



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA



Observatori de  
Bioètica i Dret  
Universitat de Barcelona



FLACSO  
ARGENTINA

## Revista de Bioética y Derecho

### Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu - ISSN 1886-5887

#### ARTÍCULO

**Problemi emergenti in Italia in tema di procreazione medicalmente assistita**

**Emergent Problems in Italy in the Matter of Assisted Reproductive Technology**

**Problemas emergentes en Italia en temas de reproducción médicamente asistida**

**Problemes emergents a Itàlia en temes de reproducció mèdicament assistida**

**CARLA FARALLI \***

#### OBSERVATORI DE BIOÈTICA I DRET DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA

La Revista de Bioética y Derecho se creó en 2004 a iniciativa del Observatorio de Bioética y Derecho (OBD), con el soporte del Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona: [www.bioeticayderecho.ub.edu/master](http://www.bioeticayderecho.ub.edu/master). En 2016 la revista Perspectivas Bioéticas del Programa de Bioética de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) se ha incorporado a la Revista de Bioética y Derecho.

Esta es una revista electrónica de acceso abierto, lo que significa que todo el contenido es de libre acceso sin coste alguno para el usuario o su institución. Los usuarios pueden leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir o enlazar los textos completos de los artículos en esta revista sin pedir permiso previo del editor o del autor, siempre que no medie lucro en dichas operaciones y siempre que se citen las fuentes. Esto está de acuerdo con la definición BOAI de acceso abierto.

\* Carla Faralli. Catedrática de Filosofía del Derecho, directora del Centro Interdepartamental de Investigación en Historia del Derecho, Filosofía y Sociología del Derecho e Informática Jurídica (CIRSFID) de la Università di Bologna, Italia. Presidenta de la Sociedad Internacional de Filosofía del Derecho. E-mail: [carla.faralli@unibo.it](mailto:carla.faralli@unibo.it).

\* Questo articolo é derivato da una presentazione realizzata nell'ambito del Seminario di bioetica ispano-italiano "El gobierno del cuerpo humano: entre ciudadanía y mercado", realizado a Barcellona el 4/21/2017, organizado nell'ambito del proyecto de investigación "Transferencias de material biológico de origen humano: aspectos sociales, jurídicos y bioéticos". Ref. DER2014-57167-P, IP Dr. Ricardo García Manrique, financiado dal Ministerio de Economía y Competitividad, Spagna.

## Resumo

La procreazione medicalmente assistita in Italia è regolamentata dalla Legge 40/2004 che nel corso degli ultimi dieci anni è stata oggetto di diversi interventi giurisprudenziali che ne hanno ridisegnato il volto tanto da farne un esempio di riscrittura giurisprudenziale di un testo normativo. Rimangono tutt'ora aperti vari problemi che impongono un ripensamento con riferimento al modello di famiglia, di genitorialità e all'esistenza di un diritto alla libertà procreativa. Le diverse correnti del femminismo hanno accolto in modo diverso l'avvento delle nuove tecnologie riproduttive, considerate come capaci di ampliare i diritti delle donne ma anche di aprire nuove forme di assoggettamento e sfruttamento.

**Parole chiave:** procreazione medicalmente assistita; maternità surrogata; legge 40/2004; diritto alla salute; diritto alla libertà procreativa.

## Abstract

Assisted reproductive technology (ART) in Italy is regulated under Law 40/2004, which over the last ten years has become the object of various court rulings that have reshaped it to such an extent as to make it an example of judicial rewriting of a statutory text. There still remain several open questions that make it necessary to rethink our model of the family and of parenting and the existence of a right to procreative freedom. Different currents in feminism have responded in a variety of ways to the advent of ART, on the one hand finding that these new technologies broaden the rights of women, while on the other arguing that they bring in new forms of subjugation and exploitation.

**Keywords:** assisted reproductive technology; surrogacy; law 40/2004; right to health; right to procreative freedom.

## Resumen

La tecnología de reproducción asistida (ART) en Italia está regulada por la Ley 40/2004. Ésta se ha convertido en los últimos diez años en objeto de varias resoluciones judiciales que la han ido remodelando hasta tal punto de convertirla en un ejemplo de reescritura judicial de un texto legal. Todavía quedan varias preguntas abiertas que muestran la necesidad de replantearnos nuestro modelo de familia y de crianza de los hijos y la existencia de un derecho a la libertad de procreación. Existen diferentes corrientes dentro del feminismo en relación a la ART, por un lado, puntos de vista que remarcan que estas nuevas tecnologías amplían los derechos de las mujeres, mientras que por otro lado, opiniones que manifiestan que esta tecnología trae nuevas formas de subrogación y explotación.

**Palabras clave:** tecnología de reproducción asistida; subrogación; ley 40/2004; derecho a la salud; derecho a la libertad de procreación.

## Resum

La tecnologia de reproducció assistida (ART) a Itàlia està regulada per la Llei 40/2004. Aquesta s'ha convertit en els últims deu anys en objecte de diverses resolucions judicials que l'han anat remodelant fins al punt de convertir-la en un exemple de reescriptura judicial d'un text legal. Encara queden varies preguntes obertes que mostren la necessitat de replantejar-nos el nostre model de família i de criança dels fills i la existència d'un dret a la llibertat de procreació. Existeixen diferents corrents dins del feminisme en relació a l'ART, per una banda, punts de vista que remarquen que aquestes noves tecnologies amplien els drets de les dones, mentre que per altra banda, hi ha opinions que manifesten que aquesta tecnologia comporta noves formes de subrogació i explotació.

**Paraules clau:** tecnologia de reproducció assistida; subrogació; llei 40/2004; dret a la salut; dret a la llibertat de procreació.

1. La procreazione medicalmente assistita, com'è noto, è pratica relativamente recente: i primi esperimenti risalgono alla fine degli anni '60 del secolo scorso, ma solo nel 1978 è nata in Inghilterra la prima bimba frutto di inseminazione artificiale, Louise Brown.<sup>1</sup>

Per lungo tempo in Italia non c'è stata alcuna normativa: la difficoltà di disciplinare tale pratica, al di là degli aspetti ideologici, da un punto di vista squisitamente giuridico, nasce dai molteplici problemi derivanti dalla proliferazione dei soggetti che intervengono nel processo riproduttivo, portatori di interessi in potenziale conflitto tra di loro (genitori biologici, embrione, nascituro, eventuali donatori di seme e ovulo, medici). Tale lacuna, per oltre vent'anni, è stata colmata in via giurisprudenziale e solo nel 2004 si è arrivati all'emanazione della Legge 40 ("Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"), approvata in via definitiva alla Camera dopo cinque ore di dibattito, con 277 voti a favore, 222 contrari e 3 astenuti.

L'impianto molto rigido della legge, a forte stampo repressivo, suscitò subito vari problemi e appena un anno dopo, nell'aprile del 2005, si aprì la campagna referendaria volta a dichiarare l'incostituzionalità dell'intera legge. La Corte costituzionale<sup>2</sup> bocciò però il referendum totale sulla base dell'assunto che la Legge 40 deve ritenersi una normativa costituzionalmente necessaria, in quanto prevede una prima regolamentazione organica in grado di assicurare un livello minimo di tutela a una pluralità di situazioni di rilevante interesse costituzionale, e ammise quattro referendum parziali riguardanti i punti più controversi della legge, quali la possibilità di accesso alla procreazione medicalmente assistita non solo alle coppie sterili ma anche a quelle affette da patologie geneticamente trasmissibili, i limiti alla ricerca sperimentale e il divieto di fecondazione eterologa. Il 12 e 13 giugno 2005 si tenne il referendum, che fallì per mancanza del quorum.<sup>3</sup>

Nel corso di oltre dieci anni la Legge 40 è stata oggetto di diversi interventi giurisprudenziali che ne hanno ridisegnato il volto in maniera molto significativa, tanto da farne un esempio di riscrittura giurisprudenziale di un testo normativo.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Cfr. C. Flamigni, *La procreazione assistita: Fertilità e sterilità tra scienza medica e considerazioni bioetiche*, 2<sup>a</sup> ed., Il Mulino, Bologna, 2011.

<sup>2</sup> Cost, 13/01/2015 n. 45, in G.U. 02/02/2005 n. 5.

<sup>3</sup> Cfr. M. Ainis (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, Giuffrè, Milano, 2005.

<sup>4</sup> G. Ferrando, "La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita", in *Famiglia e diritto*, 5, 2011; C. Flamigni - N. Mori, *La fecondazione assistita dopo dieci anni di Legge 40: Meglio ricominciare da capo!*, Ananke, Torino, 2014.

Nella formulazione iniziale, essa era gravemente lesiva della salute della donna: una “cattiva legge cattiva”, come è stata definita,<sup>5</sup> che riduce il corpo della donna a mero contenitore del concepito, sacrificando il suo diritto alla salute (mi riferisco in particolare all’Articolo 14 sul divieto di produrre più di tre embrioni e il conseguente obbligo di un unico e contemporaneo impianto) e all’Articolo 13 (sul divieto di diagnosi preimpianto).

Sono gli articoli su cui verteva il mancato referendum, poi portati davanti alla Corte costituzionale. Con la sentenza 151 dell’8 maggio 2009,<sup>6</sup> la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’Articolo 14, osservando che la disposizione di legge contrasta con l’Articolo 32 della Costituzione, perché lede il diritto alla salute della donna in quanto, in caso di insuccesso del primo tentativo di impianto, impone un nuovo trattamento di stimolazione ovarica, doloroso e invasivo, finalizzato alla formazione di nuovi embrioni destinati a un secondo impianto. La Corte rileva, inoltre, l’irragionevolezza dell’Articolo 14, che prevede il medesimo tipo di trattamento per tutte le donne senza tener conto delle situazioni specifiche, che devono essere valutate caso per caso nel rapporto medico/paziente. La Corte ha così ribadito il principio sotteso alla previsione dell’Articolo 14, ovvero il divieto di creazione di un numero di embrioni non superiore al necessario, ma ha ritenuto ragionevole affidare al medico di determinare caso per caso quanti embrioni produrre e impiantare in relazione alle condizioni di salute delle singole donne.

Successivamente, con due sentenze del 2015, rispettivamente la 96 del 5 giugno 2015<sup>7</sup> e la 229 dell’11 novembre 2015,<sup>8</sup> la Corte ha ammesso, con la prima, la possibilità di accedere alla procreazione medicalmente assistita da parte di coppie fertili ma portatrici di malattie genetiche (accesso prima consentito ex Articolo 1 solo alle coppie affette da infertilità o sterilità) e, con la seconda, la selezione degli embrioni se affetti da gravi malattie trasmissibili, vale a dire da quelle patologie rispondenti ai criteri di gravità previsti per l’aborto dalla legge 194 del 1978 (“Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria della gravidanza”). La Corte ha inteso ancora una volta tutelare la salute della donna, che altrimenti avrebbe dovuto ricorrere all’aborto dopo l’impianto: infatti, se l’ordinamento giuridico ammette l’interruzione volontaria della gravidanza al fine di evitare che la prospettiva di generare un figlio gravemente malato possa compromettere l’integrità psicofisica della donna, appare irragionevole imporre alla donna

---

<sup>5</sup> M. Virgilio – M.R. Marella, “Una cattiva legge cattiva”, in *Un’appropriazione indebita: L’uso del corpo della donna nella nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, Baldini & Castoldi, Milano, 2004.

<sup>6</sup> In G.U. 13/05/2009 n. 19.

<sup>7</sup> In G.U. 10/06/2015 n. 23.

<sup>8</sup> In G.U. 18/11/2015 n. 46.

l'impianto di un embrione affetto da una grave anomalia, per poi costringerla in ragione della stessa ad abortire.

Già la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo nella pronuncia sul caso *Costa e Pavan c. Italia* (28 agosto 2012)<sup>9</sup> aveva rilevato l'incoerenza dell'ordinamento italiano, che offre una protezione più forte all'embrione che al feto nel momento in cui vieta alle coppie portatrici di malattie genetiche di accedere alla procreazione medicalmente assistita e di selezionare gli embrioni non malati, ma permette di abortire una volta avviata una gravidanza in cui si riscontri un feto portatore di quella malattia.

2. Nel 2014, con la sentenza 162 del 9 aprile,<sup>10</sup> la Corte costituzionale ha dichiarato anche l'illegittimità del divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo<sup>11</sup> (previsto dall'Articolo 4, comma 3, della Legge 40). Si noti che in Italia, dalla fine degli anni '70, quando la procreazione medicalmente assistita si è diffusa, fino al 2004, anno di entrata in vigore della Legge 40, la fecondazione eterologa era praticata, regolata da circolari ministeriali, in particolare dalla circolare Degan del 1985, che prevedeva che il donatore fosse anonimo e la donazione avvenisse senza scambio di denaro. Dal 2004 al 2014 è poi sopravvenuto il divieto.

La sentenza della Corte costituzionale del 2014 è stata preceduta da un intervento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo, che nel 2010 ha condannato l'Austria per il divieto assoluto —previsto dalla legislazione di quel paese come allora in Italia— di donazione di gameti, ritenendolo incompatibile con i principi fissati dalla CEDU (Convenzione Europea sui Diritti Umani del 1950) all'Articolo 8 sul rispetto al diritto alla vita privata e familiare e all'Articolo 14 sul principio di uguaglianza.

Nel novembre del 2011, in verità, la Gran Camera di Strasburgo aveva riformulato questa decisione,<sup>12</sup> ritenendo che il divieto previsto dalla legislazione austriaca non oltrepassasse il margine di apprezzamento concesso agli Stati. In particolare, ha dichiarato che tale divieto fosse espressione di un bilanciamento non censurabile tra diritto alla genitorialità e esigenze di preservare la certezza nelle relazioni familiari, con particolare riferimento al possibile conflitto

---

<sup>9</sup> Ricorso n. 54270/10.

<sup>10</sup> In G.U. 18/06/2014 n. 26. Cfr. M. D'Amico – M.P. Costantini (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: Analisi critica e materiali*, FrancoAngeli, Milano, 2014.

<sup>11</sup> Come ha in più occasioni sottolineato il noto ginecologo Carlo Flamigni, il termine "eterologa" fa pensare a incontri riproduttivi tra soggetti di specie diverse. Dal punto di vista scientifico sarebbe più corretto definirla "riproduzione esogamica", cioè con gameti provenienti da soggetti estranei alla coppia.

<sup>12</sup> Sentenza 1 aprile 2010 e sentenza 3 novembre 2011, *S. e H. c. Austria*, ricorso n. 57813/2000.

tra madre genetica e madre biologica e all'interesse dell'individuo a conoscere le proprie origini genetiche.

La Corte costituzionale italiana, nel 2014, fonda la dichiarazione di illegittimità di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo sui seguenti punti:

- ◆ La Costituzione comprende una fondamentale e generale libertà di autodeterminazione (Artt. 2, 3, e 31) di cui la scelta di diventare genitori e di formare una famiglia costituisce una delle espressioni. In particolare, l'Articolo 31 attribuisce alla Repubblica il compito di agevolare con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia. La Legge 40 va vista in quest'ottica: essa infatti è esplicitamente volta a "rimuovere le cause di infertilità o sterilità". Ma il divieto di eterologa è da considerarsi irragionevole alla luce delle finalità della legge stessa, perché impedisce l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita ai soggetti totalmente sterili che possono formare una famiglia con figli solo ricorrendo a gameti esterni alla coppia. L'irragionevolezza, in altre parole, risiede nel fatto che la legge garantisce l'accesso alla procreazione medicalmente assistita ai malati meno gravi e la nega a quelli più gravi.
- ◆ Oltre a ciò la Costituzione garantisce il diritto alla salute (Art. 32), tradizionalmente intesa come benessere psicofisico. L'impossibilità di formare una famiglia con figli può incidere negativamente in misura anche rilevante sulla salute della coppia.

Una volta precisati la libertà di autodeterminazione in ambito familiare (Artt. 2, 3, e 31) e il diritto alla salute della coppia (Art. 32), la Corte afferma che per imporre divieti o limiti ai diritti delle persone occorre individuare interessi o diritti di rango equivalente che verrebbero lesi. Nel caso della fecondazione eterologa quali sono gli interessi/diritti che verrebbero lesi? I possibili traumi da genitorialità non naturale e la possibile compressione del diritto del nato a conoscere le proprie origini genetiche. Ma tali profili, che rinviano a situazioni possibili, non dimostrate, non sono tali da prevalere sui diritti sopra richiamati (autodeterminazione e salute).

Quindi le norme che vietano la fecondazione eterologa conducono ad una disparità di trattamento: sotto un primo profilo, con riferimento alla gravità della disfunzione della coppia e, sotto un altro profilo, con riferimento alle capacità economiche, in quanto i più agiati possono ricorrere all'estero, dove la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo è pratica consentita.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Si veda, in particolare, A. Borini - C. Flamigni, *Fecondazione e(s)terologa*, L'Asino d'oro, Roma, 2012.

Alla luce di tutto ciò la Corte ha dichiarato incostituzionale il divieto di eterologa per irragionevole sproporzione, in quanto “le norme censurate non rispettano il vincolo di minor sacrificio possibile di altri interessi e valori costituzionalmente protetti e realizzano invece una palese e irreversibile lesione di alcuni di essi” (autodeterminazione e salute).

A seguito di tale sentenza alcuni hanno ravvisato un vuoto normativo e quindi la necessità di un nuovo intervento del legislatore, ma la Corte stessa ha evidenziato, nella parte finale della sentenza, che non esiste alcun vuoto, in quanto la Legge 40, preso atto della legittimità della procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in molti paesi, aveva previsto all’Articolo 9 una regolamentazione circa lo stato del nato: “qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l’azione di disconoscimento della paternità”; che “la madre del nato a seguito dell’applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata”; che “in caso di tecniche di tipo eterologo, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi”.

Nessuna lacuna, a parere della Corte, sussiste in ordine ai requisiti soggettivi che permangono quelli previsti dall’Articolo 5: “possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi”.

Nessuna lacuna, infine, in ordine alle strutture autorizzate, che restano quelle previste dagli Articoli 10 e 11, vale a dire strutture pubbliche e private autorizzate dalle regioni e iscritte in apposito registro.

Si richiamano infine:

- ◆ Il decreto legislativo 6 novembre 2007 n. 191, “Attuazione della Direttiva 2004/23/CE sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l’approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani” con riferimento alla gratuità e volontarietà delle donazioni; alle modalità di consenso; all’anonimato del donatore; alla tutela sotto il profilo sanitario; ecc.
- ◆ La legge sulle adozioni del 4 maggio 1983 n. 184 e modifiche apportate dal decreto legislativo 154 del 2013, con riferimento in particolare alla questione d’identità genetica.

3. Il 1 luglio 2015 il Ministero della Salute, alla luce dell’evoluzione tecnico-scientifica e delle sentenze della Corte costituzionale, ha emanato il decreto di aggiornamento delle linee guida della Legge 40 in sostituzione di quelle del 2008, in gran parte ispirate al documento della conferenza

stato-regioni approvato nel settembre 2014 all'indomani della sentenza della Corte costituzionale.<sup>14</sup>

Con riferimento all'eterologa vi si ribadisce che la donazione dev'essere anonima, nel senso che non dev'essere possibile per il donatore risalire alla coppia ricevente e viceversa; che dev'essere gratuita, con esclusione quindi anche del rimborso spese. Vi è precisato che non è possibile scegliere le caratteristiche fenotipiche del donatore al fine di evitare illegittime selezioni eugenetiche, ma che il centro di procreazione medicalmente assistita deve ragionevolmente assicurare la compatibilità delle principali caratteristiche del donatore/donatrice con quelle della coppia ricevente, in modo da evitare che l'aspetto del bambino non sia troppo dissimile da quello dei genitori.

I problemi attuativi della disciplina dell'eterologa in Italia sono ancora molti, a cominciare dallo scarso numero di donatori e soprattutto di donatrici (manca a tal proposito un'adeguata campagna informativa), il che rende necessaria l'importazione di gameti dall'estero.

A due anni dalla sentenza della Corte costituzionale la Società italiana di fertilità (SIFE) ha diffuso dati molto preoccupanti: le donatrici sono state appena una decina (contro le 500/600 che sarebbero necessarie ogni anno), un centinaio le donatrici attraverso l'*egg sharing*, ossia donne in trattamento per procreazione medicalmente assistita che cedono parte dei propri ovociti. Una delle ragioni dell'esiguità di questi numeri è da individuarsi nel fatto che, come si è detto, la donazione in Italia è a titolo completamente gratuito, diversamente da quanto avviene in altri paesi (ad esempio la Spagna dove una legge prevede un compenso di circa 1000 euro). Infatti, le direttive europee su tessuti e cellule (2004/23/CE; 2006/17/CE) vengono interpretate in modo diverso dai Paesi membri, dal momento che vietano la compravendita di gameti, ma permettono l'indennità per mancato guadagno e il rimborso delle spese sostenute. Così si crea un evidente controsenso: in Italia, ad esempio, è vietata la donazione dietro compenso, ma è consentita l'importazione di ovociti ottenuti in paesi che lo prevedono.<sup>15</sup>

Solo da quest'anno (marzo 2017) le prestazioni per l'eterologa sono state inserite nei LEA (Livelli Essenziali di Assistenza) del Servizio Sanitario Nazionale, il che dovrebbe evitare le grandi differenze territoriali circa la possibilità di accesso e di rimborso e il protrarsi del cosiddetto

---

<sup>14</sup> [www.regioni.it](http://www.regioni.it), Newsletter n. 2557 dell'8 settembre 2014.

<sup>15</sup> Per un approfondimento del dibattito su questo aspetto si veda: N.J. Kenney – M.L. McGowan, "Egg Donation Compensation: Ethical and Legal Challenges", in *Medicolegal and Bioethics*, 4, 2014, pp. 15-24; A. Curtis, "Giving 'Til It Hurts: Egg Donation and the Costs of Altruism", in *Feminist Formations*, 22(2), 2010, pp. 80-100.



turismo procreativo, sia da regione a regione (fino a marzo solo in tre regioni –Toscana, Emilia-Romagna, e Friuli– l’accesso era operativo con rimborsabilità), sia verso paesi stranieri.

Oltre a questi problemi pratici vorrei sottolineare tre questioni aperte di grande rilevanza bioetica.

La prima questione riguarda l’Articolo 13 (ancora in vigore) della Legge 40, che vieta qualsiasi sperimentazione sugli embrioni umani, tranne che si perseguano finalità terapeutiche e diagnostiche volte alla tutela della salute e dello sviluppo dell’embrione stesso. Il divieto colpisce anche gli embrioni soprannumerari crioconservati, prodotti prima dell’entrata in vigore della Legge 40 e dopo la sentenza della Corte costituzionale del 2009, che ha eliminato il limite dei tre embrioni da produrre e impiantare. Conseguentemente, nemmeno questi ultimi possono essere donati alla ricerca. La disposizione dell’Articolo 13 è stata oggetto di un giudizio davanti alla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (Caso *Parrillo c. Italia* 27 agosto 2015).<sup>16</sup> Adelina Parrillo, nel 2002, quindi prima dell’entrata in vigore della Legge 40, insieme al compagno Stefano Rolla, aveva deciso di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita al fine di produrre embrioni da trasferire successivamente, ma nel 2003 il compagno della donna perse la vita nell’attentato di Nassiriya, e la vedova rinunciò al trasferimento degli embrioni, manifestando però il desiderio di donarli alla ricerca scientifica. Alla richiesta della donna venne opposto il rifiuto della struttura sanitaria presso la quale erano conservati gli embrioni, rifiuto motivato dal fatto che la sopravvenuta Legge 40 ai sensi dell’Articolo 13 pone il divieto di qualsiasi attività di ricerca sugli embrioni. La signora Parrillo decide di ricorrere direttamente alla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, lamentando che il divieto sancito dall’Articolo 13 viola l’Articolo 1 del Protocollo n. 1 allegato al testo della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (“Protezione della proprietà”), dell’Articolo 8 (“Diritto al rispetto della vita privata e familiare”), e dell’Articolo 10 (“Libertà di espressione”, di cui la libertà scientifica può essere considerata un aspetto). La Grande Chambre, il 27 agosto 2015, dichiara inammissibile il ricorso: rispetto all’Articolo 1, Protocollo 1, la Corte sottolinea come il campo di applicazione della norma sia strettamente economico-patrimoniale e di conseguenza non può riferirsi al caso di specie; rispetto all’Articolo 8, pur riconoscendo che gli embrioni contengono materiale genetico appartenente alla ricorrente, e sono quindi da considerarsi alla stregua di parti costituenti la sua identità genetica e biologica, la Corte ritiene che ciò non afferisce direttamente al rispetto della vita privata e familiare, anche in considerazione del fatto che non esiste prova di una manifestazione di volontà nello stesso senso da parte del compagno. Quanto, infine, all’Articolo 10 la Corte sostiene che la lamentata violazione

---

<sup>16</sup> Ricorso n. 46470/2011.

avrebbe dovuto essere presentata da un ricercatore, quale titolare del diritto alla libera espressione, declinato nel senso di diritto alla libertà scientifica, e non da altri.

Sull'Articolo 13 della Legge 40 si è pronunciata anche la Corte costituzionale con Sentenza 22 marzo 2016 n. 84<sup>17</sup> a seguito di un ricorso proposto al Tribunale di Firenze, al quale si era rivolta una coppia richiedendo di ordinare al centro di fecondazione assistita la consegna di nove embrioni crioconservati per consentire loro di destinarli ad attività medica e ricerca scientifica. La Consulta, richiamando esplicitamente anche la pronuncia della Corte di Strasburgo, sottolinea l'intangibilità della scelta legislativa di salvaguardare la dignità dell'embrione a scapito della libertà di ricerca scientifica e ritiene che solo il legislatore "quale interprete della volontà della collettività" è chiamato a tradurre sul piano normativo il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale". Tale sentenza lancia dunque al legislatore un monito a decidere le sorti degli embrioni umani in stato di perpetua crioconservazione che potrebbero essere impiegati nella ricerca scientifica o anche –aggiungo io– "adottati", stante lo scarso numero di donatori/donatrici.

La seconda questione riguarda invece l'anonimato del donatore/donatrice previsto anche nelle linee guida del 2015. Trattasi di un tema di portata più generale che coinvolge anche altri istituti come l'adozione e l'anonimato della madre, che sceglie, come previsto in Italia, di partorire in una struttura ospedaliera senza essere identificata.

Nel 2011, quindi prima che cadesse in Italia il divieto di eterologa, il Comitato Nazionale di Bioetica, preso atto della raccomandazione del 2010 del Comitato Direttivo per la Bioetica del Consiglio d'Europa anche agli Stati che vietavano l'eterologa di predisporre norme a tutela dei diritti d'identità del nato, si esprime con un parere ("Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa")<sup>18</sup> che può essere sintetizzato nei seguenti punti:

- ◆ Si raccomanda ai genitori di rivelare ai figli la modalità del concepimento attraverso forme appropriate, anche per evitare che eventuali test genetici possano svelare tardivamente il segreto, suscitando reazioni imprevedibili.
- ◆ Si ribadisce che la struttura presso la quale è stata compiuta la procreazione medicalmente assistita custodisca in appositi registri i dati genetici del donatore/donatrice necessari per un eventuale trattamento diagnostico/terapeutico del bambino.

---

<sup>17</sup> In G.U. 20/04/2016 n. 16.

<sup>18</sup> <http://bioetica.governo.it/it/documenti/i-pareri-e-le-risposte/>

Quanto invece al diritto del bambino a conoscere le proprie origini, accedendo ai dati non solo biologici del donatore/donatrice, alcuni, da un lato, hanno sottolineato l'importanza per il bambino di un'informazione completa (sia genetica sia anagrafica) di chi ha ceduto i gameti, argomentando che ogni individuo ha diritto a conoscere la verità, e se ciò gli fosse impedito sarebbe vittima di violenza; altri invece hanno sostenuto la necessità di conservare l'anonimato anagrafico, argomentando che il legame con il donatore è di carattere biologico e non relazionale, e che quindi nulla aggiunge alla storia del bambino, anzi rischia di alterarne l'equilibrio familiare.<sup>19</sup>

Dal punto di vista giurisprudenziale, con riferimento in particolare all'istituto sopra richiamato dell'anonimato della madre, si sono espressi sia la Corte costituzionale italiana nel 2005, ritenendo prioritario il diritto alla riservatezza della donna, sia la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo nel 2012, con la Sentenza *Godelli c. Italia*.<sup>20</sup> La Corte di Strasburgo ha ritenuto che il divieto di accesso previsto nella normativa italiana violi l'Articolo 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, e che l'Italia non abbia cercato di stabilire un equilibrio tra i diritti delle parti in causa (diritto alla riservatezza della donna e diritto all'identità personale del figlio). Per analogia, queste argomentazioni potrebbero applicarsi anche al caso della procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

La terza questione riguarda la gestazione per altri o maternità surrogata,<sup>21</sup> una tipologia di procreazione medicalmente assistita vietata in Italia. Come si è detto, la Legge 40, anche dopo la sua riscrittura giurisprudenziale, riconosce l'accesso alle tecniche di procreazione assistita omologa o eterologa solo alle "coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi".

---

<sup>19</sup> Cfr. V. Ravitsky, "The Right to Know One's Genetic Origins and Cross-Border Medically Assisted Reproduction", in *Israel Journal of Health Policy Research*, 6(3), 2017; I. de Melo-Martin, "How Best to Protect the Vital Interests of Donor-Conceived Individuals: Prohibiting or Mandating Anonymity in Gamete Donations?" in *Reproductive BioMedicine and Society Online*, 2017, [http://www.rbmsociety.com/article/S2405-6618\(17\)30013-8/pdf](http://www.rbmsociety.com/article/S2405-6618(17)30013-8/pdf); M. Sabatello, "Regulating Gamete Donation in the U.S.: Ethical, Legal and Social Implications", in *Laws*, 4(3), 2015, pp. 352-76.

<sup>20</sup> Sentenza 25 settembre 2012, ricorso n. 33783/2009. Per una ricostruzione cfr. L. Califano, "Il diritto all'anonimato della madre naturale", in L. Califano, *Privacy: Affermazione pratica di un diritto fondamentale*, Napoli, ESI, 2016, pp. 181-98.

<sup>21</sup> Per indicare quella forma di gestazione in cui una donna, con o senza corrispettivo, intraprende la gravidanza per altri con l'intento di affidare il nascituro ai genitori intenzionali senza rivendicare alcun diritto sul bambino, si ritiene preferibile la terminologia "gestazione per altri" in quanto più neutra rispetto a "maternità surrogata", chiaramente dispregiativo (il termine "surrogato" rimanda a qualcosa che finge di essere autentico e non lo è) o "utero in affitto", in cui l'uso di una parte per il tutto oscura la soggettività della donna.

Ciò non toglie che casi di gestazione per altri si riscontrino sempre più frequentemente anche in Italia. L'originario ddl sulle unioni civili (poi divenuto legge 20 maggio 2016 n. 76) prevedeva la possibilità della cosiddetta *stepchild adoption*, vale a dire la possibilità del riconoscimento del legame genitoriale anche a chi non ha contribuito biologicamente alla nascita del figlio, ma in sede di approvazione questa parte è stata stralciata. In assenza di una normativa la giurisprudenza si è mossa con due diversi orientamenti:

- ◆ È stata ammessa in alcuni casi la possibilità di trascrivere nei registri dell'anagrafe italiana la nascita di un figlio "ottenuto da maternità surrogata" in uno Stato che la disciplini qualora esista un legame genetico.
- ◆ Qualora invece per il figlio nato da surrogazione di maternità si sia fatto ricorso esclusivamente a gameti del tutto estranei alla coppia committente, si è dichiarato nell'interesse del minore stesso il suo stato di abbandono e la conseguente adottabilità.
- ◆ Questo secondo orientamento si evince anche dalla recente sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo del 24 gennaio 2017 nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*.<sup>22</sup>

Una coppia di coniugi italiani si era recata in Russia per soddisfare il desiderio di genitorialità attraverso un accordo di surrogazione di maternità (peraltro occultato alle stesse autorità russe al momento della registrazione della nascita del bambino). Tornata in Italia, aveva richiesto la trascrizione nei registri italiani, richiesta respinta, rilevato il reato di false attestazioni e la totale assenza di apporto genetico. Il Tribunale dei Minori di Campobasso aveva quindi avviato il procedimento per la dichiarazione di adottabilità del bambino. I coniugi proposero ricorso contro lo Stato Italiano presso la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per violazione dell'Articolo 8 della Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo (diritto al rispetto della vita privata e familiare). In prima istanza la Corte accolse il ricorso ma la Grande Chambre si è pronunciata in seconda istanza sovvertendo completamente la decisione precedente, portando a sostegno della decisione non solo l'assenza di un legame biologico con nessuno dei componenti della coppia, ma soprattutto la brevità della relazione (sei mesi), tale da non creare alcun rapporto familiare solido. Per queste ragioni la Corte ha considerato ragionevole il bilanciamento compiuto dai giudici italiani, trattandosi di materia eticamente sensibile, rispetto alla quale gli Stati devono godere di un ampio margine di apprezzamento.

---

<sup>22</sup> Ricorso n. 25358/2012.

Diversa apertura si coglie nell'ordinanza della Corte d'appello di Trento del 23 febbraio 2017, con cui la Corte ha ritenuto illegittimo il rifiuto dell'ufficiale di stato civile di trascrivere una sentenza straniera che riconosceva la doppia genitorialità maschile ad un bambino nato all'estero, per contrarietà all'ordine pubblico. La Corte ha argomentato che il mancato riconoscimento dello *status filiationis* nei confronti del padre non biologico determinerebbe un'evidente pregiudizio per il minore, che non vedrebbe riconosciuti in Italia i diritti che a tale status conseguono, e si spinge a sostenere che la tutela di questo principio supera ogni richiamo anche al divieto di gestazione per altri, in quanto "la rilevazione della difformità della pratica fecondativa per effetto della quale sono nati i minori rispetto a quelle ritenute lecite dall'attuale disciplina della procreazione medicalmente assistita non potrebbe determinare la negazione dello *status filiationis* legittimamente acquisito all'estero".

Al di là dei problemi specifici che riguardano l'Italia, il tema della procreazione medicalmente assistita impone un ripensamento più ampio con riferimento al modello di famiglia e di genitorialità e all'esistenza o meno di un diritto alla libertà procreativa.<sup>23</sup>

Quanto al modello di famiglia, come ha sottolineato la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo circa l'applicabilità dell'Articolo 8 della Convenzione, non solo ai coniugi, ma anche alle coppie eterosessuali o omosessuali conviventi *more uxorio*, "lo Stato, nella scelta dei mezzi destinati a tutelare la famiglia e a garantire il rispetto della vita familiare prevista dall'Articolo 8, deve necessariamente tenere conto delle evoluzioni della società e dei cambiamenti nella percezione delle questioni sociali e relative allo stato civile e alle relazioni, compreso il fatto che non vi è solo un modo o una scelta per condurre la propria vita familiare o privata".<sup>24</sup>

Quanto alla genitorialità, è necessario prendere atto che la certezza sancita dall'antico brocardo *mater semper certa* oggi si sgretola e le figure di riferimento si moltiplicano: la madre genetica (cui risale l'ovocita fecondato), la madre biologica (che conduce a gestazione), la madre sociale (che assume la responsabilità genitoriale del nato), il padre anagrafico, il padre biologico (il donatore) e occorre bilanciare tra i diritti/doveri di queste diverse figure.

Quanto infine al diritto alla libertà procreativa,<sup>25</sup> esso va inserito nel contesto della cosiddetta "rivoluzione procreativa". A seguito del rapidissimo sviluppo delle nuove tecnologie

---

<sup>23</sup> Cfr. P.R. Brezina - Y. Zhao, "The Ethical, Legal, and Social Issues Impacted by Modern Assisted Reproductive Technologies", in *Obstetrics and Gynecology International*, 2012, article ID 686253, doi:10.1155/2012/686253.

<sup>24</sup> Sentenza 19 febbraio 2013, ricorso n. 19010/07.

<sup>25</sup> Cfr., tra gli altri, P. Iagulli, *Diritti riproduttivi e riproduzione artificiale: Verso un nuovo diritto umano? Profili ricostruttivi e valutazioni biogiuridiche*, Giappichelli, Torino, 2001; M. Warnock, *Fare bambini: Esiste un diritto ad avere*

della riproduzione, oggi la biologia non è più un destino: grazie alla contraccezione è possibile scegliere quando/quanto riprodursi oppure di non riprodursi affatto (cosiddetti diritti procreativi negativi), ma anche scegliere come riprodursi. Si spazia, ad esempio, dalla possibilità di congelare i propri gameti per utilizzarli nel momento della vita che si ritiene più consono alla possibilità di procreare per coppie sterili o infertili o affette da malattie genetiche trasmissibili sino alla procreazione con gameti di donatori e uteri di terze donne (cosiddetti diritti procreativi positivi).

La determinazione di avere un figlio –come asserisce nella sentenza sopra richiamata la Corte costituzionale Italiana– “concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può essere coercibile qualora non vulneri altri valori costituzionali”. L’autodeterminazione nella vita e nel corpo, per dirlo con le parole di Stefano Rodotà,<sup>26</sup> rappresenta il punto più intenso ed estremo della libertà esistenziale.

Le diverse correnti del femminismo hanno accolto in modo molto diverso l’avvento delle nuove tecnologie nel campo della riproduzione. Si è argomentata la capacità di tali tecniche, da un lato, di ampliare i diritti e le libertà di scelta e autodeterminazione delle donne, dall’altro, di aprire nuove frontiere di assoggettamento e sfruttamento dei corpi delle donne.

Sotto quest’ultimo profilo il tema più controverso appare quello della cosiddetta gestazione per altri.<sup>27</sup> Come si è visto, nel nostro paese, come in gran parte dei paesi europei, tale pratica è vietata, altri paesi riconoscono solo la forma altruistica (ad esempio Regno Unito, Grecia, Belgio, molti stati americani), pochi riconoscono anche la forma commerciale (ad esempio California, Russia, Ucraina).<sup>28</sup>

La politica degli Stati europei, contraria alla commercializzazione, trova riscontro in diverse normative sovranazionali: l’Articolo 21 della Convenzione di Oviedo sui Diritti dell’Uomo e la Medicina stabilisce che “il corpo umano e le sue parti non devono essere in quanto tali forme di profitto”; l’Articolo 3 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea prevede

---

figli?, Einaudi, Torino, 2004; A. D’Aloia, “La procreazione come diritto della persona”, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Trattato di biodiritto: Il governo del corpo*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 1341–1371.

<sup>26</sup> S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma–Bari, 2013, p. 251.

<sup>27</sup> A titolo meramente esemplificativo per il dibattito femminista, rinvio a V. Schalev, *Nascere per contratto*, Giuffrè, Milano, 1992; C. Pateman, *Il contatto sessuale: Fondamenti nascosti della società moderna*, Moretti & Vitali, Bergamo, 2015; M. Cooper – C. Waldby, *Biolavoro globale: Corpi e nuova manodopera*, DeriveApprodi, Roma, 2015; S. Pozzolo, “Gestazione per altri (ed altre): Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista”, in *Rivista di biodiritto*, 2, 2016, pp. 93–110.

<sup>28</sup> Cfr. C. Casonato – T.E. Frosini (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2006; K. Trimmings – P. Beaumont (a cura di), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, Oxford e Portland, Oregon, 2013.

analogamente il “divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro”; la Direttiva 2004/23/CE, richiamata, come si è visto, dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza del 2014, all’Articolo 12 vieta la vendita di tessuti umani, permettendo esclusivamente il pagamento di un’indennità strettamente limitata a far fronte alle spese e agli inconvenienti risultanti dalla donazione. Alla luce di tale direttiva, alcuni paesi, come si è detto, regolamentano la forma altruistica-solidaristica di donazione di gameti, equiparandola alla donazione di sangue od organi.

La difformità di normazione ha spinto fin dal 2010 il Consiglio della Conferenza dell’Aja, che, come è noto, si occupa di trovare soluzioni uniformi a questioni di diritto internazionale privato, ad affrontare il tema ed ha conferito mandato ad un gruppo di esperti di avanzare proposte di soluzioni comuni. Nel report redatto a febbraio 2017 si legge che, data la complessità del fenomeno della gestazione per altri transnazionale e i diversi approcci legislativi degli Stati, “non è ancora possibile giungere ad una conclusione definitiva riguardo all’effettiva possibilità di individuare ed applicare regole comuni di diritto internazionale privato in materia di riconoscimento della potestà genitoriale”.<sup>29</sup>

Il Consiglio, pur ritenendo necessarie ulteriori discussioni e considerazioni, ha individuato due principali obiettivi: il primo assicurare la certezza e la stabilità dello status giuridico dei bambini nati da gestazione per altri, che dev’essere riconosciuto da tutti gli Stati, e il secondo garantire che la gestazione per altri sia condotta nel rispetto dei diritti umani e del benessere di tutti i soggetti coinvolti nella procedura.

**Fecha de recepción: 12 de julio de 2017**

**Fecha de aceptación: 13 de octubre de 2017**

---

<sup>29</sup> HCCH (Hague Conference on Private International Law), Report of the February 2016 meeting of the experts’ group on parentage/surrogacy, Preliminary Document No. 3 of February 2016 for the attention of the Council of March 2016 on General Affairs and Policy of the Conference.