposate e conviventi, eterosessuali e omosessuali, nonché alle donne singole. E' prevista la donazione di gameti (seme e ovociti), in forma anonima e gratuita (al netto di un rimborso spese).

DANIMARCA: Con il voto del 2 giugno 2006 il parlamento danese ha approvato l'inseminazione artificiale gratuita negli ospedali per le coppie di lesbiche e per le single. La donazione di seme e di ovociti è consentita mentre è vietata la donazione di embrioni. La legge prevede che almeno uno dei genitori sia legato geneticamente al bambino, quindi è vietata la donazione simultanea di seme e ovociti.

Le legge dell'1 ottobre 1997, superata da quella approvata il 2 giugno 2006, vietava ai medici l'inseminazione di donne che non fossero sposate o comunque conviventi con un uomo.

Una curiosità: il 6 ottobre 1999 Nina Stork, ostetrica, ha aperto una clinica per dare alle donne single la possibilità di accedere legalmente alla inseminazione artificiale con seme di donatore anonimo (che viene sottoposto ad esami clinici per escludere patologie). La pratica era perfettamente legale anche con la legge 1.10.1997 perché l'inseminazione era (ed è) effettuata da ostetriche o da infermiere specializzate (che seguono rigidi protocolli) piuttosto che da medici. Tutte le donne che ne fanno richiesta indipendentemente dalla loro etnia, cultura, religione, stato civile e

orientamento sessuale, sono ammesse all'I.A. con la precisazione che nella clinica non vi è possibilità di praticare fecondazione in vitro.

FINLANDIA: L'accesso alla PMA è consentito sia alle coppie eterosessuali coniugate o conviventi, sia a coppie lesbiche e a donne single. La donazione di gameti (seme e ovociti) e di embrioni sovrannumerari sono consentite in forma gratuita e non anonima: il donatore/trice può ricevere solo una somma "ragionevole" a titolo di rimborso spese e ogni eventuale accordo di pagamento tra le parti è nullo. Abolito l'anonimato, la legge ha previsto l'istituzione di un registro dei donatori/trici e la possibilità da parte del figlio, al raggiungimento dei 18 anni, di conoscere l'identità del donatore (o dei due donatori, in caso di donazione di embrioni).

OLANDA: È ammesso l'accesso alla PMA anche per le donne single.

In base alla legge del maggio 2002, i centri devono fornire alla "Stichting Registratie Donorgegevens" ("Registro nazionale delle informazioni sulle donazioni") i dati relativi alla donne rimaste incinte con una donazione (nome e cognome, data di nascita, indirizzo).

La legge prevede che il bambino, compiuti i 16 anni di età, possa chiedere di conoscere l'identità del donatore; il donatore può opporsi alla richiesta e in tal caso la decisione finale verrà presa da un tribunale. Tranne il figlio/la figlia, tuttavia, nessuno può ottenere informazioni sull'identità del donatore: la madre può chiedere

solo - una volta che il bambino sia nato - informazioni sulle caratteristiche fisiche del donatore; in caso di necessità, le informazioni sanitarie sul donatore possono essere richieste da medici autorizzati.

In nessun caso il donatore può essere ritenuto il padre del nato, benché ne sia il padre biologico, e non può rivendicare la paternità del bambino nato dal suo seme.

USA: Profonde differenze tra stato e stato. Generalmente, però, è ammessa sia la fecondazione omologa che l'eterologa. Diffusa anche la maternità surrogata. La locazione dell'utero è possibile in California e in qualche altro stato.

\*\*\*§\*\*\*><\*<\*><\*\*\*§\*\*\*

<p style="text-align: center;"><b>LA LEGGE 40/2004</b></p>
--

<p style="text-align: center;"><i>PRIMA</i></p>
---

L'Italia, sino all'approvazione della cosiddetta Legge 40 era priva di una qualsiasi regolamentazione giuridica in tema di fecondazione assistita. Come è facile intuire, tale carenza normativa si traduceva in una sostanziale anarchia secondo la quale il singolo medico poteva agire su tali problematiche in assenza di qualsiasi controllo ed obbligo. Infatti è solo con il Codice di Deontologia Medica approvato il 25 giugno 1995 che, vengono apposti dei limiti (tipo il divieto assoluto della maternità surrogata – art. 41) ancorché venisse consentita la fecondazione eterologa.

Si comprende chiaramente come il fenomeno “inseminazione artificiale” avesse (abbia!) scisso la sessualità dalla riproduzione determinando così situazioni nuove e diverse nelle quali l’evento della nascita prescinde dall’accoppiamento.

Con la conseguenza che si rendeva sempre più necessario sottoporre a verifica il principio che considera come madre la donna che ha partorito il figlio, e la presunzione che stabilisce come padre del figlio, nato da donna coniugata, il marito della stessa.

Ovviamente la giurisprudenza si è interessata sia alle conseguenze dell’inseminazione eterologa ovvero al caso delle madri su commissione con riferimento alla filiazione legittima ovvero naturale.

Molti e grossi problemi erano nati in ordine alla certezza della paternità. Infatti l’azione di disconoscimento dalla legge 40/2004 ammessa solo se sia violato il dovere di fedeltà si fondava sul *favor veritatis* cioè sulla prevalenza della verità sull’apparenza. In generale, nelle sentenze emanate sull’attribuzione di paternità prevaleva la paternità biologica: con variegate conseguenze quali la mancanza di un genitore nel figlio il cui padre biologico è anonimo (a meno che il marito della madre non ricorra all’adozione!), oppure la possibilità data al marito di disconoscere il figlio nato da un rapporto sessuale avuto col suo esplicito consenso dalla moglie con un terzo.

Le cose poi sono cambiate, e nel caso in cui però ci fosse stata la preventiva accettazione da parte del marito della fecondazione eterologa, il bene-verità passava in secondo piano rispetto alla tutela

del minore che vantava un fondamentale diritto al rapporto di filiazione “comunque sorto”. È stato ritenuto applicabile il principio di correttezza dei rapporti giuridici (quello comunemente applicato al contratto) e poiché trattasi di rapporti di famiglia, detti principi di correttezza devono essere integrati dalla solidarietà e interpretati come reciproco rispetto.

Come ho accennato anche nella maternità vacillava il principio secondo il quale *mater semper certa est*, perché si verificavano casi di contrasto fra madre uterina e madre genetica (artt. 232 – 269 c.c.)

È stato ritenuto che la donazione dei gameti non influiva minimamente: se una donna donava l’ovulo e questo veniva utilizzato non si creava nessun legame con il feto perché esso non le apparteneva.

Quindi in base agli artt. 232 e 269 c.c. poiché è madre del nascituro solo la donna che partorisce, nascevano forti conflitti nel caso di maternità surrogata (o utero in affitto).

Quando si parla di maternità surrogata si intendono quei casi in cui una coppia sterile (con donna sterile) commissiona una gravidanza con seme dell’uomo; oppure nell’utero di una donna (portante) viene impiantato un embrione formato da gameti di una coppia; nel caso di utero in affitto la donna (terza) fornisce anche l’ovulo oltre che l’utero.

La donna si impegna a portare avanti la gravidanza e poi consegnare il nato alla coppia.

L'accordo, fino al 2000 (come appresso si dirà) era stato ritenuto irrilevante nel mondo giuridico e la donna non era in alcun modo obbligata a consegnare il figlio alla coppia.

Poteva succedere che se la madre surrogata non riconosceva il figlio alla nascita, e neppure il padre effettuava il riconoscimento, venisse dichiarato dal Tribunale per i Minori lo stato di abbandono e il bimbo veniva dato in adozione.

Queste pratiche, che hanno anche attualmente una certa diffusione, non sono generalmente di pubblico dominio: lo divengono solo qualora, dopo il parto, tra la coppia committente e la partoriente nascano dei problemi, generalmente di tipo economico.

Emblematica la vicenda statunitense nota come "IL CASO BABY M."

Due coniugi attraverso la mediazione di un centro per la sterilità si accordarono con una donna disponibile a farsi fecondare con il seme del marito e a consegnare loro il bambino. Alla nascita, intervenuto il pentimento della donna, i coniugi si rivolsero al giudice chiedendo la consegna della bambina. Secondo la Corte statunitense il contratto era stato concluso in piena autonomia e con la precisa specificazione di quale sarebbe stato il futuro della bambina.

La Corte precisò inoltre, che una volta avvenuto il concepimento l'accordo per la surrogazione (negozio valido) era suscettibile di azione forzata e per conseguenza ordinò la consegna della bimba ai due coniugi.

La Corte Suprema però riformò detta decisione precisando che l'accordo di surrogazione è lecito e legittimo quando è il risultato di un atto di liberalità della madre "portante" ma che può essere revocabile (anche dalla sola madre portante).

Tuttavia la bimba rimase affidata ai genitori committenti in quanto ritenuti più idonei ad assicurarle una crescita più serena ed equilibrata. E' nato un caso di decisione cerchiobottista.

Altrettanto interessante dal punto di vista della carenza legislativa (ancorché straniera) è un'altra vicenda decisa dalla Corte Californiana il 27 agosto 1997: Stato della California – Contea di Orange – noto come il caso di una bambina "Nata in provetta figlia di nessuno" pur con cinque potenziali genitori.

La gravidanza è stata portata a termine da una donna (A) su commissione di una coppia (B e C) tramite impianto nell'utero di un embrione formato da gameti di due donatori (D e E).

Il concepito si è ritrovato con cinque potenziali genitori.

Escluso qualunque diritto dei donatori e anche quello della donna portante, il problema si presentò al termine della gravidanza poiché i coniugi commissionanti avevano iniziato una causa di divorzio e nessuno dei due, alla nascita del concepito, voleva riconoscere il bambino, né era disposto a mantenerlo.

Per la legge californiana nessuna di loro era obbligato perché non erano genitori naturali e/o biologici e/o adottivi.

La Corte californiana ha dovuto quindi escludere l'obbligo di questi ex coniugi e occuparsi del bambino che pur avendo potenzial-

mente cinque genitori è rimasto senza nessuno.

Questi appena illustrati sono comunque “casi limite”, la realtà è diversa.

\*\*\*§\*\*\*><\*<\*><\*\*\*§\*\*\*

IN ITALIA: Fino alla legge n. 40/2004 la pratica della maternità surrogata in pratica non era né vietata né legalizzata ma i contratti sono stati considerati dalla giurisprudenza e dalla dottrina nulli per mancanza nell’oggetto dei requisiti della possibilità e della liceità ex artt. 1346 e 1418 2° comma del c.c. e per conseguenza madre è sempre stata considerata colei che dava alla luce il figlio.

Un caso sempre “limite” che ha fatto notizia nel 1997, ha riguardato proprio una maternità surrogata: “Un utero, due figli, e 5 genitori” (La Repubblica 7.3.1997). Si è trattato del primo intervento riuscito in Italia di impianto nel grembo di due embrioni provenienti da due diverse coppie sterili. “Entrambe le madri biologiche non avrebbero potuto avere una gravidanza autonoma: ad una delle due donne l’utero era stato asportato due anni prima, mentre l’altra, cardiopatica dall’adolescenza, non sarebbe riuscita a portarla a termine.” Tutte le fasi dell’operazione, però, sono state eseguite in Svizzera da un noto ginecologo italiano, dato che in Italia il Codice Deontologico Medico vietava la tecnica. In una nota rilasciata dalla madre surrogata si leggeva: *ho prestato il mio corpo non per soldi ma per amore.*

Ritornando alle questioni giuridiche che si dibattevano in dottrina

e in giurisprudenza in connessione alle tecniche di procreazione assistita, esse concernevano la rilevanza del consenso del marito alla fecondazione eterologa della moglie, rispetto al successivo esperimento dell'azione di disconoscimento della paternità del bambino nato e registrato come figlio legittimo della coppia.

Al riguardo particolare importanza aveva avuto la sentenza del Tribunale di Napoli (sez. I, 24 giugno 1999) la quale ha stabilito che "il marito che ha validamente concordato, o comunque manifestato, il proprio preventivo consenso alla inseminazione assistita eterologa della moglie, non ha azione per il disconoscimento della paternità del bambino concepito e partorito in esito a tale inseminazione, non essendo nella fattispecie applicabile l'art. 235 c.c.".

Quest'ultimo articolo, infatti, avendo quale presupposto la *impotentia generandi* del marito, collega la nascita del figlio ad un adulterio della madre, situazione questa del tutto diversa dalla fecondazione senza la partecipazione del marito all'atto generativo.

Il Tribunale partenopeo in primo luogo ha avuto la necessità di tutelare nel miglior modo possibile il minore nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo, e che è pertanto tenuto ad assumersi tutte le conseguenti responsabilità, ed in secondo luogo di garantire il rispetto delle convenzioni internazionali stipulate dall'Italia in materia.

Sarebbe stato infatti inconcepibile ed inaccettabile considerare il figlio nato da inseminazione artificiale come frutto di un adulterio della moglie, poiché il consenso del marito alla fecondazione ren-

deva lo stesso comunque responsabile dell'evento nascita; per conseguenza una volta accertato che l'adulterio non ricorreva, non poteva essere contestato lo status di figlio legittimo solo perché nato da inseminazione eterologa.

Proprio alla stregua di tali presupposti è stata rigettata l'istanza di disconoscimento di un marito pentito, riconoscendo comunque la posizione di "padre" di questo "marito pentito" in quanto, pur non essendo egli il datore del seme, aveva voluto comunque giovare del seme altrui al fine di soddisfare un desiderio di paternità che comporta, però, una inevitabile ed irrinunciabile responsabilità.

Con questa sentenza del Tribunale di Napoli viene definitivamente superato il precedente e prevalente orientamento che riconosceva l'esperibilità del disconoscimento di paternità al marito sulla base dell'art. 235, comma 3, del codice civile, e che parificava l'inseminazione eterologa all'adulterio della moglie.

Così infatti il Tribunale di Cremona con sentenza del 17 febbraio 1994 (confermata dalla Corte di Appello di Brescia il 10 maggio 1995), che aveva riconosciuto al marito l'azione di disconoscimento di paternità, ricostruendo l'assenso alla fecondazione eterologa della moglie come una inammissibile rinuncia ad un'azione di status e negando alla moglie qualsiasi pretesa risarcitoria sulla base del principio "*qui iure suo utitur neminem laedit*".

Anche la Suprema Corte e la stessa Corte Costituzionale si sono pronunciate nell'attribuire rilievo giuridico al consenso prestato da entrambi i coniugi all'accesso a tecniche di procreazione assistita,

escludendo che il marito potesse proporre azione di disconoscimento di paternità nei confronti del bambino concepito con seme di donatore sconosciuto.

In particolare è importante ricordare come la Corte Costituzionale, con sentenza 347/98, avesse rigettato la questione di legittimità con riferimento agli articoli 2, 3, 29, 30 e 31 della Costituzione, sollevata dal Tribunale di Napoli con riferimento all'art. 235 comma 1, n. 2, nella parte in cui consentiva di esperire l'azione di disconoscimento di paternità al marito che, affetto da impotenza, avesse dato il proprio consenso all'inseminazione artificiale eterologa della moglie, in quanto la norma impugnata si riferisce esclusivamente al caso in cui la generazione segua ad un rapporto adulterino.

La Corte Costituzionale ribadiva che: *"constatato che rispetto all'ipotesi dell'inseminazione artificiale eterologa... emerge una situazione di carenza dell'attuale ordinamento, resta tuttavia, ferma...la necessità di tutelare anche la persona nata a seguito di fecondazione assistita, non solo in relazione ai diritti ed ai doveri previsti per la sua formazione, ma ancor prima in base ai suoi diritti di persona, verso chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendosene la responsabilità; pertanto, finché in via primaria il legislatore non individui un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti...compete al giudice ricercare nel sistema vigente l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni di rilevanza costituziona-*

le (sent. n. 347 del 22 settembre 1998, in *Giuris. Napolet.*, 8 – 9, 1999, 289)" , confermando in tal modo la centralità dell'interesse della prole in tema di dichiarazione di paternità o maternità naturale e di adozione.

Vero è che la Corte di Cassazione in altre pronunce in materia di disconoscimento aveva affermato l'esistenza, in materia, di due beni entrambi meritevoli di tutela: la verità legale e quella biologica, affermando che è compito del legislatore comporre in modo ragionevole l'equilibrio tra tali due beni, a seconda delle circostanze storiche e sociali.

L'altra questione dibattuta negli ambienti giurisprudenziali, coinvolgendo esperti, medici ed operatori del diritto è quella della "maternità surrogata", vale a dire l'affitto di un utero a richiesta di donne che per qualsiasi motivo non siano in grado o non vogliano portare a termine una gravidanza.

E' da rilevare, al riguardo, che i giudici di legittimità hanno più volte negato la liceità del c.d. "contratto di locazione d'utero", poiché nel nostro ordinamento non è rinvenibile un concetto di maternità o paternità negoziale, ed è invece imprescindibile, nel rapporto genitore – figlio, il legame genetico.

Particolarmente rivoluzionaria in materia è stata l'ordinanza 14 – 17 febbraio 2000 con la quale il giudice del Tribunale di Roma Chiara Schettini aveva autorizzato la pratica della maternità surrogata, ossia la fecondazione in un "utero per conto terzi", creando un precedente unico in Italia ed in gran parte dell'Europa, e che ha

determinato dubbi e riserve nello stesso Comitato Nazionale di bioetica nonché nel Ministro della Salute.

Partendo dal presupposto che in mancanza di una disciplina organica in materia il compito del giudice è quello di valutare in maniera globale la singola fattispecie, prendendo in considerazione tutti gli interessi coinvolti contrapposti, pur essendo costretto ad operare in un settore che coinvolge la sfera più intima della vita privata individuale e familiare, la pronuncia del Tribunale di Roma disponeva che: "attesa la liceità e meritevolezza dell'accordo intervenuto fra due coniugi ed un medico avente ad oggetto il trasferimento di embrioni crio – conservati dei primi, ottenuti mediante fusione di materiale spermatico degli stessi, per l'impianto nell'utero di donna consenziente, il giudice, al quale le parti hanno fatto ricorso ai sensi dell'articolo 700 c.p.c., può autorizzare il medico a effettuare tale trasferimento."

La storia è quella di una coppia romana che non può avere figli per una malformazione congenita all'apparato genitale della donna la quale, però, è in grado di produrre ovociti.

Nel 1995 la coppia decide, quindi, di procedere con la fecondazione in provetta con utero surrogato.

A tal fine si rivolge a un certo ginecologo (prof. Pasquale Billotta del Centro Alma Res) presso il quale viene svolta la prima parte della tecnica: la fecondazione dell'ovocita della donna con il seme dell'uomo ed il successivo congelamento dell'embrione.

Dopo quattro anni dal congelamento i coniugi trovano una donna

disponibile a farsi impiantare l'embrione nell'utero e portare avanti la gravidanza.

Poiché però il medico si rifiuta di praticare l'inseminazione, stante il divieto all'utero in affitto posto dall'articolo 42 del Codice deontologico dei medici sottoscritto nel 1995, i coniugi romani si rivolgono al tribunale.

Questa forma di "maternità surrogata" ha provocato aspre controversie sul piano scientifico, etico e giuridico.

Indubbiamente le tecniche di riproduzione hanno messo in crisi il tradizionale principio secondo cui "madre è colei che partorisce", modificando la nostra tradizionale, concreta e simbolica idea di maternità rendendo così inadeguate le norme.

Nelle undici pagine di motivazione, supportate da argomentazioni scientifiche, etiche e sociali, il giudice di Roma ha posto alla base della sua decisione la considerazione che "il desiderio della maternità è un diritto e come tale va tutelato" e che il consenso di una donatrice "non mosso da intenti speculativi, non può essere vietato a priori".

Afferma inoltre il giudice che "l'abbandono della legge naturale che vuole "la donna – madre", gestante e partoriente, che pure lascia intravedere la possibilità di riconoscere ad ogni donna il diritto di essere madre senza gravidanza, che in alcuni casi può rappresentare un pericolo per la salute, induce a ridefinire il fenomeno della maternità ridisegandone i confini. La riflessione sul significato del concetto di maternità, oggi così profondamente mutato,

deve partire dall'affermazione codicistica, avvalorata dalla scienza medica e dall'osservazione tradizionale secondo cui madre è colei che partorisce. Ma le nuove tecniche di riproduzione – sottolinea il magistrato romano – mettono in crisi profonda tale concezione. Queste tecniche, che possono modificare la sequenza naturale dell'iter procreativo, fanno sì che partorisca colei che non è geneticamente madre".

Del resto non si può non riconoscere il nobile valore dell'impegno assunto dalla madre surrogata, ossia da colei che per nove mesi porterà in grembo il figlio di un'altra, che affronterà le gioie e i dolori di una gestazione e che al termine dei nove mesi metterà al mondo una creatura, rinunciando ad ogni diritto e responsabilità sulla stessa.

Tale impegno, testimonianza di solidarietà familiare, ossia determinato non da motivi speculativi e di commercializzazione, bensì dal più lodevole intento di soddisfare il bisogno e desiderio di maternità di una donna alla quale sarebbe invece negato per qualsivoglia motivo, non può non esser preso in considerazione ed in quanto tale tutelato".

Il giudice romano aggiunge che: "in un'ottica che concepisce la società come un organismo in continua evoluzione, ove sia rispettata l'autorealizzazione individuale, *deve essere riconosciuto, quale diritto fondamentale della persona, il diritto di diventare genitori e di valutare e decidere le scelte in relazione al bisogno di procreare, con la precisazione che lo status genitoriale può*

*trovare completezza nell'adozione ma anche nella trasmissione del proprio patrimonio genetico".*

*E continua ancora "Del resto è importante ricordare che la stessa Corte Costituzionale ha dichiarato che la vita umana deve essere tutelata sin dal suo inizio, riconoscendo quindi il diritto alla vita dell'embrione.*

*Ci si chiede se alla fecondazione artificiale omologa ed eterologa si applichi l'articolo 5 del codice civile secondo il quale gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino la diminuzione permanente dell'integrità fisica.*

*Orbene, ove si consideri che il legislatore ha previsto la possibilità e liceità di donazioni di organi tra soggetti vivi, si deve riconoscere che la donazione dell'utero, quando siano rispettate le condizioni di salute della madre surrogata e sia garantito un attento e duraturo controllo medico, non comporta alcuna diminuzione permanente dell'integrità fisica, non determinando una terapia antirigetto né, tantomeno, la morte del donatore.*

*Al contrario l'irrealizzato desiderio di maternità può comportare squilibri psichici dai risvolti patologici, in particolare modo per le donne.*

*Pertanto lo stesso articolo 5, vietando gli atti di disposizione del proprio corpo quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica o quando siano contrari alla legge, al buon costume ed all'ordine pubblico, implicitamente riconosce la liceità di tutti gli altri, anzi tale potere di disposizione trova il suo fon-*

*damento in altri principi costituzionali quali: l'art. 2, tutela dei diritti fondamentali dell'individuo; art. 3, 2° comma, impegno a rimuovere ogni ostacolo allo sviluppo della personalità; art. 32 tutela della salute quale diritto fondamentale dell'individuo.*

*In altri termini, non si può limitare la libertà di scelta di persone consapevoli ed informate che decidono, per solidarietà umana, di aiutare persone altrettanto consapevoli. La nostra coscienza potrà portarci ad essere o meno favorevoli, ma devono in ogni caso esistere norme a tutela del nascituro e delle donne.*

*L'unico, fondamentale limite riguarda la remunerazione: ammettere un corrispettivo, infatti, significherebbe sminuire e stravolgere il valore di un gesto caratterizzato da spirito di liberalità e che, prevedendo un pagamento, si trasformerebbe in un inammissibile mercimonio.*

*Il contratto di maternità surrogata, quindi, deve essere ricondotto entro lo schema del contratto atipico dovendo l'interesse meritevole di tutela, richiesto dalla legge quale limite all'autonomia contrattuale, legittimamente individuarsi nell'aspirazione della coppia alla realizzazione come genitori, alla quale si collega direttamente il diritto alla procreazione: di conseguenza, è proprio alla meritevolezza degli interessi sottoposti che il giudice deve fare riferimento nel momento in cui è chiamato a valutarne la validità".*

Questa straordinaria decisione suscitò uno scalpore enorme: l'allora Ministro Rosi Bindi ricorse all'Avvocatura di Stato, la Procura

ricorse inutilmente in Tribunale, mentre il Forum delle associazioni familiari (cattoliche) chiese l'impugnazione della decisione.

Tuttavia, l'ordinanza del giudice dott.ssa Schettini è stata confermata dalla decisione con la quale l'undicesima sezione del Tribunale civile di Roma (ordinanza 27 – 29 marzo 2000) nel rigettare il reclamo presentato dalla procura della Repubblica di Roma, ha dato il via libera all'utero in affitto.

Ciò nonostante i due coniugi hanno deciso di fare altrimenti. Trattandosi di provvedimento concesso ai sensi dell'art. 700 c.p.c. si sarebbe dovuto discutere la vicenda nel merito davanti al Tribunale di Roma i coniugi hanno posto fine alla questione e proseguendo il loro sofferto cammino in uno dei paesi europei dove è previsto dalla legge.

#### **LA LEGGE 40/2004**

#### *DOPO*

Lo sforzo attuato per disciplinare la materia ha sollevato importanti critiche sia da parte del mondo scientifico che sociale, politico e religioso.

Tale contraddittorio, come noto, è sfociato nel referendum del 12 e 13 giugno 2005 proposto al fine di approvare alcune modifiche da apportare alla legge stessa.

I radicali, subito dopo l'introduzione della nuova legge, avviarono una raccolta di firme per chiedere cinque referendum abrogativi, totalmente o parzialmente, della legge 40. La raccolta di firme fu

coronata da successo. I cinque quesiti riguardavano: l'abrogazione totale della legge 40; l'abrogazione delle norme che vietano la ricerca scientifica; l'abrogazione delle norme che mettono a repentaglio la salute della donna; l'abrogazione delle norme che equiparano i diritti del concepito a quelli della donna; l'abrogazione delle norme che vietano la fecondazione eterologa.

Il 5 gennaio 2005 il Governo decise di ricorrere alla Corte Costituzionale contro il referendum.

Il 13 gennaio la Consulta ammise quattro referendum su cinque, bocciando solo il quesito che richiedeva l'abrogazione totale della legge. La consultazione si svolse nelle giornate del 12 e 13 giugno 2005, il risultato fu negativo: si recò alle urne solo un quarto della popolazione avente diritto. Nonostante la prevalenza dei "Sì" il risultato fu vanificato dal mancato raggiungimento del quorum.

In poche altre occasioni il mondo politico, religioso, culturale e sociale si era mobilitato su una tematica di ordine medico: occorre tornare indietro di oltre un ventennio, sino alla legge sull'aborto per trovare un analogo tema di discussione e di confronto fra parti sociali, politiche, religiose e mondo scientifico. Per certi versi, comunque, queste due leggi sono molto simili sia per la delicatezza scientifica dei temi affrontati, sia perché, pur riguardando due aspetti distinti, sono incentrate entrambe su un unico punto che si potrebbe sintetizzare nel cosiddetto "diritto alla vita".

Nei principi generali della legge 40 emerge la finalità normativa intesa come possibilità di cura, attraverso una metodologia biolo-

gica, della sterilità, laddove sia impossibile il concepimento per le vie naturali ovvero sussistano cause ostacolanti anche i normali rimedi terapeutici

Leggendo l'art. 1 si comprende che lo "stato di necessità" biologico (impossibilità allo "*jus procreandi*"), garantisce la possibilità di intraprendere un percorso terapeutico il cui atto finale è la Fecondazione Medicalmente Assistita.

Dal punto di vista legislativo la novità assoluta di tale legge consiste nell'affermazione di parità giuridica di tutte le parti in causa, ivi compresa, oltre a quella dei procreandi, quella del nascituro.

La legge 40/2004 nel suo impianto originario (a detta di molti, una delle leggi più retrograde del pianeta):

escludeva la fecondazione eterologa (art. 4 comma 3),

consentendo però l'inseminazione in vitro omologa

limitava ( e limita) la fecondazione assistita alle coppie eterosessuali in età fertile e solo in presenza di accertata sterilità o infertilità (art. 5),

vietava il congelamento degli embrioni (art. 14, comma 1);

assicurava i diritti del concepito ma costringeva la madre a subire l'impianto anche degli embrioni malati(art. 14, comma 2) ;

vietava la ricerca scientifica sugli embrioni (art. 13 comma 2);

ammetteva l'obiezione di coscienza (art. 16);

prevedeva sanzioni amministrative e penali (art. 12)

prevedeva il disconoscimento di paternità e il divieto di anonimato della madre (art. 9);

Il quotidiano francese Le Monde la definì "una legge burqa".

L'irragionevolezza di tali norme è stata evidenziata e portata all'attenzione dei media da numerosi casi di cronaca.

Con una nota sentenza del maggio 2004, il Tribunale di Catania respinse la richiesta di una coppia di coniugi (portatori sani di betatalassemia) di impiantare solo embrioni sani: secondo il giudice Felice Lima “gli ovuli fecondati vanno impiantati, anche se c’è il rischio che possano essere portatori di malattie genetiche”.

Un'altra coppia preferì quindi recarsi a Istanbul (Turchia, che al pari dell'Italia e unitamente alla Lituania vieta l'eterologa ma consente la diagnosi pre-impianto) per permettere alla madre di essere fecondata con gli embrioni “sani”, in grado di salvare il figlio talassemico.

Nel maggio del 2005 furono proposti tre ricorsi al TAR Lazio per l'annullamento delle Linee Guida 2004 del Ministero della Salute (art. 7 legge 40) in ordine alla limitazione dell'analisi osservazionale degli embrioni. Detti ricorsi sono stati rigettati.

Il dilemma tra salute della donna e tutela dei “diritti dell’embrione” è emerso chiaramente nel caso di una signora di Cagliari, non disponibile a rischiare di avere un figlio talassemico né a ricorrere all’aborto terapeutico. Il Tribunale civile di Cagliari ritenne fondato il problema della legittimità dell’articolo 13 (che nega la possibilità di diagnosi pre-impianto) e inviò gli atti alla Corte Costituzionale la quale, con ordinanza n. 369 del 9 novembre 2006, dichiarò inammissibile il quesito.

Successivamente, nel settembre 2007, sempre il Tribunale di Cagliari accolse un ricorso con la richiesta di procedere alla diagnosi pre-impianto, mediante lettura costituzionalmente orientata.

Nel gennaio 2008 fu il TAR del Lazio ad annullare per eccesso di potere le Linee Guida 2004, con particolare riguardo al divieto di diagnosi preimpianto agli embrioni, chiedendo nuovamente alla Consulta di pronunciarsi sulla costituzionalità della legge.

Sorgono a questo punto altri gravi problemi di incostituzionalità per il trasferimento contemporaneo di TUTTI gli embrioni che non possono essere crioconservati

Alcuni tribunali fra cui quello fiorentino (giudice estensore dell'ordinanza dott.ssa Mariani) rimettono la questione alla Corte Costituzionale.

La sentenza della Corte Costituzionale 1 aprile - 8 maggio 2009 n. 151 ha infine giudicato illegittima la disposizione della legge 40/2004 che fissa a tre il numero massimo di embrioni impiantabili durante i processi di fecondazione artificiale, con obbligo di trasferimento contemporaneo di tutti i gameti.

La Consulta ha altresì dichiarato illegittimo l'articolo 3, laddove la legge ha ommesso di precisare che il trasferimento di embrioni deve essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna. Sicuramente è stato un grosso passo avanti per la tutela della salute fisica della donna.

Di passaggio si può anche evidenziare che sono stati ristabiliti due concetti principi :

- l'autonomia e la responsabilità del medico nella scelta del numero di embrioni da trasferire;
- la possibilità di congelamento (crioconservazione) degli embrioni generati ma non impiantati (soprannumerari); precedentemente la legge la consentiva ai casi in cui la donna, durante i cicli di trattamento, si fosse ammalata gravemente.

Non era stato portato alla Consulta il problema relativo al divieto di inseminazione eterologa.

Recentemente il 1 aprile 2010, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sezione 1 (ora al vaglio della Grand Chambre) ha stabilito che nel legiferare devono essere vietati tutti i trattamenti discriminatori e deve essere rispettata la Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo e per tali motivi condanna l'Austria per il divieto di fecondazione eterologa contenuta nella legge 275/1992 promulgata in materia.

A seguire sempre nel 2010 altri tribunali (Catania, Firenze) hanno sottoposto nuovi dubbi di legittimità costituzionale alla Corte.

Il tribunale civile di Milano è stato il terzo a sollevare la questione di incostituzionalità relativa alla parte della legge 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita che vieta la fecondazione eterologa.

Nei mesi scorsi anche i giudici di Catania e di Firenze, infatti, hanno eccepito l'incostituzionalità della norma, su ricorso di coppie sterili desiderose di avere un bambino utilizzando materiale genetico di un donatore anonimo.

A breve, inoltre, anche il Tribunale di Bologna dovrebbe rimandare la questione alla Consulta: ai giudici emiliani si sono infatti rivolte altre due coppie sterili.

La coppia che si è rivolta al tribunale di Catania è siciliana.

Il marito ha 40 anni e la moglie 37. Quest'ultima non può avere figli a causa di una menopausa precoce. Hanno tentato per molto tempo di avere figli con la fecondazione assistita in Italia e si sono anche rivolti all'estero, senza successo.

La coppia che ha invece presentato ricorso a Firenze presenta un problema di sterilità maschile, legata a un disturbo chiamato azoospermia totale". Esattamente quello che affligge la coppia che si è rivolta al tribunale di Milano, lo stesso che ha sollevato il dubbio di incostituzionalità (ordinanza n. 163 del 2 febbraio 2011).

Nel caso delle coppie che hanno fatto ricorso al tribunale di Bologna, che deve ancora emettere la sua ordinanza, si tratta di una coppia siciliana e di una bolognese, entrambe composte da persone molto giovani e in cui il marito è sterile.

## CONCLUSIONI

La legge 40/2004, così come modificata dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, mantiene un impianto che tuttora crea notevoli problemi di interpretazione. Certo è che dall'analisi dei dati che ho raccolto emerge che le coppie che si rivolgono ai centri italiani di procreazione medicalmente assistita sono diminuite sensibilmente mentre si è notevolmente incrementato (addirittura

quadruplicato) il cosiddetto "turismo procreativo" altrimenti detto "viaggio della speranza".

Dai dati evidenziati emerge altresì che le coppie italiane non vanno all'estero per effettuare trattamenti "estremi", ma solo per cercare di avere un figlio all'interno di una coppia stabile, eterosessuale e in normale età riproduttiva.

Questo risultato dovrebbe indurre a riflettere sulla natura, sull'entità e perché no, anche sulla ricerca della soluzione del problema. La fecondazione assistita per la verità dovrebbe essere considerata come un metodo riproduttivo, alternativo a quello tradizionale quando quest'ultimo non sia praticabile.

Concludo questa mia modesta relazione ringraziando l'Osservatorio e la Fondazione per aver dato a me e ai relatori che parleranno dopo di me la possibilità di discutere del problema e di portarlo all'attenzione di questa gentile quanto paziente platea.

Chiudo davvero citando uno stralcio della discussione all'interno del Comitato presieduto da Mary Warnock dove lei stessa osserva: "Una delle domande poste al Comitato era se la ricerca in quel campo dovesse continuare e, in caso di risposta affermativa, in che modo dovesse essere regolamentata. Sul problema della regolamentazione fu abbastanza difficile trovare un accordo, ma non avemmo dubbi sulla questione fondamentale se dovesse essere consentita la ricerca".

E sulla fecondazione: "Anche se talora furono avanzati argomenti sulla sovrappopolazione complessiva del mondo, nessuno di essi

fu rilevante per la questione se individui che soffrono per una condizione curabile [...] debbano essere aiutati, se possibile, a diventare genitori. È sempre molto difficile mettere insieme argomenti generali o globali con casi individuali”. Seguendo questo filo di ragionamento, che possiamo sintetizzare nella formula che abbiamo già adoperato in altri momenti, della “responsabilità individuale e di coppia”, la legge ha stabilito di consentire la fecondazione eterologa non solo per le donne sposate o conviventi, ma anche per le nubili.

Pare inconcepibile che si possa donare il sangue, il midollo osseo, un rene, un pezzo di fegato ma non uno spermatozoo.

Allegati: 50 slides

Firenze, 30 settembre 2011

avv. Maria Silvia Agatau