

**Osservatorio Nazionale sul
Diritto di Famiglia
avvocati di famiglia
sezione territoriale di Firenze**

**Fondazione per la Formazione
degli avvocati di Firenze**

Convegno 30 settembre 2011

*PROCREAZIONE MEDICALMENTE
ASSISTITA*

LEGGE 19.02.2004 N.40

AVERE UN FIGLIO IN ITALIA

DESIDERIO LEGITTIMO MA NON SEMPRE
LECITO: PERCHE ?

MARIA SILVIA AGATAU

LA LEGGE N.40/04 : VICENDE
GIURIDICHE E UMANE PRIMA E DOPO
LA LEGGE

VICENDE GIURIDICHE E CASI

PRIMA DELLA
LEGGE 19 FEBBRAIO 2004 N. 40

A faint, semi-transparent image of two hands shaking is visible in the background, centered behind the text. The hands are rendered in a light teal color, matching the overall theme of the slide.

Caso Louise Brown

Il 25 luglio 1978 nacque Louise Brown (passata alla storia come la prima «bambina in provetta») grazie alla fecondazione *in vitro*. Al dott. Robert Edwards all'età di 85 anni, il 4 ottobre 2010, è stato assegnato il premio Nobel per la medicina.

Dal 1978 – secondo recentissime stime – sono nati con questa tecnica oltre 4 milioni di bambini

COSA ACCADE ALL'ESTERO?

- Le leggi europee 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**, bandita 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 Stati a emanare una legge in materia di fecondazione assistita.
- A seguire **l'Inghilterra nel 1990, l'Austria nel 1992 e la Francia nel 1994**, la Grecia nel 2002 e da ultimo l'Italia nel 2004.
- Alcuni Stati hanno poi modificato nel corso degli anni dette leggi (nel 2008 l'Inghilterra e nel 2011 la Germania)

DIFFERENZE NORMATIVE NELLE NAZIONI EUROPEE

- In Italia, Germania (se autorizzate), Austria e Svezia, è permesso l'accesso alla PMA a tutte le coppie sposate o conviventi, la Francia, accetta solo coppie che convivono da almeno due anni);
- nel Regno Unito, Spagna, Grecia, Belgio, Danimarca, Finlandia, Olanda, è invece possibile la PMA anche per le donne singles.
- Tranne che in ITALIA, LITUANIA E TURCHIA, seppur con limitazioni è ammessa la fecondazione eterologa

**NASCONO I PRIMI PROBLEMI
RELATIVAMENTE ALLA
FILIAZIONE**

**VIENE SCISSA LA SESSUALITÀ DALLA
RIPRODUZIONE**

**DETERMINANDO COSÌ SITUAZIONI NUOVE
E DIVERSE NELLE QUALI L'EVENTO
DELLA NASCITA PRESCINDE
DALL'ACCOPPIAMENTO**

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.

Tuttavia la bimba rimase affidata ai genitori committenti in quanto ritenuti più idonei ad assicurarle una crescita più serena ed equilibrata.

ALTRO CASO: 5 POTENZIALI GENITORI “Nata in provetta figlia di nessuno”

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 ne 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 potenzialmente cinque genitori è rimasto senza nessuno.

E in Italia?

“Un utero, due figli, e 5 genitori”

La Repubblica 7.3.1997

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”

Sentenza del Tribunale di Napoli (sez. I, 24 giugno 1999)

“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.”

PRESUNZIONE DI CONCEPIMENTO E DISCONOSCIMENTO DI PATERNITÀ artt. 232 – 235 C.C.

PREVALE LA VERITA' SULL'APPARENZA

TRIBUNALE DI ROMA, SENTENZA APRILE 1956

TRIBUNALE DI MONZA, OTTOBRE 1989

TRIBUNALE DI SALERNO, 1991

TRIBUNALE DI ROMA, 1992

TRIBUNALE DI CREMONA, 17 FEBBRAIO 1994

CORTE D'APPELLO DI BRESCIA 10 MAGGIO 1995
(CONFERMA IL TRIBUNALE DI CREMONA)

SUPERARE L'ANARCHIA

- IL 25 GIUGNO 1995 VIENE APPROVATO CODICE DI DEONTOLOGIA MEDICA;
- VENGONO STABILITI DEI LIMITI;
- COME IL DIVIETO ASSOLUTO DELLA MATERNITÀ SURROGATA – ART. 41);
- È CONSENTITA LA FECONDAZIONE ETEROLOGA.

Tribunale di Napoli, 14 marzo 1997

solleva questione di legittimità costituzionale

Il Tribunale di Napoli solleva questione di legittimità dell'art. 235 del c.c. in relazione agli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 della Costituzione, in quanto il 1° comma, numero 2, consentirebbe di esprimere l'azione di disconoscimento di paternità al marito che, affetto da impotenza nel periodo che va dal tredicesimo al centottantaseiesimo giorno prima della nascita del figlio concepito durante il matrimonio, abbia dato il proprio consenso all'inseminazione artificiale eterologa della moglie. Il giudice *a quo* presuppone che nell'attuale sistema, stante il tenore letterale della disposizione in esame, al consenso prestato dal marito all'inseminazione eterologa della moglie non possa essere collegato alcun affetto preclusivo dell'azione di disconoscimento, ove ricorra una delle ipotesi (nel caso, impotenza a generare) previste dalla legge. Ad avviso del giudice rimettere la norma anzidetta sarebbe in contrasto con gli evocati parametri costituzionale, in quanto: è interesse del minore non vedersi privato del nome, dell'identità personale e della stessa possibilità di avere un padre; risponde ai fondamentali principi costituzionali che ogni figlio abbia diritto ad essere mantenuto, istruito ed educato dai propri genitori, tali dovendosi considerare quelli che hanno preso la decisione della sua procreazione; mentre nessun rapporto di paternità potrebbe essere instaurato col padre biologico.

Corte Costituzionale, settembre 1998

Sentenza 22 – 26 settembre 1998 n. 347

La Corte Costituzionale conferma la legittimità costituzionale dell'art. 235 del c.c., sollevata con l'ordinanza emessa il 14 marzo 1997 dal Tribunale di Napoli ma stabilisce l'importante principio in ordine al quale l'art. 235 si applica esclusivamente al rapporto adulterino e l'inseminazione eterologa NON configura l'ipotesi di adulterio

VACILLA IL CONCETTO MATER SEMPER CERTA EST.....

artt. 232 – 269 c.c.

- Poiché è madre del nascituro solo la donna che partorisce, nascevano forti conflitti nel caso di la maternità surrogata (o utero in affitto).
- i giudici di legittimità hanno più volte negato la liceità del c.d. "contratto di locazione d'utero".

TRIBUNALE DI ROMA
ORDINANZA EX ART. 700 C.P.C.
14 -17 FEBBRAIO 2000

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, così motivava "attesa la liceità e meritevolezza dell'accordo intervenuto fra due coniugi ed un medico avente ad oggetto il trasferimento di embrioni crioconservati 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 70 c.p.c., può autorizzare il medico a effettuare tale trasferimento".

QUESTIONI DI LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE

il 13 gennaio 2005 sono stati ammessi quattro (dei cinque) referendum abrogativi, totalmente o parzialmente, della legge 40/2004.

Il risultato fu negativo nonostante la prevalenza dei “Sì”: il risultato fu vanificato dal mancato raggiungimento del quorum.

La legge 40/2004

- Nei principi generali della legge 40 emerge una finalità normativa intesa come possibilità di cura, attraverso una metodologia biologica, della sterilità, laddove sia impossibile il concepimento per le vie naturali ovvero sussistano cause che ostacolano i normali rimedi terapeutici
- All'art. 1 si delinea, infatti, ciò che si potrebbe definire come uno sorta di “stato di necessità” biologico da intendersi come impossibilità allo “ius procreandi” che consente di intraprendere un percorso terapeutico il cui fine è la Fecondazione Medicalmente Assistita.
- Dal punto di vista legislativo la novità assoluta di tale legge è consistita nell'affermazione di parità giuridica di tutte le parti in causa ivi compresa, oltre a quella dei procreandi, quella del nascituro.

Impianto originario della legge 40/2004

- 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);

Tribunale di Catania, maggio 2004

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

Roma, maggio 2005

Ben tre ricorsi al TAR del Lazio per l'annullamento e la modifica delle Linee guida del Ministero della Salute, con riferimento alla limitazione della sola analisi osservazionale degli embrioni prodotti, sono stati rigettati.

Tribunale di Cagliari, luglio 2005

A seguito di un ricorso d'urgenza di una signora cagliaritano, sulla possibilità di procedere alla diagnosi preimpianto e di non trasferire gli embrioni affetti da talassemia e di crioconservare gli embrioni per un ulteriore trasferimento, il tribunale di Cagliari rinviò gli atti alla Corte Costituzionale avente ad oggetto l'illegittimità dell'art. 13 comma 2 legge 40.

Con ordinanza 369 del 9 novembre 2006 la Corte dichiarò **inammissibile il quesito**. Il Pubblico Ministero intervenuto nel giudizio ritenne che fosse un diritto della coppia conoscere lo stato di salute dell'embrione.

La Corte Costituzionale ha rigettato la questione ritenendo che non fosse stata impostata correttamente l'eccezione di incostituzionalità da parte del giudice di Cagliari.

Cagliari, settembre 2007

Ricorso con la richiesta di procedere alla diagnosi preimpianto; il giudice accoglie il ricorso e consente alla coppia di effettuare la diagnosi preimpianto sul presupposto della diversa disciplina tra art. 13 (sui limiti alla ricerca) e art. 14 (sui limiti all'applicazione delle tecniche) della Legge 40.

Il giudice poggia la decisione sugli art. 3 e 32 della Costituzione, mediante una lettura orientata costituzionalmente. Dichiara che sussiste il diritto della coppia a essere messa a conoscenza dello stato di salute dell'embrione, peraltro previsto dall'art. 14 comma 5 della Legge 40 del 2004 e la non coercibilità del trasferimento nell'utero materno in virtù dell' art. 32 della Carta costituzionale.

TAR LAZIO, gennaio 2008

La sentenza n. 398 del 21 gennaio 2008 la Sezione Terza quater del TAR Lazio, per l'annullamento e la modifica delle Linee guida ex art. 7 l.40, in accoglimento ricorso, ha annullamento le Linee Guida nella parte in cui limitano alla sola analisi osservazionale sull'embrione; e ha rinvio alla Corte Costituzionale su eccezione di incostituzionalità dell'art. 14 commi 2 e 3 relativamente all'obbligo di creare e trasferire in un unico impianto i 3 embrioni prodotti

Altri problemi di costituzionalità

A seguito del provvedimento definitivo del TAR del Lazio che elimina i limiti alla diagnosi dell'embrione, i ricorsi che vengono presentati successivamente riguardano un altro punto controverso della Legge 40 e cioè l'obbligo di creare solo tre embrioni, di trasferirli tutti in un contemporaneo impianto e il divieto di crioconservazione degli embrioni non utilizzati nel trasferimento.

I casi presentati presuppongono la diagnosi preimpianto che impone - per essere efficace - la creazione di più embrioni in modo da scongiurare che i tre embrioni creati siano tutti affetti dalla patologia specifica di cui è portatrice la coppia.

Firenze, dicembre 2007

Ricorso di una coppia con grave patologia genetica per procedere alla diagnosi preimpianto e non trasferire gli embrioni affetti da esostosi multipla; accoglimento sui presupposti della sentenza di Cagliari e quindi diritto alla diagnosi preimpianto e alla crioconservazione degli embrioni non utilizzati.

Tribunale di Firenze, luglio 2008

Procedimento ordinario da parte di una coppia con grave patologia genetica con richiesta di non trasferire tutti gli embrioni e di crioconservare per un successivo impianto.

Il giudice dott.ssa Mariani rimette gli atti alla Corte Costituzionale sollevando questione di legittimità dell'art. 14 comma 1, 2 e 3 e art. 6 comma 3.

Tribunale di Firenze, agosto 2008

Ricorso d'urgenza di una coppia in cui uno dei coniugi è portatore di una patologia genetica tumorale, con la richiesta di poter procedere alla creazione di più embrioni rispetto ai tre indicati dalla legge e di non trasferirli tutti in un unico e contemporaneo impianto, così da poter effettuare la diagnosi preimpianto;

Il giudice dott. Delle Vergini rimette gli atti alla Corte Costituzionale sollevando questione di legittimità dell'art. 14 comma 1, 2 e 3 e art. 6 comma 3.

Tribunale di Milano, marzo 2009

Vengono depositati tre ricorsi su questioni inerenti la creazione di più embrioni in rapporto a malattie genetiche gravi al fine di effettuare la diagnosi preimpianto; vengono emesse due ordinanze con rinvio alla Corte Costituzionale su eccezione di incostituzionalità dell'art. 14, comma 1, 2, 3, e art. 6 comma 3; ma la Corte Costituzionale dichiara l'inammissibilità per avere già deciso sulle questioni (erano arrivate alla Corte troppo tardi).

Tribunale di Bologna, luglio 2009

Vengono presentati due ricorsi con richiesta di dare la possibilità di creare più embrioni per poter effettuare la diagnosi preimpianto.

Le richieste vengono accolte alla luce della sentenza 151 del 2009 della Corte Costituzionale.

Tribunale di Bologna, settembre 2009

Tre ricorsi presentati da coppie con patologie genetiche su questioni inerenti la creazione di più embrioni in rapporto a malattie genetiche gravi al fine di effettuare la diagnosi preimpianto. Non ancora decise.

SENTENZA

DELLA CORTE COSTITUZIONALE

N. 151 DEL 2009.

La Corte elimina l'obbligo di produrre solo tre embrioni e stabilisce l'obbligo di creare il numero di embrioni strettamente necessario alla condizione sanitaria della coppia e in particolare della donna.

Sempre in relazione ai rischi di salute della donna, viene stabilita una deroga al divieto di crioconservazione.

Ogni qualvolta sussiste un rischio, il medico può procedere alla crioconservazione e posticipare il trasferimento degli embrioni a un momento successivo, laddove tale rischio non sussista.

I principi che la Corte e i giudici hanno affermato sono:

Il diritto alla salute e quindi alla integrità psicofisica della donna che è coinvolta nelle metodiche della PMA; il diritto/obbligo da parte dei medici di decidere insieme alla coppia la metodica più appropriata e quindi anche il numero di embrioni da creare e trasferire, nonché crioconservare; la incoercibilità delle decisioni assunte dalla donna; l'affievolimento della tutela dell'embrione rispetto alla tutela della integrità psicofisica della donna.

La Corte Costituzionale

afferma che la legge 40, poiché considera come fine principale da perseguire quello di favorire le gravidanze, deve conseguentemente e ragionevolmente dettare le regole che non possono essere troppo rigide e che le norme della legge devono essere interpretate tenendo conto delle esigenze della procreazione, la tutela della salute della donna e la scelta di metodiche che non siano rischiose.

Tribunale di Salerno, gennaio 2010

Ricorso sulla possibilità di effettuare la diagnosi preimpianto per una coppia fertile portatrice di malattia genetica; accoglimento sulla base di una lettura costituzionalmente orientata e quindi in virtù dell'art. 3 e 32 della Costituzione, con riferimento al mutamento operato dalle Linee Guida adottate nel 2008.

Corte Costituzionale, febbraio 2010

Sui due casi arrivati dal Tribunale di Milano la Corte dichiara l'inammissibilità ritenendo di avere già deciso sulla materia.

Conferma quindi l'impostazione della sentenza
151/2009.

Art. 4 legge 40

DIVIETO DI FECONDAZIONE ETEROLOGA

Un altro articolo della legge 40 è al momento oggetto di ricorsi che sollevano la questione di illegittimità costituzionale circa il divieto assoluto di fecondazione eterologa mediante la donazione di gamete femminile o maschile in caso di sterilità assoluta di uno dei partner.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

STRASBURGO, 1 APRILE 2010

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 ha condannato l'Austria per il divieto di inseminazione eterologa contenuta nella legge 275/1992 promulgata in materia.

Tribunale di Bologna, maggio 2010

Primo ricorso depositato davanti al Tribunale di Bologna da parte di una coppia in cui il partner maschile ha una sterilità totale.

Il Tribunale di Bologna non ha ancora emesso nessuna ordinanza.

Tribunale di Firenze, settembre 2010

Giudice: dott. Paparo

La coppia che ha presentato ricorso a Firenze presenta un problema di sterilità maschile, legata a un disturbo chiamato “azoospermia totale”.

Il giudice dott. Paparo ha rimesso gli atti alla Corte Costituzionale sollevando questione di legittimità dell'art. 4 comma 3 per contrasto con gli artt. 117 e 3 della Costituzione.

Tribunale di Catania, ottobre 2010

Giudice: dott. Distefano

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.

Il giudice dott. Distefano ha rimesso gli atti alla Corte Costituzionale sollevando questione di legittimità dell'art. 4 comma 3, art. 9 commi 1 e 3, art.12 comma 1 per contrasto con gli artt. 117, 2, 3, 31 e 32 della Costituzione.

.

Tribunale di Milano, febbraio 2011

Ordinanza n. 163 del 2 febbraio 2011

I presupposti del ricorso presentato da una coppia di coniugi erano gli stessi portati dinanzi al Tribunale di Firenze.

Il Tribunale di Milano con ordinanza del 2 febbraio 2011 ha sollevato il dubbio di incostituzionalità dell'art. 4 comma 3, art. 9 commi 1 e 3, art.12 comma 1 per contrasto con gli artt. 117 comma 1, 2, 3, 29, 31 e 32 della Costituzione.

...Notevoli problemi di interpretazione...

La legge 40/2004, così come modificata dalla giurisprudenza Costituzionale e di Cassazione, mantiene un impianto che tuttora crea notevoli problemi di interpretazione.

“Il viaggio della speranza”

Dall'analisi dei dati che ho raccolto emerge che le coppie che si rivolgono ai centri italiani di procreazione medicalmente assistita sono diminuite mentre si è notevolmente incrementato (addirittura quadruplicato) il cosiddetto “turismo procreativo” altrimenti detto “viaggio della speranza”.

Semplicemente un figlio

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.

E quando non è possibile avere un figlio con il metodo tradizionale?

La fecondazione assistita dovrebbe essere considerata come un metodo riproduttivo, alternativo a quello tradizionale quando quest'ultimo non sia praticabile.

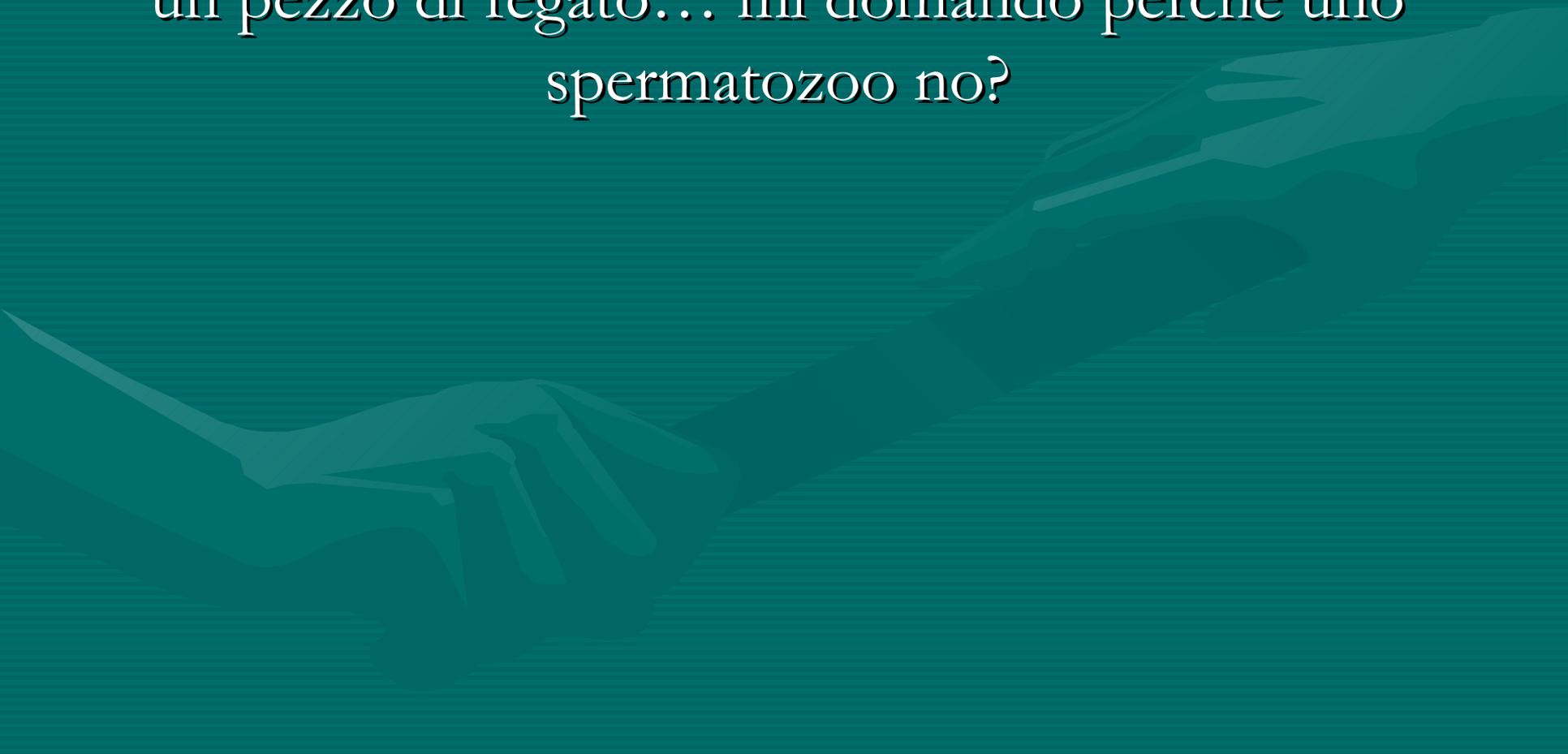
Comitato presieduto da Mary Warnock

“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

Perché uno spermatozoo no?

Si può donare il sangue, il midollo osseo, un rene,
un pezzo di fegato... mi domando perché uno
spermatozoo no?



Non fermiamolo ...



fecondazione - YouTube223.flv