

*Dott.ssa Maria Grazia Cabitza*

*Tel. ufficio 07060222567*

[\*mariagrazia.cabitza@giustizia.it\*](mailto:mariagrazia.cabitza@giustizia.it)

**All'Ufficio relazioni internazionali del  
Consiglio Superiore della Magistratura**

**Ecole Nationale de la Magistrature**

*“ Le juge face aux enjeux de la bioethique.*

*Quelles frontieres pour l'embryon humain en Europe? »*

*(Parigi, 30 - 31 marzo 2009)*

Dal 30 al 31 marzo 2009 si è svolto a Parigi il convegno di studi dal titolo *“Le juge face aux enjeux de la bioethique”*, organizzato dall'*Ecole Nationale de la Magistrature*.

La sottoscritta vi ha partecipato su designazione del Consiglio Superiore della Magistratura, che ha richiesto l'invio di una relazione relativa allo svolgimento del corso e alle tematiche trattate, al fine di assicurare un successivo utilizzo della stessa in sede di formazione centrale e decentrata.

Rispondendo all'invito in questione, si inoltra la presente relazione, con la precisazione che, per agevolare la lettura, solo in parte è stato seguito l'ordine cronologico delle varie sessioni di studio del convegno, essendo stato ritenuto più utile raggruppare per materia i vari argomenti trattati, in maniera tale da assicurare di volta in volta anche una comparazione tra la legislazione francese e quella italiana.

## SOMMARIO

### **Premessa.**

#### **1. La fecondazione eterologa in Francia.**

**1a)** La gestione della donazione dei gameti. **1b)** La donazione (o meglio l'accoglienza) dell'embrione: procedimento - anonimato - divieto di contestazione dello *status*). **1c)** Il ruolo del giudice francese in ordine ad alcune questioni controverse: coppie omosessuali; turismo procreativo - la gestazione per conto terzi (divieto e problematiche ricollegate alla violazione del divieto). **1d)** Prospettive di riforma.

#### **2. La maternità surrogata in Italia.**

#### **3. Embrione e ricerca scientifica.**

**3a)** La legge francese nel dettaglio. **3b)** La clonazione. **3c)** Prospettive di riforma nell'imminenza della legge di revisione. **4d)** Embrione e ricerca scientifica in Italia.

### **Premessa**

I lavori del seminario, iniziati alle ore 9,30 del 30 marzo e terminati con la sessione pomeridiana del 31 marzo 2009, sono stati presieduti dalla dott.ssa Fabienne Clement - Neyrand, *Vice – Président au Tribunal de grande instance de Paris*, la quale ha introdotto i temi del convegno con una premessa sui rapporti tra il diritto e la biomedicina.

E' stato posto in luce come gli enormi progressi realizzati negli ultimi sessant'anni nel campo delle biotecnologie (ingegneria genetica, tecniche di fecondazione assistita, clonazione etc.) abbiano dato origine ad istanze sempre crescenti di regolamentazione giuridica dei fenomeni di nuova emersione ad esso connessi. In particolare è stato sottolineato come in maniera sempre più pressante sia stata avvertita la necessità di

stabilire, attraverso disposizioni normative largamente condivise, quei limiti all'azione dell'uomo che prima erano, in definitiva, costituiti dalle leggi naturali, che sfuggivano completamente al controllo umano.

Con particolare riferimento al progresso scientifico nel campo della fecondazione assistita, si è osservato come abbia determinato profondi mutamenti nell'assetto dei rapporti familiari tradizionali e come detti mutamenti, nel mutato contesto sociale, abbiano fortemente inciso sui concetti stessi di genitorialità (a quella biologica oggi si contrappone, infatti, quella sociale), in relazione ai quali urgente è oramai l'esigenza di un adeguamento della disciplina giuridica di riferimento.

Dopo un lungo periodo di totale vuoto normativo, uno dei primo interventi ufficiali in materia di biogenetica si è sostanziato nel Rapporto del Consiglio d'Europa pubblicato nel 1981, nel quale è stato raccomandato agli Stati membri un intervento legislativo.

In Francia, all'esigenza di predisporre un sistema normativo in grado da assicurare un equilibrio tra la protezione dei diritti fondamentali della persona umana e il necessario sviluppo della scienza è stata data una prima risposta con le leggi in materia di bioteca del 1994. L'ultimo intervento legislativo risale al 2004, ed è già in corso un acceso dibattito in Parlamento e nella società per una revisione dell'assetto normativo vigente, prevedendo la legge del 2004 (così come già disponeva la precedente del 1994) che entro cinque anni dall'entrata in vigore della stessa debba procedersi ad un aggiornamento in relazione alle questioni più discusse.

In Italia, invece, la prima legge sulla fecondazione assistita è stata approvata solo nel 2004 (Legge n. 40/2004) dopo decenni di infruttuose discussioni parlamentari.

Sono tre le leggi fondamentali che in Francia disciplinano attualmente questioni eticamente sensibili, tra cui la materia della procreazione assistita. Sono state approvate dopo un lungo *exkursus* parlamentare: esse sono la L. n. 94 – 653 riguardante il “*Rispetto*

*del corpo umano*"; la L. n. 94 – 654 riguardante la *“Donazione di organi e la procreazione assistita”*; ed infine la L. n. 94 – 548 disciplinante il *“Trattamento dei dati nominativi aventi come fine la ricerca medica”*.

Con la L. n. 94 – 653, accanto a norme specificamente tese ad assicurare il rispetto del corpo umano nell’ottica della salvaguardia della dignità della persona umana, sono state introdotte nell’ordinamento specifiche disposizioni disciplinanti le questioni di filiazione riconnesse al ricorso alle tecniche di procreazione assistita.

Nella L. n. 94 – 654 sulla *“Donazione di organi e la procreazione assistita”* sono contenute le disposizioni fondamentali riguardanti la procreazione assistita; sono disciplinate, in particolare, le finalità della stessa (individuate nel porre rimedio alla infertilità della coppia, ovvero ad evitare la trasmissione di gravi malattie al figlio o all’altro partner della coppia) ed è altresì regolamentato il rapporto tra la tutela dell’embrione e la ricerca e la sperimentazione scientifica.

Nella L. n. 94 – 548, infine, sono contenute importanti disposizioni in materia di *“Trattamento dei dati nominativi aventi come fine la ricerca medica”*.

Come già accennato, la Francia ha di recente aggiornato la sua legislazione in materia di fecondazione assistita con la L. n. 800 del 2004, che all’art. 40 prevede espressamente che ogni 5 anni debba procedersi alla revisione della legislazione vigente.

Le questioni maggiormente dibattute, ed in relazione alle quali è prevedibile che il quadro normativo possa subire importanti modifiche, sono state illustrate nel corso della prima sessione di studi dal deputato Jean Sébastien Vialatte. Esse riguardano, da un lato, la disciplina della fecondazione eterologa, con particolare riferimento alla gratuità e all’anonimato della donazione di gameti; alla possibilità o meno di estendere alle coppie omosessuali e alle persone che non facciano parte di una coppia le tecniche di procreazione assistita; alla possibilità o meno di consentire, seppur nell’ambito di una

rigorosa disciplina, la maternità surrogata. Dall'altro lato investono invece il diverso ambito dei rapporti tra la tutela dell'embrione umano e la ricerca scientifica.

Su questi due temi principali si è sviluppato il convegno di studi, al quale hanno partecipato quali relatori esponenti del mondo politico, scientifico e giuridico.

### **1. La fecondazione eterologa in Francia**

Secondo la definizione del codice francese *de la santé publique*, per assistenza medica alla procreazione si intende ogni pratica clinica e biologica che permetta il concepimento in vitro, il trasferimento dell'embrione in utero, l'inseminazione artificiale, ed ogni altra tecnica che abbia un effetto equivalente e che permetta la procreazione al di fuori dal processo naturale <sup>1</sup>.

Lo stesso codice della sanità pubblica regola i casi di accesso alle tecniche di procreazione assistita <sup>2</sup>, precisando che dette tecniche sono destinate a rispondere a la “*demande parentale d'un couple*”, coppia che deve essere composta da un uomo e da una donna entrambi viventi, in età di procreare, coniugati o in grado di dimostrare una convivenza *more uxorio* di almeno due anni.

Appare dunque evidente come in Francia (e la medesima impostazione è riscontrabile anche nella legislazione italiana) il legislatore abbia decisamente scelto, ritenendola maggiormente conforme all'interesse del nascituro, di inquadrare l'accesso alle tecniche di procreazione assistita nell'ambito di una struttura familiare biparentale classica.

---

<sup>1</sup> **Art. L. 2141 – 1 code de la santé publique**: « *L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel, dont la liste est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé, après avis de l'Agence de la biomédecine. La stimulation ovarienne, y compris lorsqu'elle est mise en oeuvre indépendamment d'une technique d'assistance médicale à la procréation, est soumise à des recommandations de bonnes pratiques* ».

<sup>2</sup> **Article L. 2141-2 code de la santé publique** : « *L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple. Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué. Elle peut aussi avoir pour objet d'éviter la transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité. L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentants préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination* »

E' infatti assolutamente vietato in Francia (come pure in Italia) l'accesso alle tecniche di procreazione assistita alla coppia omosessuale e alla donna *single*, è ribadito inoltre il divieto di impianto dell'embrione *post mortem* <sup>3</sup>, così come il divieto di impianto nel caso in cui, prima dello stesso, sia intervenuta separazione o divorzio tra i membri della coppia o sia stato presentato il relativo ricorso.

La finalità dell'accesso alle tecniche, chiaramente indicata dalla norma, è quella di rimediare alla infertilità o (e qui si coglie una prima importante differenza rispetto alla legge italiana <sup>4</sup>, fortemente più restrittiva), di evitare la trasmissione al nascituro o all'altro membro della coppia di una malattia di una particolare gravità.

La legge fissa espressamente il principio della gradualità delle tecniche. Prevede infatti che, in primo luogo, debbano essere tentate quelle meno invasive e solo in caso di insuccesso possa procedersi alla fecondazione in vitro con gameti della coppia o, in ultima analisi e come estrema *ratio*, con gameti donati da terzi.

E' peraltro vietato procedere alla fecondazione eterologa con doppia donazione di gameti, nel senso che almeno uno dei gameti deve provenire dalla coppia che procede alla fecondazione assistita. La questione è fortemente dibattuta e potrebbe costituire oggetto di revisione: il divieto appare infatti eccessivo, specie in considerazione della possibilità, espressamente prevista dalla legge, di ricorrere all'istituto dell'accoglienza (*accueil*) dell'embrione proveniente da una coppia terza.

La fecondazione eterologa può essere legalmente realizzata in Francia attraverso due distinte modalità:

---

<sup>3</sup> Si discute in Francia sulla opportunità di modificare sul punto la legge, specie con riferimento al divieto di impianto dell'embrione *post mortem*, ritenuto troppo severo riguardo l'altro membro della coppia.

<sup>4</sup> In Italia le nuove linee guida prevedono genericamente che si debba tenere conto delle malattie infettive di cui i membri della coppia risultino eventualmente affetti, disponendo che "Quando vi siano coppie positive per HIV, HBV o HCV che vogliano intraprendere un trattamento di fecondazione in vitro devono essere considerate le implicazioni di queste patologie infettive per i potenziali figli"...

- con l'intervento di un terzo che doni i propri gameti (maschili o femminili) in favore della coppia che abbia un progetto parentale;
- con il consenso prestato da una coppia che non intenda procedere all'impianto di tutti i propri embrioni all'accoglienza degli stessi da parte di una coppia che desideri un figlio.

Si tratta di due procedimenti nettamente distinti, considerata l'assoluta peculiarità di quello finalizzato all'accoglienza dell'embrione, entrambi caratterizzati, peraltro, per la comune previsione di una fase nella quale è fondamentale l'intervento del giudice.

E' invece espressamente vietata, oltre che la doppia donazione di gameti, la c.d. "*gestation ou maternité pour autrui*", cioè la gestazione o maternità per conto terzi, ovvero procedere alla procreazione con la partecipazione di una donna estranea alla coppia che si presti a portare avanti una gravidanza per realizzare il progetto parentale di terzi, eventualmente donando anche i propri gameti (del tema specifico si parlerà più diffusamente in seguito).

#### **1a) La gestione della donazione dei gameti.**

Al fine di consentire la pratica realizzazione della fecondazione eterologa, sono stati costituiti in Francia appositi centri specializzati pubblici, o muniti di specifica autorizzazione pubblica, i *Centres d'étude et de conservation des oeufs et du sperme humain*, i quali procedono alla raccolta dei gameti maschili e femminili ed ai quali la coppia può rivolgersi per ottenere l'assistenza necessaria.

Il procedimento per la realizzazione della procreazione medicalmente assistita con terzo donatore prevede una prima fase prettamente medica, finalizzata, da un lato, all'accertamento delle condizioni previste dalla legge per l'accesso alla tecnica e, dall'altro, alla individuazione del donatore corrispondente al profilo della coppia.

E'infatti previsto che in relazione ad ogni coppia debbano essere scelti gameti che siano compatibili con le caratteristiche dei riceventi quanto all'etnia, al gruppo sanguigno, al colore della pelle, al colore dei capelli e degli occhi, al fine di evitare il più possibile di introdurre nel nascituro caratteri nuovi rispetto a quelli dei genitori.

La seconda fase è specificamente dedicata alla prestazione formale del consenso. Detto consenso deve essere espresso in forma scritta davanti al giudice o al notaio, che deve informare espressamente i comparenti:

- dell'impossibilità, prevista dalla legge, di stabilire un legame di filiazione tra il nascituro ed il terzo donatore, o di agire in responsabilità nei suoi confronti;
- del divieto di agire in giudizio per il disconoscimento o la contestazione della filiazione (a meno che l'azione non si fondi sulla affermazione che il bambino non è nato in seguito a tecniche di fecondazione assistita o che il consenso prestato è privo di effetti);
- dei casi espressamente previsti dalla legge in cui il consenso è privo di effetti;
- della possibilità di agire in giudizio per la dichiarazione giudiziale della paternità di colui che, dopo aver espresso un valido consenso alla fecondazione eterologa, non voglia riconoscere il figlio, e della possibilità di esercitare contro di lui un'azione di responsabilità.

Il carattere formale dell'espressione del consenso trova giustificazione proprio nell'importanza delle conseguenze che ne derivano, soprattutto riguardo ai rapporti di filiazione con il nascituro.

L'art. 311 – 19 del codice civile francese prevede infatti espressamente che, in caso di procreazione medicalmente assistita con terzo donatore, nessun legame di filiazione può essere stabilito tra l'autore della donazione e il bambino nato dalla procreazione assistita.

Nessuna azione di responsabilità può essere esercitata contro il donatore stesso.<sup>5</sup>

Dispone inoltre espressamente l'art. 311 – 20 del codice civile che al consenso prestato per la fecondazione assistita consegue il divieto di azioni giudiziali tese a stabilire o contestare la filiazione, ed altresì la possibilità di agire giudizialmente per la dichiarazione giudiziale di paternità contro colui che, pur avendo acconsentito all'applicazione di tecniche di fecondazione eterologa, non riconosca poi il bambino nato in conseguenza delle stesse<sup>6</sup>.

In Francia dunque la fecondazione eterologa è permessa, seppure nel rispetto di talune condizioni espressamente indicate dalla legge. Si coglie allora una fondamentale differenza della legislazione francese rispetto a quella italiana che, invece, all'art. 4 della legge n. 40/2004 vieta espressamente “*il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*”.

E' interessante notare, peraltro, come la legislazione italiana preveda comunque, per un verso, la non punibilità della coppia che, malgrado il divieto, abbia fatto ugualmente ricorso a tecniche di procreazione assistita di tipo eterologo<sup>7</sup>, e, per altro verso, detti una apposita disciplina (con disposizione quanto mai opportuna considerato il diverso contesto normativo proprio di altri Paesi europei ed il fenomeno sempre più diffuso del

---

<sup>5</sup> **Article 311 – 19 code civil** : « *En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation. Aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur.* »

<sup>6</sup> **Article 311-20 code civil** « *Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation*  
*Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet.*  
*Le consentement est privé d'effet en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de la procréation médicalement assistée. Il est également privé d'effet lorsque l'homme ou la femme le révoque, par écrit et avant la réalisation de la procréation médicalement assistée, auprès du médecin chargé de mettre en oeuvre cette assistance.*  
*Celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant.*  
*En outre, sa paternité est judiciairement déclarée. L'action obéit aux dispositions des articles 328 et 331”.*

<sup>7</sup> L'art. 12, comma 8°, l. 40/2004, stabilisce infatti che “*l'uomo e la donna ai quali sono applicate le tecniche*” di procreazione assistita di tipo eterologo “*non sono punibili*”.

turismo procreativo) riguardante le conseguenze giuridiche sui rapporti di filiazione per tutti i casi in cui la nascita sia avvenuta a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione assistita, compreso quello in cui si sia proceduto alla fecondazione eterologa, prevedendo, in particolare, a tutela dei fondamentali diritti del nascituro, il divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre.

L'art. 9 della l. 40/2004 (*Divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre*) dispone infatti al primo comma: *"Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice"*.

Stabilisce poi al secondo comma che *"La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396"*.

Il terzo comma dell'articolo dispone infine che : *"In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'art. 4, comma 3, 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"*.

La legge italiana, dunque, si fa carico delle conseguenze derivanti per il caso in cui, malgrado il divieto previsto dalla legge, siano nati figli in seguito all'applicazione di tecniche di fecondazione eterologa, predisponendo una normativa che presenta molti punti di contatto con quella francese e che, sotto diverso profilo, trae spunto dall'esperienza giurisprudenziale italiana sulla materia, codificando soluzioni già

individuata nelle aule di giustizia in epoca anteriore l'introduzione del divieto di fecondazione con gameti di donatori estranei alla coppia <sup>8</sup>.

A parte l'impostazione di fondo radicalmente opposta - liceità della fecondazione eterologa secondo l'ordinamento francese, seppur in presenza di taluni presupposti, e, al contrario, divieto assoluto in Italia - è interessante notare come, nel disciplinare le conseguenze del ricorso alla tecnica in questione sul versante della filiazione, anche il legislatore italiano abbia dettato disposizioni che, come quelle francesi, perseguono la finalità di assicurare la massima tutela possibile al nascituro.

Passando ad esaminare più in dettaglio la regolamentazione giuridica oggi vigente in Francia, va segnalato, in primo luogo, che la donazione dei gameti si caratterizza per essere essenzialmente un atto volontario e disinteressato. La legge prescrive, infatti, espressamente che la donazione sia anonima e gratuita. E' previsto inoltre che il donatore di gameti:

- debba avere meno di 45 anni se maschio e meno di 38 anni se femmina (e ciò in

---

<sup>8</sup> Con riferimento a questa esperienza, può essere utile ricordare che la Corte Costituzionale nella decisione del 26 settembre 1998 n. 347, nel dichiarare inammissibile la questione sollevata con riferimento all'art. 235 c.c., aveva chiarito come la suddetta disposizione, presupponendo che la procreazione fosse conseguita alla violazione del dovere di reciproca fedeltà tra i coniugi, non potesse ritenersi applicabile all'ipotesi di procreazione medicalmente assistita eterologa alla quale il marito avesse preventivamente acconsentito, trattandosi di ipotesi del tutto differenti e risultando l'assenza di una medesima *ratio*.

Allo stesso modo, la Corte di Cassazione, con sentenza n. 2315 del 16 marzo 1999, dissentendo con quanto affermato sino a quel momento dalla giurisprudenza di merito (che aveva invece considerato non ostativo al disconoscimento della paternità il consenso prestato dal marito alla fecondazione eterologa), aveva ritenuto inammissibile l'azione per il disconoscimento della paternità del figlio nato in seguito a fecondazione eterologa avvenuta con il consenso del marito, in quanto non riconducibile alle ipotesi tassative, di stretta interpretazione, indicate dalla norma di cui all'art. 235 c.c.

Secondo il Supremo Collegio, infatti, il consenso preventivamente prestato alla fecondazione eterologa caratterizza l'ipotesi in questione rendendola del tutto diversa, nei suoi elementi essenziali, da quelle espressamente contemplate all'art. 235 c.c., con conseguente impossibilità dunque di una interpretazione estensiva o analogica.

Con decisione immediatamente successiva il Tribunale di Napoli (Tribunale Napoli, 24 giugno 1999), rigettando la domanda di disconoscimento di paternità, aveva anch'esso affermato come l'inseminazione artificiale non potesse in sé ritenersi lesiva dell'obbligo di fedeltà (presupposto imprescindibile per l'applicazione della disposizione di cui all'art. 235 c.c.), essendo configurabile detta violazione solo nell'ipotesi in cui alla procreazione eterologa si fosse proceduto senza il consenso del marito. Il Tribunale di Napoli, come già la Corte di Cassazione, osservò inoltre come la ricerca della verità biologica non sia un valore assoluto e come, conseguentemente, la derivazione biologica non possa ritenersi criterio esclusivo per la determinazione dei rapporti di filiazione giacché, dal punto di vista della valutazione giuridica, la manifestazione di volontà del padre all'inseminazione eterologa appare quale atto di responsabilità del tutto equiparabile, con riferimento all'affermazione del rapporto di filiazione, a quello della procreazione per via naturale.

considerazione del maggior rischio di anomalie cromosomiche con l'aumentare dell'età anagrafica);

- debba essere genitore di almeno un figlio (cosa che permette, da un lato di apprezzarne la fertilità, e che, dall'altro, ha una fondamentale importanza sotto il profilo psicologico);
- debba dimostrare il consenso del compagno o della compagna qualora faccia parte di una coppia;
- debba prestare il suo consenso scritto ad una donazione anonima e gratuita

Gratuità ed anonimato costituiscono dunque caratteristiche essenziali della donazione di gameti.

La regola della gratuità discende direttamente dal principio generale della non patrimonialità del corpo umano e dei suoi elementi, prevista espressamente in Francia dall'art. 16 - 1 del codice civile <sup>9</sup>. Il codice della sanità pubblica ricorda inoltre che *“aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué à celui qui se prête au prélèvement d'élément de son corps ou à la collecte de se produit”*. Pertanto la donazione di gameti non può che essere gratuita ed espressione di una reale generosità del terzo donatore.

La regola dell'anonimato discende anch'essa dai principi generali in tema di donazione ed utilizzazione di elementi del corpo umano. Il codice francese *de la santé publique* dispone infatti che il donatore non possa conoscere l'identità del destinatario della donazione medesima e viceversa, ed altresì che nessuna informazione tale da consentire

---

<sup>9</sup> **Art. 16 – 1, al 3, code civil:** *“Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial”*.

**Art. 16 – 5 code civil:** *“Le conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles ».*

**Art. 16 – 6 code civil :** *« Aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui – ci ».*

l'identificazione di colui che ha fatto dono di un elemento o di un prodotto del suo corpo e di colui che sia stato il destinatario della donazione possa essere divulgata <sup>10</sup>.

Nel caso particolare della donazione di gameti, la regola dell'anonimato comporta peraltro che neppure il bambino nato in seguito all'applicazione delle tecniche di procreazione assistita con terzo donatore possa avere accesso alle informazioni necessarie per l'identificazione del genitore biologico.

Si pone allora la questione (sulla quale in Francia è molto acceso il dibattito) della compatibilità della regola dell'anonimato della donazione dei gameti con il diritto del bambino di conoscere le sue origini, espressamente riconosciuto dalla Convenzione di New York del 26 febbraio 1990.

Oggi in Francia sono numerose le persone nate in seguito a tecniche di fecondazione eterologa che hanno più di 15 anni. In alcuni casi dette persone si sono rivolte ai Centri per avere informazioni sui propri genitori biologici. Durante la sessione di studi è stata affrontata specificamente la questione. Il prof. Bernard Golse (pedopsichiatra) ed i dott.ri Dominique Mehl (sociologo) e Serge Hefez (psichiatra) hanno sottolineato come sia importante per una crescita equilibrata del minore che egli abbia un'idea corretta sulle proprie origini e come, dunque, il problema sia fortemente sentito e meriti attenta riflessione.

Peraltro è stato parimenti osservato che l'eliminazione della regola dell'anonimato rischierebbe di avere conseguenza disastrose soprattutto sul versante dei donatori (già ora non numerosi: il problema della fecondazione eterologa è infatti la carenza di gameti a disposizione), molti dei quali non sarebbero disposti a consentire alla donazione dei propri gameti se non con la garanzia dell'anonimato.

---

<sup>10</sup> Dispone infatti l'**art. L. 1211 – 5 code de la santé publique** che *“le donneur ne peut connaître l'identité du receveur, ni le receveur celle du donneur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui à fait don d'un élément ou d'un produit de son corp et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée”*.

Vi è da segnalare, inoltre, che l'eliminazione della regola dell'anonimato rischierebbe di porre il bambino che sia nato con il ricorso alla tecnica della fecondazione eterologa al centro di un conflitto d'appartenenza tra due padri (quello biologico e quello sociale ed affettivo) o due madri (quella biologica e quella che lo ha partorito, nel caso di dono di ovociti).

D'altro canto, può osservarsi che il diritto del bambino a conoscere le sue origini ben potrebbe essere assicurato disponendo eventualmente l'obbligo per i genitori di svelare ai loro figli la loro storia (informazione oggi lasciata nella piena disponibilità dei genitori stessi), ma nel contempo conservando la regola dell'anonimato, e quindi il divieto di accedere alle informazioni identificative dei genitori biologici.

Un compromesso accettabile tra le due opposte esigenze (ritenute entrambe meritevoli di considerazione e tutela) è stato indicato nella soluzione fatta propria da alcune proposte di legge che sollecitano una revisione della vigente normativa nel senso di prevedere che si possa proporre alla coppia che ricorre alla fecondazione eterologa la possibilità di scegliere se avvalersi di un donatore anonimo oppure di un donatore che abbia, a sua volta, acconsentito ad essere identificato; la stessa possibilità di scelta sarebbe poi assicurata ai donatori i quali, al momento della prestazione del consenso, dovrebbero specificare se intendono o meno restare anonimi.

**1b) La donazione (o meglio l'accoglienza) dell'embrione** (*l'accueil d'embryon par un couple tiers*): procedimento; questioni controverse: in particolare, anonimato e divieto di contestazione dello *status*.

In Francia (come pure in Italia) è vietata la creazione di embrioni a scopo scientifico; è possibile la creazione di embrioni solo nell'ambito del procedimento di fecondazione

assistita e quindi nella prospettiva della nascita di una nuova vita <sup>11</sup>.

Contrariamente a quanto stabilito dalla legge italiana, che sino alla recentissima pronuncia della Corte Costituzionale dell'8 maggio 2009, n. 151 prevedeva il tassativo divieto di produrre più di tre embrioni per volta e l'obbligo di utilizzarli tutti in un unico impianto <sup>12</sup>, in Francia è lasciata alla valutazione medica la possibilità di decidere quanti embrioni debbano essere creati nell'ambito di un ciclo di procreazione assistita, valutazione da effettuarsi secondo le regole dell'arte in relazione alle specifiche particolarità del caso concreto e alla salute della donna. E' inoltre lasciata alla scienza medica e alla deontologia professionale del sanitario precedente stabilire, nel singolo caso, quanti embrioni debbano essere destinati al trasferimento in utero, numero che varia in considerazione della specificità del caso ed in particolare dell'età della donna. Se la donna è molto giovane, l'indicazione terapeutica è solitamente nel senso che si debba procedere all'impianto di un solo embrione, per evitare il rischio di gravidanze plurime; nella maggior parte dei casi si procede invece all'impianto di due embrioni, sino ad un massimo di tre <sup>13</sup>.

Accade allora che una parte degli embrioni prodotti durante il ciclo di procreazione

---

<sup>11</sup> **Art. L. 2141-3 Code de la santé publique:** « Un embryon ne peut être conçu in vitro que dans le cadre et selon les objectifs d'une assistance médicale à la procréation telle que définie à l'article L. 2141-2.

*Il ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des membres du couple.*

*Compte tenu de l'état des techniques médicales, les membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que soit tentée la fécondation d'un nombre d'ovocytes pouvant rendre nécessaire la conservation d'embryons, dans l'intention de réaliser ultérieurement leur projet parental. Une information détaillée est remise aux membres du couple sur les possibilités de devenir de leurs embryons conservés qui ne feraient plus l'objet d'un projet parental.*

*Les membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que les embryons, non susceptibles d'être transférés ou conservés, fassent l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L. 2151-5. Un couple dont des embryons ont été conservés ne peut bénéficier d'une nouvelle tentative de fécondation in vitro avant le transfert de ceux-ci sauf si un problème de qualité affecte ces embryons ».*

<sup>12</sup> Con la sentenza in questione la Corte Costituzionale ha dichiarato “ *l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre»; e del comma 3, della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna*”.

<sup>13</sup> Recenti studi hanno dimostrato che in Italia è fortemente aumentato il numero di gravidanze plurigemellari nelle donne sottoposte a procreazione assistita. La gravidanza plurigemellare è considerata dai sanitari fortemente rischiosa sia per la salute della donna che per la salute dei nascituri, essendo in particolare molto più elevato il rischio di aborto spontaneo o di complicazioni quali gestosi, etc).

assistita rimangono inutilizzati. Si tratta dei c.d. embrioni soprannumerari i quali sono destinati alla crioconservazione.

Gli stessi potranno in futuro essere utilizzati dalla coppia che li ha prodotti in funzione della nascita di un altro figlio, ma potranno anche essere destinati alla ricerca scientifica (come si dirà più diffusamente in seguito) o alla realizzazione del progetto parentale di una coppia terza. Contrariamente a quanto accade in Italia, è infatti espressamente previsto dalla legge francese che la coppia da cui gli embrioni abbiano avuto origine possa consentire che gli stessi siano accolti da un'altra coppia che desideri un figlio.

E' dunque previsto che la coppia che non possa avere figli e che ne abbia fatto specifica richiesta possa procedere, all'esito di un particolare procedimento in cui fondamentale è l'intervento del giudice, alla fecondazione eterologa attraverso l'impianto in utero dell'embrione concepito con i gameti di altra coppia.

La procedura *pour l'accueil de l'embryon* è una procedura molto particolare, che si differenzia da quella avente ad oggetto la donazione di gameti prima delineata e che presenta, infatti, alcuni aspetti comuni con la procedura di adozione dei minori. E' un procedimento che riflette, in definitiva, la natura ibrida dello statuto dell'embrione umano, che ancora non è una persona (non è infatti titolare di diritti e di obblighi: la personalità giuridica si acquisterà solo con la nascita), ma che neppure può essere considerato alla stregua di una *res*, trattandosi di un'entità del tutto differente dai gameti da cui ha avuto origine. Si coglie dunque, anche nelle disposizioni normative riguardanti l'accoglienza dell'embrione, l'impostazione di fondo che caratterizza la legislazione francese, la quale tende - seppur in misura più attenuata rispetto alla legge italiana - ad attribuire il massimo della tutela possibile all'embrione, sul presupposto che lo stesso, pur non essendo ancora una persona umana, è destinato a diventarlo, rappresentando la prima tappa dello sviluppo di una stessa vita.

Nella parte iniziale, la procedura dell'*accueil d'embryon* è del tutto simile al procedimento previsto per la donazione di gameti, specie per quanto riguarda la fase prettamente medica. Nella fase più strettamente giuridica se ne differenzia, avvicinandosi piuttosto alla procedura d'adozione di minori.

Anche la terminologia usata nei testi normativi è peculiare, non essendo riscontrabile, ad esempio, il termine donazione e facendo la legge riferimento piuttosto al diverso concetto del consenso della coppia da cui ha avuto origine l'embrione all'accoglienza dello stesso da parte di una coppia terza ("*consentement du couple à l'accueil de ses embryons par un couple tiers*").

D'altro canto è ovvio che il procedimento debba differenziarsi da quello previsto per l'adozione dei minori poiché l'embrione non è ancora un bambino, ma solo una vita *in fieri*.

Si coglie inoltre nella legge la volontà di differenziare la fattispecie da quella dell'adozione di minori anche riguardo al presupposto di quest'ultima (rappresentato dallo stato di abbandono in cui versa il minore destinato all'adozione), nell'intento di non colpevolizzare la coppia che rinunci ai suoi embrioni. L'opzione del consenso all'accoglienza dei propri embrioni da parte di una coppia terza è infatti dalla legge presentata come una auspicabile e valida alternativa alla distruzione, altrimenti prima o poi inevitabile, degli embrioni stessi.

Questa particolare procedura è prevista dagli articoli L. 2141 – 4 e L. 2141 – 5 *code de la santé publique*, come modificati dalla legge 94- 654 del 30 luglio 1994 <sup>14</sup>, ed è

---

<sup>14</sup> **Article L. 2141-4 code de la santé publique:** «*Les deux membres du couple dont des embryons sont conservés sont consultés chaque année par écrit sur le point de savoir s'ils maintiennent leur projet parental. S'ils n'ont plus de projet parental ou en cas de décès de l'un d'entre eux, les deux membres d'un couple, ou le membre survivant, peuvent consentir à ce que leurs embryons soient accueillis par un autre couple dans les conditions fixées aux articles L. 2141-5 et L. 2141-6, ou à ce qu'ils fassent l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L. 2151-5, ou à ce qu'il soit mis fin à leur conservation. Dans tous les cas, le consentement ou la demande est exprimé par écrit et fait l'objet d'une confirmation par écrit après un délai de réflexion de trois mois.*

*Dans le cas où l'un des deux membres du couple consultés à plusieurs reprises ne répond pas sur le point de*

disciplinata nel dettaglio dal decreto n. 99 – 925 del 2 novembre 1999 (che ha modificato gli articoli del codice *de la santé publique* R. 152 5 – 1 e seguenti).

Le disposizioni richiamate stabiliscono, in particolare, che la coppia da cui ha tratto origine l’embrione, e che acconsente all’*accueil* dello stesso da parte di terzi, debba avere avuto legittimo accesso alle tecniche di fecondazione assistita poiché, come già accennato, anche in Francia solo questa procedura può legalmente condurre alla creazione *in vitro* di embrioni soprannumerari destinati, se non impiantati, alla crioconservazione.

L’art. L. 2141 – 4 *code de la santé publique* prevede poi (anche al fine di evitare una conservazione illimitata degli embrioni) che i centri di assistenza alla fecondazione debbano ogni anno consultare la coppia da cui l’embrione crioconservato ha avuto origine per sapere se la stessa conservi ancora un progetto parentale. Prevede altresì che la coppia possa « *consentir à ce que leurs embryons conservés soient accueillis par un autre couple* ».

Il procedimento si sviluppa inizialmente presso il centro di assistenza alla procreazione. Conclusa la fase strettamente medica, il consenso scritto espresso della coppia da cui l’embrione ha avuto origine (confermato dopo un periodo di tre mesi di riflessione) viene inviato al giudice per la registrazione. Il giudice può ricevere la coppia per una conferma del consenso prestato, ma non è obbligato a farlo. Nel caso un colloquio vi sia, il giudice ricorda alla coppia le regole dell’anonimato e della gratuità del consenso prestato. In ogni

---

*savoir s’il maintient ou non son projet parental, il est mis fin à la conservation des embryons si la durée de celle-ci est au moins égale à cinq ans. Il en est de même en cas de désaccord des membres du couple sur le maintien du projet parental ou sur le devenir des embryons. Lorsque les deux membres d’un couple, ou le membre survivant, ont consenti, dans les conditions prévues aux articles L. 2141-5 et L. 2141-6, à l’accueil de leurs embryons et que ceux-ci n’ont pas été accueillis dans un délai de cinq ans à compter du jour où ce consentement a été exprimé par écrit, il est mis fin à la conservation de ces embryons ».*

**Article L 2141-5 code de la santé publique :** « *A titre exceptionnel, les deux membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple dans les conditions prévues à l’article L. 2141-6.*

*En cas de décès d’un membre du couple, le membre survivant est consulté par écrit sur le point de savoir s’il consent à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple dans les conditions prévues à l’article L. 2141-6 ».*

caso, l'ufficio giudiziario deve controllare che la pratica inviata dal centro di assistenza sia in regola, ed in particolare che il consenso della coppia sia stato espresso per iscritto (in alcuni uffici giudiziari, ad es. a Toulouse, è prassi che tutte le coppie intenzionate a consentire l'*accueil* del loro embrione vengono sentite dal giudice).

A sua volta, la coppia destinata ad accogliere l'embrione deve sottoporsi ad un colloquio con una *équipe* medica interdisciplinare (è prevista anche la figura dello psicologo) teso alla verifica delle motivazioni della richiesta. L'*équipe* medica deve poi accertare la sussistenza delle condizioni previste dalla legge per l'accesso alle tecniche di fecondazione eterologa e deve informare i richiedenti delle possibilità offerte dalla legge in ordine alla adozione di minori.

La coppia, dopo un periodo di riflessione di almeno un mese, dovrà confermare per iscritto la propria richiesta e la stessa dovrà essere trasmessa al giudice, che dovrà verificare quanto attestato dal centro di assistenza alla procreazione e che interviene nella procedura sia per fornire alla coppia informazioni sulle conseguenze in materia di filiazione (le stesse che per la donazione di gameti) e sulle regole della gratuità e dell'anonimato caratterizzanti il consenso prestato, sia per emettere la necessaria autorizzazione all'esito di una peculiare attività processuale. Il giudice è dotato di poteri di investigazione d'ufficio al fine di apprezzare "*le conditions d'accueil que ce couple est susceptible d'offrir à l'enfant à naître sur le plan familial, éducatif et psychologique*".

All'esito dell'indagine, il giudice potrà concedere ovvero negare la sua autorizzazione all'*accueil*. E' dunque confermata la peculiarità dell'*accueil* dell'embrione rispetto alla donazione di gameti e la sua affinità con la procedura dell'adozione di minori<sup>15</sup>.

Il codice penale francese prevede poi un sistema di sanzioni (introdotte con la legge n.

---

<sup>15</sup> Si discute in Francia sull'opportunità di conservare detta procedura. Sono state infatti avanzate proposte di legge per l'abolizione della stessa, da sostituirsi con la possibilità, ora vietata, del doppio dono di gameti.

800 del 6 agosto 2004) tendente ad assicurare che il procedimento si svolga secondo le modalità stabilite dalla legge.

L'art. 511 -15 del codice penale punisce infatti con la pena di 7 anni di reclusione e con l'ammenda di 1.000.000 euro *“le fait d’obtenir des embryons humains contre paiement, quelle qu’en soit la forme”*.

Con la stessa pena è punito *“le fait d’apporter son entremise pour favoriser l’obtention d’embryons humains contre un paiement, quelle qu’en soit la forme, ou de remettre à des tiers, à titre onéreux, des embryons humains”*.

L'art. 511 -16 del codice penale punisce inoltre con la pena di 7 anni di reclusione e con l'ammenda di 1000.000 euro *“le fait d’obtenir des embryons humains sans respecter les conditions prévues aux articles L. 2141 – 4 et 2141- 5 du code de la santé publique”*.

L'art. 511 -25 del codice penale punisce infine con la pena di 2 anni di reclusione e con l'ammenda di 30.000 euro *“le fait d’exercer les activités nécessaires à l’accueil d’un embryon humains dans les conditions fixées à l’article L. 2141 -6 du code de la santé publique :*

*1° Sans s’être préalablement assuré qu’a été obtenu l’autorisation judiciaire prévue au deuxième alinéa dudit article;*

*2° Ou sans avoir pris connaissance des résultats des tests de dépistage des maladies infectieuses exigés au sixième alinéa du même article;*

*3° Ou en dehors d’un établissement autorisé conformément aux dispositions du septième alinéa du même article”*.

Con la stessa pena l'art. 511 -25 del codice penale punisce *“le fait de divulguer une information nominative permettant d’identifier à la fois le couple qui a renoncé à l’embryon et le couple qui l’a accueilli”*.

In Italia l'unico destino degli embrioni soprannumerari è invece il mantenimento dello

stato di crioconservazione sino ad estinzione, inevitabile con il passare del tempo.

Nonostante durante l'*iter* parlamentare che ha portato all'approvazione della legge attualmente in vigore si sia ampiamente discusso anche in Italia della possibilità di consentire la destinazione degli embrioni soprannumerari all'accoglienza ad opera di una coppia sterile desiderosa di avere un figlio, la legge n. 40 del 2004 ha dato un taglio fortemente restrittivo, nell'ottica dell'assoluto divieto di ogni tipo di fecondazione eterologa, anche con riferimento agli embrioni già esistenti e, dunque, inevitabilmente destinati alla estinzione<sup>16</sup>.

La rigida impostazione fatta propria dalla legge approvata dal nostro Parlamento è stata fortemente criticata e sono state presentate varie proposte tendenti ad una radicale revisione dell'impostazione restrittiva, specie con riferimento alla questione riguardante gli embrioni soprannumerari.

A tale proposito possono ricordarsi, ad esempio, la proposta di legge n. 7880 e il disegno di legge n. 22, presentato in Senato il 28 aprile 2006 dai senatori Franco, Angius ed altri, che contemplano la possibilità di conservazione degli embrioni derivanti dalle tecniche di fecondazione medicalmente assistita e stabiliscono che entro il termine massimo di cinque anni i soggetti che alle tecniche abbiano avuto accesso e che non desiderino

---

<sup>16</sup> Nella proposta predisposta dalla commissione ministeriale istituita presso il Ministero di grazia e giustizia e presieduta dal prof. Busnelli (10 maggio 1996), ad esempio, si prevedeva espressamente che l'embrione potesse essere "destinato ad altra coppia". In particolare, l'art. 23 disponeva: "L'embrione crioconservato è tenuto a disposizione della coppia richiedente per un periodo di cinque anni, a partire dalla formazione dell'embrione". Ove, prima della scadenza di tale termine, la coppia rinunci per iscritto al programma procreativo concordato con il Centro, l'embrione può essere destinato ad altra coppia che abbia fatto richiesta ai sensi della presente legge. Deve essere comunque garantito l'anonimato reciproco tra la coppia rinunciante e la coppia richiedente".

Anche nel progetto di legge n. 47 (approvato dalla Camera dei Deputati il 26 maggio 1999 e divenuto, una volta giunto in Senato, DDL n. 4048) all'art. 16 si prevedeva che il "giudice tutelare, sentita la coppia richiedente e fatte le opportune valutazioni ai sensi della legge n. 184 del 1983...dichiara con decreto motivato l'adozione dell'embrione o degli embrioni da impiantare contestualmente".

Era stata inoltre prevista una specifica disciplina in relazione allo *status* dei figli nati in seguito alla procedura di "adozione" di embrioni, stabilendosi come gli stessi dovessero essere considerati figli legittimi della coppia coniugata o figli naturali riconosciuti della coppia convivente che avesse proceduto all'accoglimento dell'embrione.

In senso favorevole all'accoglienza degli embrioni soprannumerari ad opera di una coppia terza, una volta accertato lo stato di abbandono degli stessi, si era anche espresso il Comitato Nazionale per la Bioetica nel documento del 18 novembre 2005.

utilizzare gli embrioni a scopo di gravidanza debbono decidere se “*richiedere al centro la distruzione degli embrioni*”; oppure “*consentire l'utilizzazione degli embrioni al fine di rendere possibile la gravidanza di un'altra donna, previa rinuncia al riconoscimento del nascituro*”; oppure, infine, “*autorizzare l'uso degli embrioni nell'ambito di ricerche cliniche e sperimentali, nel rispetto delle disposizioni di cui all'art. 13*”( in tal senso espressamente la proposta di legge n. 7880)<sup>17</sup>.

Interessante notare come la disciplina proposta con i suddetti progetti di revisione della legge italiana indichino soluzioni da tempo in vigore nell'ordinamento giuridico francese.

**1c) Il ruolo del giudice francese in ordine ad alcune questioni controverse:**

**coppie omosessuali; turismo procreativo; gestazione per conto terzi.**

E' fortemente dibattuta in Francia la questione dell'accesso alle tecniche di fecondazione assistita per le coppie omosessuali o per le persone che non facciano parte di una coppia.

La legge, come abbiamo visto, pone un divieto assoluto.

Dal canto suo il Comitato consultivo nazionale di bioetica (*le Comité consultatif national d'éthique*), pur avendo di recente dimostrato consistenti aperture quanto all'adozione di minori da parte di coppie omosessuali<sup>18</sup>, ha invece sinora espresso forti riserve sull'accesso delle coppie costituite da persone dello stesso sesso alla fecondazione medicalmente assistita.

Secondo recenti studi, numerose coppie omosessuali francesi si recano ogni anno

---

<sup>17</sup> Di rilievo, sotto diversi profili, anche il progetto di legge Amato e il progetto di legge presentato nel 2006 per iniziativa dei deputati Cappato ed altri, dove sono previste anche disposizioni sulla maternità surrogata, sulla ricerca scientifica e sulla clonazione.

<sup>18</sup> Con una recente decisione della Cedu del 22 gennaio 2008 la Francia è stata condannata per discriminazione per il rigetto di una domanda di adozione di un minore proposta da una persona omosessuale.

all'estero (ad esempio nella vicina Spagna, che consente il ricorso alle tecniche di procreazione assistita anche alle coppie omosessuali) per ottenere la fecondazione in vitro con terzo donatore e poi, al rientro in territorio francese utilizzano varie strategie processuali per cercare di ottenere il riconoscimento di un qualche legame di filiazione tra il bambino ed il membro della coppia che non ne sia il genitore biologico, o perlomeno per ottenere dal giudice della famiglia il riconoscimento di una delega della autorità parentale.

Per il diritto francese la madre è colei che partorisce il figlio. Per le coppie omosessuali femminili il problema si pone dunque quanto al riconoscimento di un qualche legame tra il bambino e il membro femminile della coppia che non abbia portato avanti la gravidanza e partorito il figlio.

E' stata rigettata, con decisione della Corte di Cassazione francese del 20 febbraio 2007, la domanda di adozione proposta da una donna omosessuale nei confronti del bambino partorito dalla sua compagna, sul presupposto che in questo caso l'adozione sarebbe stata contraria agli interessi del minore perché, consentendo all'adozione del proprio figlio ad opera della propria compagna, la madre naturale in sostanza avrebbe rinunciato all'autorità parentale che le compete, con grave pregiudizio per il minore.

Alle coppie omosessuali è però riconosciuta in Francia almeno la possibilità di ottenere dal giudice della famiglia il riconoscimento di un legame tra il minore e il membro della coppia che non ne sia il genitore biologico attraverso il meccanismo della parziale delega della autorità parentale da parte del genitore biologico all'altro membro della coppia.

Tale possibilità è stata riconosciuta, tra le altre, con le decisioni della Corte di Cassazione del 24 febbraio 2006 e del 20 febbraio 2007, nelle quali è stato richiamato a fondamento della soluzione l'art. 377 – 1 *code civil* ed è stato precisato che “*les pere et mère ensemble ou séparément peuvent, lorsque le circonstances l'exigent, saisir le juge*

*en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers membre de la famille, proche digne de confiance, lorsque les circonstances l'exigent et que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant*". In questo modo il Supremo Collegio, pur rigettando la domanda tesa alla costituzione di un legame giuridico di filiazione in favore dell'altro membro della coppia omosessuale, è giunto di fatto a riconoscere allo stesso un ruolo quasi parentale, in nome dell'interesse superiore del minore.

Si tratta peraltro di una soluzione non condivisa unanimemente e, in particolare, criticata in particolare da coloro che vi leggono un modo per aggirare il divieto per le coppie costituite da persone dello stesso sesso di ricorrere alle tecniche di procreazione assistita.

Gli operatori dei centri ed i giudici francesi si sono inoltre trovati a dover decidere se autorizzare o meno l'accesso alle tecniche di procreazione assistita consentite in Francia a cittadini stranieri che si siano recati nel territorio francese proprio al fine di ottenere una assistenza medica alla procreazione vietata nel loro Paese. Si è verificato, ad esempio, il caso di coppie italiane che abbiano richiesto di poter accedere alla fecondazione eterologa.

La questione è aperta, ma la tendenza sembra essere quella del rigetto delle domanda, sul presupposto che dovrebbe trovare applicazione, in base alle disposizioni di diritto internazionale privato, la legge del Paese di origine per le questioni riguardanti la persona.

**- La gestazione per conto terzi (*"gestation ou maternité pour autrui"*).**

In Francia ci si riferisce alla *gestation ou maternité pour autrui* per indicare quelle forme di fecondazione eterologa che si caratterizzano per l'intervento nel processo procreativo

di una donna estranea alla coppia ed il cui fine è la nascita di un bambino “*qui ne sera pas rattachè*” alla donna che lo ha portato in grembo e che lo ha partorito.

Nell’ambito della *gestation pour autrui* occorre peraltro tenere ben distinte due diverse situazioni: quella in cui una donna estranea alla coppia accetti di essere inseminata con i gameti del marito o compagno della donna sterile, definita con l’espressione “*mère de substitution o maternité pour autrui*”; e quella in cui la donna terza accetti di portare nel suo grembo l’embrione fecondato *in vitro* con i gameti della coppia, nell’ipotesi in cui la coppia non sia sterile ma il membro femminile della stessa abbia difficoltà a portare a termine la gravidanza: questa seconda situazione è definita in Francia con l’espressione “*mère porteuse*”.

Nel primo caso, il nascituro appartiene pienamente dal punto di vista biologico alla donna estranea alla coppia, essendo stato concepito con il suo apporto genetico ed essendo stato dalla stessa portato in grembo e partorito. Quella donna è cioè al tempo stesso genitrice biologica e gestatrice del nascituro.

Nel secondo caso, invece, si verifica una dissociazione tra la madre genetica e sociale e colei che accoglie nel suo grembo l’embrione e porta avanti la gravidanza sino al parto. La fecondazione è infatti avvenuta con i gameti della coppia e l’intervento della donna estranea alla coppia stessa è limitato alla gestazione. In questo caso il bambino avrà due madri dal punto di vista biologico: una madre genetica e una madre uterina.

In Italia le due diverse situazioni ora delineate vengono generalmente indicate con l’espressione “maternità surrogata” nel primo caso, e con la diversa espressione “locazione d’utero” per l’ipotesi in cui la donna estranea alla coppia si limiti ad acconsentire alla gestazione e al parto, ma non partecipi con il proprio patrimonio genetico alla fecondazione.

L’art. 16 – 7 *code civil* (introdotto con la legge del 29 luglio 1994) sancisce

espressamente la illiceità di ogni convenzione che abbia per oggetto la gestazione per conto terzi, con riferimento ad entrambe le situazioni prima delineate e cioè sia la *convention de mère porteuse* sia la *convention de maternité pour autrui*, sancendo espressamente “*Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d’autrui est nulle*”. Precisa inoltre l’art. 16 – 9 *code civil* che la disposizione è di ordine pubblico.

Le ragioni del divieto sono state rinvenute dalla dottrina e dalla giurisprudenza nella illiceità dell’oggetto e della causa del contratto, poiché contrastanti con i principi dell’indisponibilità del corpo umano e della indisponibilità dello stato delle persone.

Si ritiene infatti che la convenzione *de gestation pour autrui* contrasti con il principio di indisponibilità del corpo umano poiché, da una parte, implica una prestazione che concerne il corpo della donna, la quale si obbliga a portare nel suo grembo il nascituro e a partorirlo (oltre che a fornire i propri gameti per il caso in cui partecipi anche alla fecondazione), e, dall’altra, implica l’obbligazione di rimettere il bambino alla coppia con la quale la convenzione sia stata stipulata.

Si osserva inoltre come la pratica in questione comporti il rischio di nuove forme di sfruttamento del corpo femminile, specie nell’ipotesi in cui la convenzione preveda una remunerazione della prestazione, e come comporti altresì dei rischi per la salute della donna, considerato che la gestazione e il parto potrebbero essere fonte di complicanze sanitarie (gestosi, parto cesareo, conseguenze *post partum* etc.).

La dignità della persona umana, insomma, impedirebbe che una donna possa essere trattata come mezzo o strumento per la realizzazione dei fini altrui, cosa che implicherebbe un grave indebolimento della distinzione fondamentale tra le persone e le cose.

Quanto alla prestazione concernente la “cessione” del bambino alla coppia che abbia un

progetto parentale, l'illiceità risiederebbe nel fatto che la stessa ha ad oggetto non una cosa ma una persona, tanto che il dibattito verte sulla cd. reificazione del bambino.

Senza parlare poi dei gravissimi conflitti che potrebbero verificarsi qualora, nato il bambino, colei che lo ha partorito (e che ne è giuridicamente la madre) si rifiuti di rimmetterlo alla coppia richiedente.

Infine, si ritiene che il contratto in questione urti altresì con il principio di indisponibilità dello stato delle persone, dato che è finalizzato a far nascere un bambino il cui stato si prevede non debba corrispondere alla situazione di filiazione stabilita in generale dall'ordinamento.

Si afferma dunque che la causa della convenzione è illecita poiché tendente a disporre dello stato giuridico del bambino, oltre che di quello della donna che lo ha partorito, incidendo sulle conseguenze giuridiche che deriverebbero dall'applicazione del principio generale secondo cui madre del bambino è colei che lo ha partorito.

Alla sanzione civile della nullità del contratto di maternità surrogata non si accompagna peraltro nell'ordinamento francese una sanzione penale per i contraenti: il fatto della stipula di siffatta convenzione e del conseguente ricorso a questa particolare tecnica di procreazione eterologa è penalmente irrilevante per la coppia e per la donna che si presti a portare avanti la gravidanza per conto terzi.

Il diritto penale francese infatti punisce solamente gli intermediari.

L'art. 227 – 12 *code pénal*, con disposizione introdotta con la legge del 29 luglio 1994, considera infatti penalmente rilevante “*le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le remettre*”. Questa disposizione mira dunque ad assicurare in qualche modo il rispetto del divieto di maternità surrogata, espressamente enunciato dal codice civile,

senza peraltro giungere ad assoggettare a sanzione penale i contraenti <sup>19</sup>.

Ugualmente punite sono le condotte di assistenza medica alla maternità surrogata, sostanziandosi le stesse in interventi di procreazione medicalmente assistita non consentiti dalla legge in quanto finalizzati a realizzare la nascita di un bambino che non è figlio di entrambi i membri della coppia presa in considerazione. Vigendo, infatti, nell'ordinamento francese (come d'altronde in quello italiano) la regola secondo cui la madre è colei che ha partorito il figlio, ne deriva che nel caso di maternità surrogata il medico presterebbe la propria assistenza per rendere realizzabile il concepimento di un bambino che non è figlio della coppia che ricorre alla procreazione assistita, risultando egli figlio, secondo la normativa vigente, del padre biologico e sociale e di una donna estranea alla coppia stessa.

Va ricordato, infatti, che secondo l'art. L. 2141 – 2 *code de la santé publique* l'assistenza medica alla procreazione è destinata a rispondere unicamente alla domanda parentale di una coppia di persone entrambe viventi, in età di procreare ma impossibilitata a farlo naturalmente, coniugate o in grado di dimostrare un periodo di convivenza *more uxorio* di almeno due anni. Nel caso in questione, invece, il nascituro sarebbe figlio di due persone che non costituiscono una coppia, essendo egli figlio del padre biologico e della donna terza che si è prestata alla procreazione per conto di terzi.

La pratica è quindi vietata per legge e l'assistenza medica è punita dall'art. 511 – 24 *code pénal*, che sanziona con la pena di cinque anni di reclusione e 75.000 euro di ammenda “*le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies à l'art. l. 2141 – 2 du Code de la santé publique*”.

---

<sup>19</sup> In Italia l'impostazione di fondo è del tutto simile.

Il medico che sia richiesto di una tale prestazione è dunque obbligato a rifiutare la sua assistenza .

E' ugualmente punita l'utilizzazione illecita dello sperma. Secondo il codice della *santé publique* ogni inseminazione artificiale con sperma che provenga da un donatore al di fuori dalle ipotesi espressamente previste dalla legge è proibita. Il codice penale riafferma detto divieto e prevede la sanzione di due anni di reclusione e di 3.000 euro di ammenda per il medico che si presti ad una inseminazione artificiale con sperma di donatore al di fuori delle ipotesi espressamente regolate <sup>20</sup>.

Pur avendo la legge francese optato per la non punibilità della coppia e della donna estranea alla coppia che realizzino un fatto di maternità surrogata, si discute se sia possibile perseguirli penalmente ai sensi dell'art. 227 – 12 *code pénal* per abbandono o istigazione all'abbandono di minore <sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> In Italia la situazione è sostanzialmente analoga. L'art. 9 comma 2 della l. 40/2004 prevede infatti: "La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396."

L'Art 12, al 1°comma, dispone: "Chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro.

2. Chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei cui componenti sia minorenne ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro.

(...omissis)

6. Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.

(... omissis)

8. Non sono punibili l'uomo o la donna ai quali sono applicate le tecniche nei casi di cui ai commi 1, 2, 4 e 5.

9. È disposta la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti di cui al presente articolo, salvo quanto previsto dal comma 7".

<sup>21</sup> **Article 227-1 code pénal** « Le délaissement d'un mineur de quinze ans en un lieu quelconque est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende, sauf si les circonstances du délaissement ont permis d'assurer la santé et la sécurité de celui-ci »

**Article 227-2 code pénal** « Le délaissement d'un mineur de quinze ans qui a entraîné une mutilation ou une infirmité permanente de celui-ci est puni de vingt ans de réclusion criminelle.

Le délaissement d'un mineur de quinze ans suivi de la mort de celui-ci est puni de trente ans de réclusion criminelle ».

**Article 227-12 code pénal:** « Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 50 000 F d'amende.

Le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double.

La tentative des infractions prévues par les deuxième et troisième alinéas du présent article est punie des mêmes peines »

Inoltre, va osservato che nel caso in cui la moglie o compagna del padre biologico di colui che è nato in seguito alla pratica della maternità surrogata dichiara di essere la madre del bambino al posto di colei che lo ha partorito (e che per il diritto francese è la vera madre) potrà incorrere nel reato di cui all'art. 227 – 13 *code pénal*, che punisce con tre anni di reclusione e 45.000 euro di multa “*la substitution volontarie, la simulation ou la dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant*”<sup>22</sup>.

Ovviamente, in base al principio di territorialità (art. 113 – 2 e art. 113 – 6 *code pénal*), i fatti in questione sono penalmente perseguibili solo qualora siano commessi nel territorio dello Stato francese, e non saranno invece punibili se commessi all'estero, a meno che nel Paese estero in cui siano stati realizzati non siano a loro volta previsti quali fatti penalmente rilevanti (condizione di reciprocità).

Ci si deve domandare inoltre se la coppia e la donna che si sia prestata a portare avanti la gravidanza per conto terzi possano, qualora abbiano fatto ricorso ad un intermediario, essere perseguiti penalmente quali complici dell'intermediario medesimo<sup>23</sup> (articoli 121 – 6 e 121 – 7 *code pénal*).

Non risultano peraltro sul punto precedenti giurisprudenziali ai quali fare riferimento.

Quanto poi alla posizione della *mère porteuse*, va osservato che, essendo previsto in Francia, come in Italia, il diritto all'anonimato della donna che abbia partorito, non potrà ritenersi che ella possa incorrere nel reato di abbandono di minore.

---

<sup>22</sup> **Article 227-13 code pénal** « *La substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende. La tentative est punie des mêmes peines* ».

<sup>23</sup> **Article 121-6 code pénal** « *Sera puni comme auteur le complice de l'infraction, au sens de l'article 121-7. Article 121-7 code pénal* « *Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre* ».

**- Il giudice francese di fronte all'elusione del divieto di maternità surrogata.**

Delineato il quadro normativo, vediamo cosa accade nei fatti.

Va in primo luogo osservato che in altri Paesi europei e non europei, contrariamente a quanto accade in Francia e in Italia, la maternità surrogata è lecita, seppur a determinate condizioni espressamente stabilite per legge, oppure possibile in quanto non espressamente vietata.

Ciò accade ad esempio in Inghilterra, in Belgio, in California.

Per non correre il rischio di incorrere in sanzioni penali, ogni anno un numero considerevole di cittadini francesi si reca all'estero per procedere alla fecondazione eterologa secondo la tecnica della maternità surrogata e poi, al rientro in Francia, chiede il riconoscimento degli atti dello stato civile redatti all'estero.

Sempre più spesso la giurisprudenza francese si è dunque dovuta occupare del fenomeno.

A questo proposito il giudice istruttore di Crèteil, in data 30 settembre 2004, con una ordinanza di non luogo a procedere, ha confermato che *“les fait visés à l'encontre des deux époux, reconnaissant s'être rendus en Californie afin d'avoir recours à une mère pour autrui avec don d'ovocytes, prohibé en France mais autorisé aux Etats Unis, sous les qualifications d'entremise en vue de gestation pour le compte d'autrui, de simulation ou de tentative de simulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'enfants, ne constituent pas des délits punissables sur le territoire national”*.

Accade inoltre che coloro che non abbiano la possibilità economica di recarsi all'estero ricorrono clandestinamente in Francia alla surroga di maternità. In quest'ultima ipotesi, di solito accade che la *mère porteuse* partorisca mantenendo l'anonimato. Nessun legame di filiazione viene dunque stabilito, in concreto, tra quest'ultima ed il bambino, il quale sarà dunque riconosciuto unicamente dal padre biologico, così acquistando lo stato di figlio naturale riconosciuto di quest'ultimo.

Il problema si pone quanto alla individuazione di un qualche legame di filiazione con la donna della coppia che abbia fatto ricorso alla pratica della maternità surrogata e che, non avendo partorito il bambino, non può essere riconosciuta, in base ai principi generali, genitrice dello stesso, neppure nel caso in cui abbia partecipato dal punto di vista genetico alla fecondazione fornendo i propri gameti. Come già ricordato, infatti, per il diritto francese la madre è colei che ha partorito il figlio.

Vediamo quali meccanismi giuridici sono utilizzati nella pratica per ovviare al problema, e quali le questioni che la magistratura francese si è trovata di recente a dover affrontare.

Non esiste nell'ordinamento francese una disposizione che regoli specificamente lo *status* dei figli nati in seguito all'applicazione, pur vietata dalla legge, di tecniche di maternità surrogata. Quanto ai principi applicabili, occorre ricordare ancora una volta che per il diritto francese madre è colei che ha partorito il figlio. Va segnalato inoltre che l'ordinamento tende in genere ad assicurare il più possibile al minore un ben definito *status* ed a restringere, di conseguenza, i casi in relazione ai quali non è possibile il riconoscimento di un legame di filiazione tra il bambino e colui che ne è il genitore biologico. In seguito all'ordinanza del 4 luglio 2005, l'unico caso è oramai in Francia quello dei figli incestuosi (art. 310 – 2 *code civil*).

In astratto, dunque, quando colei che ha partorito non ha riconosciuto il bambino, il quale dal punto di vista giuridico è dunque privo di madre, è possibile procedere all'adozione del minore da parte della moglie o dalla compagna del padre biologico e sociale del minore stesso.

E' spesso accaduto, infatti, che molte coppie francesi abbiano adito il giudice chiedendo appunto l'adozione, ad opera della moglie, del bambino che non sia stato riconosciuto dalla madre al momento del parto.

In questi casi la giurisprudenza francese ha espresso inizialmente un orientamento nettamente contrario ed ha respinto la richiesta, poiché ha ravvisato nel caso di specie l'impiego preordinatamente distorto delle regole sull'adozione<sup>24</sup>.

Ultimamente peraltro si sono manifestate importanti aperture, specie nella giurisprudenza di merito, che in più occasioni ha, nell'interesse del minore, accolto le domande di adozione in favore della madre intenzionale (la quale, non avendolo partorito, non può giuridicamente essere ritenuta genitrice del bambino), motivando in modo da tenere ben distinte le problematiche riguardanti il riconoscimento di un qualche legame parentale tra la madre intenzionale ed il bambino (qualora ciò possa in concreto ritenersi rispondente all'interesse del minore) e la questione relativa alla nullità della convenzione di maternità surrogata e alla illiceità della condotta dei richiedenti, sul presupposto che tutte le volte in cui sia possibile debba essere evitato che l'illiceità commessa dagli adulti ricada sfavorevolmente sui minori.

I giudici francesi hanno mantenuto l'orientamento negativo in relazione a quelle ipotesi in cui i richiedenti avevano esagerato nell'ostentazione della propria condotta illecita (ad esempio vantandosi apertamente di aver fatto ricorso, in totale dispregio della legge, ad una pratica vietata): solo in questi casi, davanti all'ostentazione dell'illiceità, il giudice francese ne ha rilevato l'esistenza ed ha negato l'adozione, affermando, nel caso di specie, come la stessa non potesse ritenersi corrispondente all'interesse del minore poiché avrebbe privato la madre biologica della possibilità, in futuro, di procedere al riconoscimento del figlio. Il rigetto della domanda in questi casi è stato motivato anche

---

<sup>24</sup> Cass., ass. plèn., 31 maggio 1991, la quale così si esprime: il procedimento per ottenere l'adozione altro non è se non *"l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institut de l'adoption"*. Cass., ass. plèn., 31 maggio 1991, in Rec. Dalloz, 1991, Jur., p. 424; per un orientamento difforme v. due decisioni dell'App. Paris, 15 giugno 1990, una in Rec. Dalloz, 1990, Jur., p. 540 segg., l'altra (quella cassata dalla sentenza appena citata) in JCP, 1991, II, n. 21653 (entrambe annotate in modo pesantemente critico dalla dottrina).

sotto il profilo della frode alla legge.

Un altro strumento utilizzato dalle coppie francesi per ottenere il riconoscimento di un qualche legame parentale tra la madre intenzionale ed il figlio partorito da altra donna è la proposizione dell'azione per il riconoscimento del possesso di stato. L'art. 317 *code civil* prevede infatti che ciascun genitore o il minore possano domandare al giudice tutelare l'accertamento del possesso di stato, da menzionare a margine dell'atto di nascita del bambino.

In questo caso il giudice dovrà valutare le prove offerte dai richiedenti a dimostrazione della fondatezza della propria istanza e, qualora le ritenga insufficienti, può anche procedere d'ufficio a richiedere le informazioni opportune.

Il procedimento non è semplice e l'esito non è scontato, perché il possesso di stato può essere positivamente accertato solo in presenza di determinate condizioni, tali da rivelare nei fatti l'esistenza di un legame di parentela tra i richiedenti e colui che gli stessi indicano essere loro figlio (art. 311 – 1 *code civil*).

Il possesso di stato, inoltre, a mente dell'art. 311 – 2 *code civil*, deve essere “*continue, paisible, publique et non équivoque*”. Specie quest'ultimo requisito può costituire un ostacolo all'accoglimento della domanda. Infatti, in base ad una circolare del Ministero della giustizia del 30 giugno 2006, emanata proprio per contrastare l'uso strumentale della norma ad opera di quelle coppie che abbiano fatto ricorso clandestino alla pratica della maternità surrogata, il termine “*équivoque*” è stato interpretato nel senso che il carattere equivoco può risultare anche da una frode o da una violazione di legge, cosa che accade appunto quando l'accertamento del possesso di stato è richiesto al fine di eludere le disposizioni di legge in materia di adozione, di divieto di riconoscimento di figli incestuosi oppure, per quel che ci riguarda, nel caso di *gestation pour autrui*.

Ad ogni modo, detta maniera di stabilire un legame tra il figlio e la madre intenzionale è

piuttosto fragile, poiché la maternità potrebbe essere contestata fornendo la prova che colei che è ritenuta madre in effetti non lo, non avendo partorito quel figlio (art. 332 *code civil*), azione che può essere proposta da chiunque vi abbia interesse nel termine di 10 anni dal rilascio dell'atto che ha riconosciuto il possesso di stato.

Anche nel caso di contestazione del possesso di stato, peraltro, il giudice, a tutela dell'interesse del minore, potrebbe comunque riconoscere in favore della madre intenzionale modalità di relazione tese alla salvaguardia del rapporto instaurato nei fatti con la prole.

Resta da esaminare la situazione in cui la donna che ha partorito, venendo meno agli obblighi (giuridicamente inesistenti) assunti nei confronti della coppia, dopo qualche tempo voglia procedere al riconoscimento del figlio, come le consente la legge (ad eccezione del caso in cui nel frattempo il bambino sia stato adottato dalla madre intenzionale).

In situazioni di questo tipo il giudice francese è riuscito a individuare, applicando le disposizioni concernenti la ripartizione dell'autorità parentale, un equilibrio organizzativo tale da consentire, nell'interesse del minore, il quale sino a quel momento ha riconosciuto come propria madre quella intenzionale che lo ha accudito ed allevato, di continuare a godere di tale relazione.

A questo proposito deve essere fatta una breve precisazione.

In base alla legge del 4 marzo 2002, in caso di separazione dei genitori (naturali o coniugati) il principio è quello secondo cui l'autorità parentale viene esercitata da entrambi.

In applicazione di detti principi, nel caso in cui la madre uterina abbia esercitato il proprio diritto di riconoscere il figlio partorito, l'esercizio dell'autorità parentale competerebbe per legge a quest'ultima e al padre biologico e sociale, ma non alla madre

intenzionale.

Peraltro, gli articoli 378 e 377 *code civil* prevedono gli istituti della revoca (*retrait*) o della delega (*délégation*) della autorità parentale i quali, a seconda dei casi e qualora il giudice lo reputi nell'interesse del minore, possono essere utilizzati per dotare la madre intenzionale, terza agli occhi della legge, di diritti e doveri nei confronti del minore che sino a quel momento ha provveduto ad accudire ed allevare.

Si caratterizza infine per taluni aspetti del tutto peculiari l'ipotesi di quelle coppie che, per evitare di violare la legge francese, si rechino all'estero per procedere alla maternità surrogata, consentita in molti Stati stranieri.

Si reputa che alcune centinaia di francesi ogni anno si rechino all'estero, specie in California, dove la legge sulla maternità surrogata è piuttosto liberale, ottengano secondo le leggi vigenti in quello Stato un regolare atto di nascita attestante che il nato è loro figlio (legittimo o naturale a seconda che siano o meno uniti in matrimonio) e poi facciano ritorno in Francia domandando la trascrizione nei registri dello stato civile francese dell'atto formato all'estero.

La situazione presenta alcuni aspetti problematici.

Intanto occorre chiedersi se queste persone corrano un qualche rischio penale al loro rientro in patria.

La risposta non può che essere negativa in base al principio di territorialità<sup>25</sup> della legge penale. Pertanto, se nel Paese straniero la pratica della maternità surrogata è lecita e sono

---

<sup>25</sup> **Article 113-6 code penal:** « *La loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République.*

*Elle est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis.*

*Il est fait application du présent article lors même que le prévenu aurait acquis la nationalité française postérieurement au fait qui lui est imputé ».*

leciti gli atti conseguenti relativi allo stato civile del bambino, la coppia, al ritorno in Francia, non potrà essere ritenuta responsabile di alcun reato (v. ordinanza di non luogo a procedere del giudice istruttore di Créteil del 30 settembre 2004, già citata).

Precisato quanto sopra dal punto di vista penale, rimane il problema di comprendere quali conseguenze possano verificarsi con riferimento allo stato civile del bambino ed ai legami di filiazione riconosciuti all'estero.

In particolare vi è da capire quale valore abbiano in Francia gli atti dello stato civile formati legalmente all'estero qualora i rapporti di parentela che ne costituiscono l'oggetto siano in contrasto con le norme del diritto francese, specie quando si tratti di disposizioni di ordine pubblico (come accade, appunto, nel caso di *maternité ou gestation pour autrui*).

In primo luogo va osservato che in base all'art 47 *code civil* (nella versione risultante dalla modifica apportata con la legge n.1376 del 14 novembre 2006) gli atti dello stato civile riguardanti cittadini francesi o stranieri formati all'estero secondo le disposizioni dei rispettivi Paesi esteri fanno fede, salvo che non risulti che detti atti siano irregolari, o falsi, o che i fatti in essi attestati non corrispondano alla realtà <sup>26</sup>.

Pertanto, la tendenza dell'Ufficio del pubblico ministero francese è in linea di massima quella di ostacolare il riconoscimento di detti atti in Francia, allorché gli stessi contrastino con l'ordinamento interno e, in particolar modo, quando possa ritenersi che essi contrastino con l'ordine pubblico.

Le soluzioni individuate dalla giurisprudenza non sono univoche.

In un recente caso che ha fatto molto scalpore (già menzionato a proposito dell'ordinanza

---

<sup>26</sup> **Article 47 code civil** (modifié par la Loi n°2006-1376 du 14 novembre 2006)

« Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays **fait foi**, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, **que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité** ».

di non luogo a procedere del 30 settembre del 2004 per gli aspetti penalistici <sup>27</sup>) il Tribunale di grande istanza di Créteil, con decisione del 15 dicembre 2005, non ha dato seguito alle richieste del Pubblico Ministero dichiarando il suo ricorso irricevibile.

Il fatto: nel 2000 una coppia di coniugi si reca in California e conclude con una cittadina americana un contratto di maternità surrogata. Con i gameti del marito e della donna estranea alla coppia viene creato *in vitro* un embrione che è impiantato nell'utero della donna, la quale porta avanti la gravidanza e partorisce due gemelle. Queste ultime, con pronuncia giudiziale resa in base alla legge californiana, vengono dichiarate figlie dei due coniugi (pronuncia resa definitiva il 14 luglio 2000 dalla Corte Suprema dello Stato della California).

Detto atto di nascita viene trascritto in Francia (presso il Servizio centrale di Nantes, che ospita tutti gli atti dello stato civile formati all'estero e riguardanti cittadini francesi).

Rientrati in Francia, i due coniugi vengono sottoposti a procedimento penale ai sensi dell'art. 227 – 12 *code pénal*, che sanziona con la pena di sei mesi di reclusione e 7.000,00 euro di ammenda «*le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre*», e dell'art. 227-13 *code pénal*, che punisce la «*simulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'enfants*»

Il giudice istruttore di Créteil (con l'ordinanza del settembre 2004 prima richiamata) dichiara il non luogo a procedere poiché i fatti si sono svolti fuori dal territorio francese e gli stessi non sono previsti come reato nel Paese estero in cui sono stati commessi.

---

<sup>27</sup> Il giudice istruttore di Créteil, in data 30 settembre 2004, con una ordinanza di non luogo a procedere, ha confermato che “*les fait visés à l'encontre des deux époux, reconnaissant s'être rendus en Californie afin d'avoir recours à une mère pour autrui avec don d'ovocytes, prohibé en France mais autorisé aux Etats Unis, sous les qualifications d'entremise en vue de gestation poru le compte d'autrui, de simulation ou de tentative de simulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'enfants, ne constituent pas des délits punissables sur le territoire national*”.

Il Pubblico Ministero, peraltro, chiusa la partita dal punto di vista penale, intraprende azione civile chiedendo al Tribunale di grande istanza di Créteil l'annullamento della trascrizione effettuata nei registri dello stato civile francese dell'atto redatto all'estero, contrastando detto atto con l'ordine pubblico interno per il quale è illecita ogni convenzione di maternità surrogata.

Detto ricorso viene dichiarato irricevibile dal tribunale con sentenza del 15 dicembre 2005. La decisione viene confermata dalla Corte d'Appello di Parigi con sentenza del 25 ottobre 2007 <sup>28</sup>. La Corte d'Appello ha rilevato che, avendo il Pubblico ministero chiesto

---

<sup>28</sup> **Cour d'appel de Paris, 1ère Chambre, Section C, 25 octobre 2007,**

*« Le ministère public, qui ne conteste ni l'opposabilité en France du jugement américain ni la foi à accorder, au sens de l'article 47 du Code civil, aux actes dressés en Californie dans les formes usités dans cet Etat, est irrecevable, au regard de l'ordre public international, à solliciter l'annulation des actes transcrits sur les registres du service central de l'état civil de Nantes. La non transcription des actes de naissances aurait des conséquences contraires à l'intérêt supérieur des enfants qui, au regard du droit français, se verraient priver d'actes d'état civil indiquant leur lien de filiation, y compris à l'égard de leur père biologique.*

LA COUR,

(...)

Vu les actes de naissance enregistrés à l'état civil du Comté de San Diego (Etat de Californie) indiquant que le 25 octobre 2000, à l'hôpital de \*\*\*, Comté de San Diego, sont nées \*\*\* et \*\*\* de \*\*\* et \*\*\*, tous deux de nationalité française ;

Vu la transcription à la requête du ministère public, le 25 novembre 2002, sur les registres de l'état civil de Nantes, des actes de naissance des enfants ;

Vu le jugement rendu le 13 décembre 2005 par le Tribunal de grande instance de Créteil qui a déclaré le ministère public irrecevable en sa demande d'annulation de la transcription, sur les registres de l'état civil de Nantes, des actes de naissance de \*\*\* et \*\*\* ;

Vu les dernières conclusions en date du 8 novembre 2006, au visa des articles 423 du nouveau code de procédure civile, 16-7 et 16-9 du code civil, du ministère public qui prie la Cour d'infirmar le jugement et de prononcer l'annulation de la transcription du 25 novembre 2002 au service de l'état civil de Nantes des actes de naissance des enfants et d'ordonner la transcription du jugement en marge des actes annulés ;

Vu les dernières conclusions du 5 avril de \*\*\* et \*\*\*, et leurs interventions volontaires ès qualités, aux termes desquelles ils concluent à titre principal, au visa de l'article 311-16 du Code civil à la confirmation de la décision déférée et demandent, à titre subsidiaire, au visa de l'article 311-14 du Code civil, de dire que la loi applicable à la filiation est la loi américaine, loi personnelle des enfants, laquelle établit la filiation des enfants, à titre infiniment subsidiaire, vu les articles 322, 319, 47, 311-1 et 311-2 du Code civil et sa jurisprudence attachée à la « paix des familles », de dire l'action de l'appelant irrecevable, à titre encore plus subsidiaire, vu les articles 6 et 7 de la Charte des Nations Unies du 10 décembre 1948, les articles 2,3, 7-1, 8, 12 et 16-1 de la Convention internationale des droits de l'homme et du citoyen, 16,47 du Code civil, le droit à la reconnaissance en tout lieu de la « personnalité juridique » des individus, l'intérêt supérieur de l'enfant, l'interdiction de toute discrimination entre les filiations des enfants, de constater sur la personnalité juridique des enfants repose depuis leur naissance sur leur titre et leurs possession d'état d'enfant légitime, de dire le ministère public irrecevable en ses prétentions tendant à démontrer la fausseté des informations contenues dans le jugement du 14 juillet 2000 de la Cour Suprême de Californie et que rien ne s'oppose à la transcription des actes de naissances, de constater que c'est le procureur de la République de Nantes à la demande de celui de Créteil qui est à l'origine de la transcription critiquée dans des circonstances contraires au principe de l'égalité des armes entre justiciables, de déclarer que son action est une action de contestation d'état contraire à l'intérêt des enfants, de débouter l'appelant de toutes ses demandes et condamner le Trésor public à leur payer la somme de 8.000 euros au titre de l'article 700 du nouveau code de procédure civile ;

Sur ce, la Cour

l'annullamento della trascrizione di atti che risultano formati secondo le prescrizioni vigenti nel Paese estero ed in conformità ad un pronuncia resa legittimamente dal giudice straniero, e non avendo il Pubblico ministero in alcun modo contestato la legittimità degli stessi secondo le norme dello Stato estero – essendosi limitato ad eccepire la loro contrarietà rispetto all'ordine pubblico interno (essendo in Francia illecita ogni convenzione di maternità surrogata) -, l'azione, proposta ai sensi <sup>29</sup> degli articoli 16 – 7 e 16 -9 *code civil*, doveva ritenersi irricevibile, poichè non rispondente alle prescrizioni di cui all'istruzione generale relativa allo stato civile. Quest'ultima disposizione prevede infatti la possibilità per il Pubblico ministero di domandare l'annullamento di un atto dello stato civile qualora concorrano due condizioni: a) che quanto attestato negli atti di

---

Considérant que, selon les dispositions de l'Instruction générale relative à l'état civil, lorsque les énonciations essentielles de l'acte sont fausses ou sans objet, bien que l'acte lui-même soit régulier en la forme, les actes juridiques et instrumentaires peuvent être annulés, notamment à la requête du ministère public lorsque l'ordre public est en jeu ; qu'en l'espèce, le ministère public n'agit pas en contestation de l'état de \*\*\* et \*\*\* mais se borne à solliciter l'annulation de la transcription de leurs actes de naissance en excipant de leur contrariété à l'ordre public ;

Considérant que, suivant jugement rendu le 14 juillet 2000, la Cour Suprême de Californie a conféré à \*\*\* et \*\*\*, la qualité de père et mère des enfants à naître portés par ---, la gestatrice, depuis mars 2000, conformément à la loi de l'Etat de Californie qui autorise, sous contrôle judiciaire, la procédure de gestation pour autrui aux termes du Family Act Section 7630 et 7650, sous protocole médical par recours à une fécondation in vitro avec gamètes de \*\*\* et --- et gestation par cette dernière ; que le 25 octobre 2000, \*\*\* et \*\*\* sont nées à \*\*\*, Comté de San Diego, leurs certificats et leurs actes de naissance désignant \*\*\* et \*\*\* comme leurs parents ;

Considérant que les énonciations des actes transcrits sur les registres du service central de l'état civil de Nantes, au demeurant à l'initiative du ministère public, sont exacts au regard des termes du jugement étranger du 14 juillet 2000 qui a dit que \*\*\* est le père génétique et \*\*\* la mère légale de tout enfant devant naître de ---, entre le 15 août et le 15 décembre 2000, et ordonné à l'hôpital dans lequel cette dernière donnera naissance de préparer l'acte de naissance conformément au jugement ; que, par suite, le ministère public, qui ne conteste ni l'opposabilité en France du jugement américain ni la foi à accorder, au sens de l'article 47 du Code civil, aux actes dressés en Californie dans les formes usités dans cet Etat, est irrecevable, au regard de l'ordre public international, à solliciter l'annulation des actes transcrits sur les registres du service central de l'état civil de Nantes ; qu'il convient de confirmer le jugement par substitution de motifs ; qu'au demeurant la non transcription des actes de naissances aurait des conséquences contraires à l'intérêt supérieur des enfants qui, au regard du droit français, se verraient priver d'actes d'état civil indiquant leur lien de filiation, y compris à l'égard de leur père biologique ;

Considérant qu'il n'y a pas lieu au bénéfice de l'article 700 du nouveau code de procédure civile pour \*\*\* et \*\*\* ;

Sur ce, la Cour Confirme le jugement entrepris,

Rejette toutes autres demandes (...).

<sup>29</sup> **Article 16-7 code civil** (inséré par Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 art. 1 I, II, art. 3 Journal Officiel du 30 juillet 1994)

« Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

**Article 16-9 code civil** (inséré par Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 « Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public ».

cui si chiede l'annullamento sia falso o inesistente; b) che le risultanze degli stessi siano contrarie all'ordine pubblico. Mentre la seconda condizione risultava sussistente, la Corte ha ritenuto del tutto carente la prima, avendo lo stesso Pubblico ministero espressamente riconosciuto la legalità degli atti dello stato civile secondo l'ordinamento straniero<sup>30</sup>.

La questione viene portata davanti alla Corte di Cassazione, la quale, con decisione del 18 dicembre 2008<sup>31</sup>, sconfessa l'interpretazione del giudice d'appello e riconosce al Pubblico ministero il diritto di agire per domandare l'annullamento della trascrizione effettuata, dato che *«les énonciations inscrites sur les actes d'état civil ne pouvaient résulter que d'une convention portant sur la gestation pour autrui, de sorte que le ministère public justifiait d'un intérêt à agir en nullité des transcriptions, la cour d'appel*

---

<sup>30</sup> La Corte d'appello afferma inoltre *« la non-transcription des actes de naissance aurait des conséquences contraires à l'intérêt supérieur des enfants qui, au regard du droit français, se verraient privés d'acte civil indiquant leur lien de filiation, y compris à l'égard de leur père biologique »*. Si tratta a ben vedere di un'affermazione molto importante dal punto di vista della valutazione riguardante la nozione di ordine pubblico applicabile nella fattispecie: ordine pubblico interno o internazionale?

<sup>31</sup> **Arrêt n° 1285 du 17 décembre 2008 Cour de cassation - Première chambre civile**

**« Sur le moyen unique, pris en sa première branche :**

*Vu l'article 423 du code de procédure civile, ensemble l'article 16-7 du code civil ;*

*Attendu qu'aux termes du premier de ces textes, le ministère public peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion de faits portant atteinte à celui-ci ; que, selon le second, toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ;*

*Attendu que par un jugement du 14 juillet 2000, la Cour suprême de Californie a conféré à M. X..., la qualité de père génétique et à Mme Y..., son épouse, celle de mère légale des enfants à naître, portés par Mme Z..., conformément à la loi de l'Etat de Californie qui autorise, sous contrôle judiciaire, la procédure de gestation pour autrui ; que le 25 octobre 2000 sont nées A... et B... à... ; que leurs actes de naissance ont été établis selon le droit californien indiquant comme père, M. X... et comme mère, Mme X... ; que M. X... a demandé, le 8 novembre 2000, la transcription des actes au Consulat de France à Los Angeles, ce qui lui a été refusé ; qu'à la demande du ministère public, les actes de naissance des enfants ont été transcrits, aux fins d'annulation, sur les registres de l'état civil de Nantes, le 25 novembre 2002 ; que le 4 avril 2003, le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Créteil a fait assigner les époux X... pour demander cette annulation ;*

*Attendu que, pour déclarer irrecevable l'action du ministère public fondée sur une contrariété à l'ordre public, la cour d'appel retient que le ministère public ne contestait ni l'opposabilité en France du jugement américain, ni la foi à accorder, au sens de l'article 47 du code civil, aux actes dressés en Californie, dans les formes usitées dans cet Etat ;*

*Qu'en se déterminant par ces motifs, alors qu'il ressort de ses propres constatations que les énonciations inscrites sur les actes d'état civil ne pouvaient résulter que d'une convention portant sur la gestation pour autrui, de sorte que le ministère public justifiait d'un intérêt à agir en nullité des transcriptions, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;*

**PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la seconde branche du moyen ;**

**CASSE ET ANNULE**, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 25 octobre 2007, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris autrement composée».

*a violé les textes susvisés. Dès lors qu'il n'est pas possible d'établir une filiation fondée sur une convention de gestation pour autrui, la filiation n'existe pas. Par conséquent, le fait rapporté par le jugement californien (la filiation maternelle) ne correspond pas à la réalité. Et le ministère public peut agir en nullité de la transcription»<sup>32</sup>.*

In Italia (vedremo meglio in seguito) su una questione del tutto simile si è pronunciata recentemente la Corte d'Appello di Bari: le argomentazioni sviluppate dalla Corte italiana non divergono nella sostanza da quelle poste dai giudici francesi di merito a fondamento delle decisioni prima richiamate.

#### **1d) Prospettive di riforma**

La questione della maternità surrogata in Francia è fortemente dibattuta. In particolare si discute sulla necessità di una riforma della legge, in modo da consentire alle donne senza utero, o con malformazioni uterine tali da impedire la gravidanza, di diventare madri, ricorrendo all'aiuto di un'altra donna che acconsenta all'impianto dell'embrione (fecondato con i gameti della madre intenzionale) e che porti avanti la gestazione. In molti ritengono infatti riduttiva ed ingiusta la legge attualmente in vigore, sottolineando come la stessa non offra una soluzione a tutte le ipotesi di infertilità femminile, escludendo quelle dovute non ad una insufficienza ovarica ma ad una malformazione uterina. Si osserva, in particolare, come una siffatta normativa disciplini in maniera difforme situazioni sostanzialmente analoghe e crei, conseguentemente, disparità di

---

<sup>32</sup> In effetti, il fatto che la validità degli atti redatti all'estero in base alle disposizioni ivi vigenti non sia contestabile (art. 47 *code civil*) non significa necessariamente che detti atti non possano essere contrari all'ordine pubblico. Il problema è stabilire quale sia la nozione di ordine pubblico applicabile. Ordine pubblico interno oppure ordine pubblico internazionale?. Sotto quest'ultimo aspetto rileva considerare: l'art. 3.1 della convenzione di New York afferma che i bambini hanno diritto di essere allevati ed educati dai loro genitori (ma chi determina lo stato civile delle gemelle nate in California è la legge Californiana per la quale le stesse sono figlie della coppia di coniugi francese); varie sentenze della Corte europea ricordano come l'interesse dei minori debba prevalere su ogni altra considerazione e che nessuna decisione riguardante un minore possa essere adottata senza aver prima valutato l'impatto della stessa sulla situazione del minore (a tal proposito per es. CEDU nel caso Wagner, con il quale è stata pronunciata la condanna del Lussemburgo per aver rifiutato, prevedendo la legislazione in tema l'adozione solo in favore di coppie, la trascrizione degli atti dello stato civile riguardanti l'adozione di un minore peruviano da parte di una donna *single*).

trattamento in violazione del principio di uguaglianza.

Quanto all'opinione pubblica, si stima che circa il 53% dei francesi sia favorevole ad una riforma della legge attualmente in vigore, nel senso di rendere lecita la pratica della maternità surrogata, seppur nell'ambito di una regolamentazione restrittiva.

In seguito alla decisione, prima richiamata, della Corte d'Appello di Parigi del 2007, ed in previsione della revisione della legge attualmente in vigore, nel gennaio del 2008 è stata appositamente costituita una commissione, composta da sei membri scelti tra i gruppi politici del Senato francese, la quale, dopo svariate audizioni, ha ultimato i suoi lavori nel giugno del 2008. Nel rapporto informativo redatto all'esito dei lavori sul problema della *gestation pour autrui* (processo verbale del senato del 25 giugno 2008) la commissione ha affrontato, in particolare, le questioni relative alla opportunità o meno di eliminare il divieto attualmente in vigore e quelle riguardanti lo stato giuridico dei bambini nati in seguito al ricorso a questa particolarissima pratica (oggi vietata) di fecondazione eterologa.

La commissione, prima di formulare le sue raccomandazioni, ha organizzato una cinquantina di audizioni al fine di raccogliere le osservazioni e le esperienze di filosofi, sociologi, medici, psichiatri, psicanalisti, giuristi, magistrati, rappresentanti di associazioni che si sono a vario titolo interessati del problema.

La maggioranza dei membri della commissione, all'esito dei lavori, si è espressa in senso favorevole all'abrogazione del divieto di *gestation pour autrui*, ritenendo possibile l'inquadramento della pratica in questione nell'ambito dell'art. L. 2141 – 2 *code de la santé publique*: “*L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple. Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité*”.

Ha ritenuto, pertanto, che detta pratica potesse essere consentita come mezzo per superare la sterilità delle coppie, così come le altre tecniche attualmente consentite, precisando che la stessa avrebbe dovuto comunque essere assoggettata ai medesimi limiti.

L'abolizione del vigente divieto consentirebbe, secondo la commissione, di superare una disuguaglianza ingiusta, essendo irrazionale consentire l'accesso alla procreazione assistita alle donne che non possano concepire e non a quelle che, pur potendo concepire, non possano, per malformazioni di altro tipo, condurre a termine una gravidanza.

Risulterebbe infatti palese nell'attuale disciplina la disparità di trattamento di situazioni analoghe, dato che in entrambi i casi dal ricorso alla tecnica di procreazione assistita deriva una dissociazione tra la gestatrice e la genitrice del bambino che pone in discussione il principio "*mater semper certa est*."

D'altro canto la commissione si è espressa chiaramente nel senso della necessità di procedere alla legalizzazione della *gestation pour autrui* all'interno di un quadro normativo ben delineato, pur nella consapevolezza che detto inquadramento avrebbe comportato la persistenza del problema in relazione ai figli nati in violazione delle prescrizioni di legge.

La commissione è giunta dunque a stilare le seguenti raccomandazioni:

a) quanto alle persone beneficiarie della assistenza alla procreazione:

- dovranno essere membri di una coppia di persone di sesso diverso, coniugate ovvero in grado di dimostrare una stabile convivenza di almeno due anni, in età di procreare e domiciliati in Francia;
- la donna dovrà trovarsi nell'impossibilità di portare avanti una gravidanza o di portarla a termine senza rischio per la sua salute o per la salute del nascituro;
- almeno uno dei membri della coppia dovrà essere genitore genetico del nascituro, e

dovrà dunque fornire i propri gameti (essendo vietata in Francia il doppio dono di gameti).

b) Quanto alle condizioni richieste nella gestatrice:

- non potrà in nessun caso essere la madre genetica del nascituro, non potendo essere nello stesso tempo genitrice e gestatrice dello stesso;
- dovrà già essere madre di un bambino e non aver avuto nessuna difficoltà nella precedente gravidanza;
- non potrà portare avanti più di due gravidanze per conto terzi;
- dovrà essere domiciliata in Francia;
- non potrà portare avanti una gravidanza per conto di sua figlia;
- la gravidanza per conto di una sorella o di una cugina dovrà essere espressamente autorizzata previo parere di una commissione medica;

Tutti gli interessati dovranno poi essere autorizzati all'esito di un procedimento teso alla verifica del loro stato di salute fisica e psichica, da valutarsi da apposita commissione composta da medici specificamente abilitati.

Sarà indispensabile, inoltre, secondo la commissione, specificare con apposite disposizioni normative tutte le regole applicabili alla pratica in questione, essendo inopportuno attribuire alle parti la possibilità di una regolamentazione pattizia, essendo il diritto delle obbligazioni inadatto a disciplinare una materia tanto delicata. Ed infatti anche in molti Paesi in cui, come ad es. in Gran Bretagna, è prevista la possibilità di ricorrere ad una convenzione pattizia, l'accordo delle parti si attegga quale dichiarazione di intenzioni, assolutamente non coercibile, essendo in particolare prevista la possibilità, per colei che ha partorito il figlio, di riconoscerlo al momento della nascita, contravvenendo alle pattuizioni intercorse. In Gran Bretagna, in particolare, la legge prevede, anzi, che al momento della nascita il bambino acquisti lo stato civile di figlio di

colei che lo ha partorito. Solo in un momento successivo (non prima di sei settimane successive al parto) quest'ultima potrà consentire alla madre intenzionale di riconoscere come proprio il figlio e di pretendere che sia redatto un altro atto di nascita del bambino che prenda atto dell'avvenuto riconoscimento.

Secondo le raccomandazioni della commissione, non dovrà essere prevista, pena la nullità, alcuna remunerazione della gestatrice ma solo, eventualmente, un rimborso per le spese sostenute. Solo la gestatrice, inoltre, potrà prendere le decisioni riguardanti lo svolgimento della gravidanza, ed in particolare la decisione di abortire.

L'impianto dell'embrione dovrà essere autorizzato dal giudice, che dovrà istruire la pratica e, in particolare, dovrà raccogliere il consenso scritto dei genitori intenzionali e della gestatrice (così come, eventualmente, del marito o del compagno di quest'ultima) ed informarli specificamente delle conseguenze giuridiche in materia di filiazione, oltre che stabilire l'ammontare del rimborso dovuto in relazione ai costi della gravidanza.

In base alle indicazioni della commissione, dovrà essere assicurato il diritto della gestatrice di divenire, nonostante tutto, la madre del bambino che ha partorito; ella dovrà però esprimere detta volontà nel termine previsto per la dichiarazione di nascita (entro tre giorni dal parto): in questo caso il suo nome comparirà nell'atto di nascita del bambino e si applicheranno i principi generali in materia di filiazione, ed in particolare la regola secondo cui è madre del bambino colei che lo ha partorito.

Qualora la gestatrice ritenesse di non esercitare la facoltà suddetta nel termine previsto dalla legge, dovranno essere automaticamente indicati, nei registri dello stato civile, quali genitori del bambino i genitori intenzionali, in esecuzione della decisione giudiziale di autorizzazione al trasferimento dell'embrione nell'utero della gestatrice. Detto automatismo dovrà essere espressamente stabilito nell'interesse del nascituro, al fine di evitare un rifiuto dei genitori intenzionali in caso di malformazioni o handicap.

Dovrà, infine, essere mantenuto il divieto di stabilire un legame di filiazione dal punto di vista materno in relazione ai figli nati in seguito al ricorso della pratica in questione al di fuori dei limiti previsti dalla legge, essendo dette regole di ordine pubblico e finalizzate al rispetto della dignità della persona umana.

Dal punto di vista giuridico, i fautori della liceità sostengono l'inesistenza di ostacoli insormontabili alla luce dei principi generali dell'ordinamento francese ed europeo.

In particolare sostengono che:

- il principio della indisponibilità del corpo unamo, se pone il divieto di fare commercio del proprio corpo, dei propri organi o dei frutti del corpo umano, non impedisce affatto che nell'ambito di certe condizioni definite dalla legge possa procedersi alla donazione dei propri organi o dei frutti del proprio corpo (si pensi alla donazione di sangue, di midollo osseo o di gameti, espressamente previste e disciplinate dalla legge). Pertanto ben potrebbe ritenersi meritevole di tutela la decisione della *mère porteuse*, qualora intervenga all'esito di un procedimento teso all'accertamento dell'espressione di un consenso libero, chiaro, e gratuito, protetto dunque dal rischio di pressioni finanziarie;
- d'altro canto, una chiara regolamentazione scoraggerebbe il ricorso alla pratica clandestina, e la indirizzerebbe entro confini legali ben definiti e soggetti a controllo, diminuendo fortemente il rischi di strumentalizzazioni ed esagerazioni;
- garantirebbe parità di trattamento tra tutte le donne senza distinguere se le motivazioni dell'infertilità siano legate a insufficienze ormonali ovvero a insufficienze uterine;
- garantirebbe coerenza nell'ordinamento, che contraddittoriamente vieta la maternità surrogata anche nel caso in cui l'embrione sia il risultato dell'unione

dei gameti della coppia, ma consente e disciplina l'*accueil* dell'embrione da parte di una coppia terza che non ha in alcun modo partecipato alla formazione dello stesso, pratica quest'ultima che secondo pedopsichiatri e psicologi rischia di pesare maggiormente nella vita del bambino più che sapere di essere stato partorito da un'altra donna.

Dal canto suo anche il Consiglio consultivo nazionale di bioetica, già con il parere del 25 febbraio 2006, aveva riconosciuto la necessità di tenere aperto il dibattito sulla eventuale necessità di una riforma, riconoscendo la gravità del problema, specie con riferimento all'interesse dei minori.

## **2. La maternità surrogata in Italia**

Prima della legge n. 40 del 2004, che ha vietato espressamente la possibilità di ricorrere alla maternità surrogata, dottrina e giurisprudenza si erano espresse inizialmente in senso sostanzialmente negativo in ordine alla liceità delle tecniche in questione. Negli ultimi tempi invece una qualche apertura era stata registrata nella giurisprudenza, la quale, in nome dell'interesse del minore e nell'intento di individuare soluzioni soddisfacenti in ordine ai vari aspetti problematici riconnessi a questa particolarissima ipotesi di procreazione eterologa, aveva individuato soluzioni simili a quelle indicate dalla giurisprudenza francese, prima delineate.

Volendo ripercorrere a grandi linee l'evoluzione della giurisprudenza italiana in merito, occorre prendere le mosse dalla pronuncia del Tribunale di Monza del 27 ottobre 1989, adito per l'adempimento di un contratto di maternità surrogata concluso tra una coppia di coniugi ed una donna nubile la quale si era impegnata, dietro corrispettivo, all'inseminazione artificiale con i gameti del marito e a rinunciare, in favore della madre intenzionale, al riconoscimento del figlio. La donna peraltro non aveva dato esecuzione

all'accordo e si era rifiutata di consegnare la bambina ai genitori intenzionali.

Nel motivare il rigetto della domanda, il Tribunale di Monza affermò che alla convenzione stipulata non poteva essere attribuita alcuna validità, non potendo essere riconosciuto, tra l'altro, in capo ai privati alcun potere di incidere convenzionalmente in ordine allo *status* della persona e, in particolare, su quello di filiazione. Doveva inoltre essere riconosciuta, in base alle disposizioni di cui agli articoli 2 e 30 della Costituzione<sup>33</sup>, la sussistenza in capo al minore del diritto ad uno *status filiationis* corrispondente alle sue reali origini biologiche. Non solo, l'attribuzione consapevole della maternità del neonato ad una donna diversa da colei che lo porta in grembo e lo partorisce avrebbe potuto ritenersi penalmente rilevante ai sensi dell'art. 567, comma 2°, c.p. .

Sulla surrogazione di maternità è intervenuta dopo qualche anno la Corte d'Appello di Salerno, la quale, con sentenza del 25 febbraio 1992, si espresse in senso favorevole all'accoglimento della richiesta di una donna coniugata di adottare il figlio naturale del marito, nato a seguito di fecondazione, col seme del coniuge della richiedente, dell'ovulo di un'altra donna, la quale aveva portato a termine la gravidanza ed aveva partorito rimanendo nell'anonimato. La Corte, pur considerando anch'essa illegittimi gli accordi di maternità surrogata intercorsi tra le parti, ritenne che ciò non incidesse sulla possibilità di accoglimento della domanda di adozione ai sensi dell'art. 44 lett. b) legge n. 184/1983, in favore della moglie del padre naturale del minore (il quale non era stato riconosciuto da colei che lo aveva partorito) e che anzi l'adozione rispondesse, in quel caso, al

---

<sup>33</sup> Le suddette disposizioni sarebbero espressione del principio secondo il quale deve essere ravvisata nella famiglia di origine il luogo più idoneo per la promozione e lo sviluppo della personalità della prole, oltre che la fonte del dovere per l'autorità pubblica in generale di predisporre tutti gli interventi necessari a porre rimedio al mancato adempimento da parte dei genitori di sangue degli obblighi di mantenimento, istruzione ed educazione dei figli, delinendosi come estrema ratio quella di una sostituzione di terzi ai genitori naturali.

preminente interesse del minore <sup>34</sup>.

Nello stesso senso si espresse, in un caso simile, anche il Tribunale per i minorenni di Roma nella pronuncia del 31 marzo 1992. Il Tribunale romano, peraltro, a differenza dei giudici salernitani, ritenne, per la prima volta, la legittimità della convenzione di maternità surrogata, in considerazione del fatto che, pur non essendo rinvenibile nell'ordinamento una disciplina positiva, la pratica in questione non risultava espressamente punita da alcuna disposizione normativa <sup>35</sup>.

Con decisione del 17 febbraio 2000, il Tribunale di Roma <sup>36</sup> si è nuovamente occupato della questione in un caso in cui una donna, affetta da una malformazione dell'apparato genitale che precludeva ogni possibilità di portare a termine una gravidanza, effettuata la fecondazione *in vitro* con i gameti propri e del marito e avuta la disponibilità di una donna che, senza alcun corrispettivo, aveva acconsentito all'impianto dell'embrione nel proprio utero, aveva richiesto l'assistenza sanitaria necessaria, che era stata rifiutata dal medico sul presupposto che la stessa fosse contraria alle norme del codice deontologico. La coppia aveva allora adito il giudice civile chiedendo, in via cautelare e ai sensi dell'art.700 c.p.c., che fosse ordinato alla struttura sanitaria di fornire l'assistenza necessaria all'impianto degli embrioni.

Il giudice adito, accogliendo il ricorso, ha autorizzato l'impianto argomentando, quanto all'urgenza, sul rischio di una diminuzione, durante il tempo necessario per lo svolgimento della causa di merito, della vitalità degli embrioni crioconservati, e quanto

---

<sup>34</sup> Può osservarsi dunque come, ultimamente, sia la giurisprudenza francese che quella italiana, partendo da principi giuridici sostanzialmente analoghi, siano approdate a risultati interpretativi simili.

<sup>35</sup> Tale impostazione interpretativa è stata successivamente fatta propria dal Tribunale di Rimini che, con pronuncia del 25 marzo 1995, affermò come l'inseminazione eterologa, e tra questa la maternità surrogata, dovesse ricomprendersi tra le pratiche di fecondazione artificiale lecite, in quanto non espressamente vietate dalla legge. Precisò il Tribunale che l'illiceità doveva ritenersi unicamente in relazione all'eventuale alterazione dello stato civile di colui che fosse stato procreato con tali pratiche.

<sup>36</sup> Tribunale Roma, 31 marzo 1992, in *Giur. ital.*, 2001, 74.

alla maternità surrogata, ritenendo la sua liceità.

Come emerge da questo breve *excursus*, in ordine alla questione riguardante la liceità della maternità surrogata la giurisprudenza precedente l'entrata in vigore della legge n. 40/2004, pur non avendo espresso un consolidato orientamento univoco, ha manifestato notevoli aperture, in funzione della salvaguardia dell'interesse preminente del minore <sup>37</sup>.

Le aperture emerse nella giurisprudenza sono state peraltro del tutto contraddette dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita che ha introdotto, all'art. 4, comma 3°, l'esplicito divieto del ricorso ad ogni tecnica di fecondazione eterologa, e che ha sottoposto a sanzione penale chiunque realizzi, organizzi o pubblicizzi tecniche di surrogazione di maternità (prevedendo poi una condizione di non punibilità unicamente con riferimento alla coppia che vi abbia fatto ricorso e alla donna che abbia acconsentito).

Dal punto di vista delle conseguenze civili, le espresse disposizioni di cui alla l. 40/2004, in combinazione con i principi generali, comportano che anche con riferimento ai bambini che siano nati in seguito all'utilizzo della tecnica in questione non possa che essere riconosciuto lo *status* di figli della madre che li abbia partoriti, ed essere negato nei confronti della madre intenzionale (anche nel caso in cui la stessa abbia fornito i gameti necessari alla creazione dell'embrione poi impiantato) ogni relazione parentale.

Va osservato infatti, in primo luogo, che dall'art. 269, comma 3°, c.c. è desumibile il principio in base al quale la maternità legale è riconosciuta alla donna che abbia partorito il figlio <sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> A tale proposito giova ricordare che la giurisprudenza, seppur in relazione alla contigua materia del disconoscimento di paternità ad opera del marito che prima aveva acconsentito alla pratica della inseminazione con gameti di un terzo donatore, in alcune sentenze (v. Corte di Cassazione, con sentenza n. 2315 del 16 marzo 1999) è giunta persino a prendere esplicita posizione nel senso della derogabilità del principio del *favor veritatis*, e ad affermare che detto principio, in alcuni casi, deve cedere il passo al *favor filiationis* qualora ciò risponda al preminente interesse del minore a vedere riconosciuto un legame di filiazione sul versante della paternità.

<sup>38</sup> **Art. 269, 3° comma c.c.:** *La maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere la madre*".

La legge n. 40/2004, inoltre, all'art. 9, comma 3°, stabilisce espressamente che nel caso di applicazione delle metodiche di assistenza alla procreazione di tipo eterologo il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica con il nato.

Chiude il cerchio il 2° comma dell'art. 9 l. n. 40/2004, nel quale è stabilito che colei che abbia partorito un figlio a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non possa poi chiedere di non essere nominata e di conservare l'anonimato.

Ancora una volta dunque la soluzione ricavabile dal sistema normativo è nel senso della esclusione di un qualsiasi riconoscimento di un legame parentale tra la madre sociale o intenzionale ed il bambino partorito da altra donna, anche nel caso in cui la prima abbia contribuito alla fecondazione fornendo i gameti femminili necessari.

Nè può ritenersi che detta soluzione contrasti con la previsione di cui all'art. 8, comma 1°, della legge, che prevede che in caso di assistenza alla procreazione i nati debbono considerarsi figli legittimi o naturali riconosciuti della coppia che si sia avvalsa delle tecniche in questione, valendo detta norma solo per l'ipotesi di fecondazione assistita realizzata all'interno della coppia, e non potendo dunque trovare applicazione nel caso in cui alla procreazione abbiano partecipato persone estranee alla coppia, come accade appunto nel caso della maternità surrogata.

La disciplina ricavabile dall'applicazione delle disposizioni vigenti, peraltro, non sempre è appagante, specie nel caso in cui la madre gestatrice, spontaneamente adempiendo all'obbligo (non coercibile) assunto con la convenzione di maternità surrogata, conservi l'anonimato, non riconosca dunque il bambino e lo consegni alla madre intenzionale. In questo caso si avrà la paradossale situazione di un bambino che di fatto è privo di madre, non essendo stato riconosciuto dalla madre gestatrice, né potendo essere riconosciuto da quella intenzionale (anche se genitrice dal punto di vista genetico). Ecco perché in questi

casi il ricorso all'adozione rappresenta l'unico mezzo per assicurare al minore una madre, e si comprendono le ragioni poste dalla giurisprudenza a fondamento dell'accoglimento della domanda di adozione proposta dalla madre intenzionale<sup>39</sup>.

Con riferimento alla giurisprudenza successiva all'entrata in vigore della legge n. 40/2004, merita infine di essere segnalata la recentissima sentenza della Corte d'appello di Bari del 13 febbraio 2009.

Il fatto.

La Corte d'Appello di Bari è stata adita per l'accertamento della sussistenza dei requisiti per il riconoscimento nello Stato italiano dei cd. ordini parentali ("parental order") resi nel Regno Unito in relazione a due bambini nati, rispettivamente il 30 giugno 1998 ed il 15.6.2001, in seguito alla applicazione di tecniche di maternità surrogata, e per l'emissione del conseguente ordine nei confronti del Servizio dello stato civile del Comune di Bari di provvedere alle necessarie trascrizioni o rettifiche dei pubblici registri dell'anagrafe reative all'indicazione di maternità dei due minori, in modo che gli stessi potessero risultare figli della loro madre intenzionale.

---

<sup>39</sup> In realtà, nell'articolato predisposto dalla Commissione ministeriale istituita presso il Ministero di grazia e giustizia, presieduta dal prof. F.D. Busnelli (10 maggio 1996), *Norme in tema di bioetica con riguardo alla fecondazione assistita*, era stata indicata una soluzione per l'ipotesi in cui, pur nel divieto della legge, si fosse fatto ricorso alla tecnica della maternità surrogata. Prevedeva infatti l'art. 9: "È vietata qualsiasi forma di surrogazione di maternità ed è nullo qualsiasi accordo al riguardo. Ai fini della presente legge per maternità surrogata si intende il ricorso per gestazione a donna estranea alla coppia interessata. In ogni caso i diritti e gli obblighi inerenti alla maternità spettano esclusivamente a colei che ha partorito il figlio".

Nella proposta di legge n. 377 del 3/5/2006 d'iniziativa dei deputati Cappato ed altri, si prevede espressamente **all'Art. 15 (Maternità surrogata):**

"1. È vietata l'applicazione di tecniche idonee a determinare maternità surrogata.

2. Il divieto di cui al comma 1 non si applica nel caso in cui l'incapacità della madre di portare avanti la gravidanza non sia altrimenti superabile, non vi sia alcuna prestazione di compenso e, tra la madre biologica e la madre uterina, vi sia un rapporto di parentela fino al quarto grado o di affinità fino al secondo grado.

3. Anche in caso di maternità surrogata la struttura autorizzata è tenuta ad acquisire il consenso informato degli interessati, ai sensi dell'articolo 7.

4. La madre uterina non acquisisce alcun diritto o alcun obbligo nei confronti del nato".

Si stabilisce poi **all'Art. 16 (Stato giuridico del nato):**

"1. I nati a seguito dell'applicazione di tecniche di fecondazione assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli naturali riconosciuti della coppia che ha richiesto di accedere alle tecniche stesse.

2. Il consenso al riconoscimento di un figlio nato a seguito dell'applicazione di tecniche di fecondazione assistita inizialmente formulato è irrevocabile. Chi lo ha prestato non può esercitare alcuna azione ai sensi degli articoli 235 o 263 del codice civile.

3. La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di fecondazione assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396.

4. In nessun caso dai registri dello stato civile possono risultare dati dai quali si possa desumere la modalità della generazione di un soggetto.

Era accaduto che la gestatrice, la quale aveva altresì fornito i gameti necessari alla fecondazione, avesse affidato i bambini alla coppia committente pochi giorni dopo la nascita degli stessi in Inghilterra. In relazione a detti minori, nel rispetto delle disciplina giuridica inglese in materia <sup>40</sup>, erano stati emessi appositi provvedimenti giudiziari di attribuzione della maternità alla madre intenzionale, in sostituzione di colei che aveva proceduto alla gestazione e al parto, la quale, in adempimento delle intercorse intese, aveva formalmente rinunciato a riconoscere i nati come propri figli.

In base ai provvedimenti in parola, dunque, nel Regno Unito la madre intenzionale doveva ritenersi a tutti gli effetti giuridici madre dei piccoli, i quali avevano stabilmente vissuto con lei in Italia <sup>41</sup>.

Per l'esigenza di evitare che i minori risultassero, sul piano formale, figli di madri diverse in Regno Unito ed in Italia, era stata inoltrata al Comune di Bari la richiesta del riconoscimento degli effetti dei citati "provvedimenti parentali" ai fini della conseguente rettifica degli atti anagrafici. Il Comune di Bari, peraltro, non aveva accolto la richiesta, in considerazione del fatto che nell'ordinamento giuridico italiano non è prevista l'attribuzione della maternità a seguito di un accordo di "surrogazione eterologa di maternità".

La decisione.

La Corte d'appello di Bari ha deciso per l'accoglimento della domanda in base alle seguenti argomentazioni:

- poiché i due bambini hanno la cittadinanza britannica, lo stato di figlio legittimo è regolato dalla legge inglese e non può essere contestato che alla stregua di tale

---

<sup>40</sup> Art. 30 "*Human Fertilisation and Embriology Act — 1990*".

<sup>41</sup> La legislazione britannica, a seguito dell'emanazione della legge "*Human Fertilisation and Embryology Act*" del 1990, ammette la maternità surrogata, e prevede che il Giudice possa – dopo avere verificato una serie di requisiti – emettere un provvedimento che dichiari il bambino che sia nato a seguito dell'applicazione della tecnica in questione figlio della madre committente.

legge <sup>42</sup>;

- ai sensi degli artt. 64, lett. g), 65 e 67 della legge n. 218/1995 debbono valutarsi gli effetti che l'eventuale riconoscimento dei due provvedimenti dell'autorità giudiziaria britannica produrrebbe nello Stato italiano, prendendo come parametro di riferimento l'ordine pubblico;
- quanto al limite dell'ordine pubblico di cui all'art. 16 della legge n. 218/1995, richiamato dagli artt. 64 e 65 della medesima legge, occorre chiedersi a quale tipo di nozione la norma faccia riferimento e cioè se venga in rilievo l'ordine pubblico "interno", ovvero quello "internazionale";
- la Corte di Cassazione, anche dopo l'entrata in vigore della legge n. 218 del 1995, è intervenuta più volte sul tema dell'ordine pubblico stabilendo, in particolare, che debba aversi riguardo alla nozione di ordine pubblico internazionale <sup>43</sup>;
- pertanto, non v'è dubbio che, nella specie, debba farsi riferimento alla nozione di ordine pubblico internazionale e che non possano ritenersi, di per sé, indici di

---

<sup>42</sup> **L'art. 33 della legge n. 218 del 1995** stabilisce: "1. Lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita. 2. È legittimo il figlio considerato tale dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino al momento della nascita del figlio. 3. La legge nazionale del figlio al momento della nascita regola i presupposti e gli effetti dell'accertamento e della contestazione dello stato di figlio. Lo stato di figlio legittimo, acquisito in base alla legge nazionale di uno dei genitori, non può essere contestato che alla stregua di tale legge".

<sup>43</sup> "La nozione di ordine pubblico, ai fini dell'applicazione del limite posto dall'art. 31 delle preleggi all'applicazione della legge straniera, non può essere individuata esclusivamente sulla base dell'assetto interno, in modo da ridurre l'efficacia della legge straniera ai soli casi in cui detta legge sia più favorevole al lavoratore di quella italiana; i parametri di conformità all'ordine pubblico internazionale non coincidono con le norme inderogabili dell'ordinamento italiano poste a tutela del lavoratore, ma devono essere rinvenuti in esigenze (comuni ai diversi ordinamenti statali) di garanzia di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, o in valori fondanti dell'intero assetto ordinamentale" (Cass. civ., Sez. lavoro, 23/2/2006, n. 4040). Ancora, la S.C., ha stabilito che: "L'ordine pubblico, che, ai sensi dell'art 16 comma 1, n. 218 del 1995, costituisce il limite all'applicabilità della legge straniera in Italia e che si identifica in norme di tutela dei diritti fondamentali, deve essere garantito, in sede di controllo della legittimità dei provvedimenti giudiziari, con riguardo non già all'astratta formulazione della disposizione straniera, bensì "ai suoi effetti", cioè alla concreta applicazione che ne abbia fatto il giudice di merito ed all'effettivo esercizio della sua discrezionalità, vale a dire all'eventuale adeguamento di essa all'ordine pubblico. Detto ordine pubblico non si identifica con quello interno, perché altrimenti le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all'applicazione di norme materiali aventi contenuto simile a quelle italiane, cancellando la diversità tra sistemi giuridici e rendendo inutili le regole del diritto internazionale privato" (Cass. civ., Sez. lavoro, 4/5/2007, n. 10215).

contrarietà all'ordine pubblico internazionale né il fatto che la legislazione italiana vieti il ricorso alla maternità surrogata, né il fatto che essa sia ispirata al principio della prevalenza della maternità "biologica" su quella "sociale", essendo previste in numerosi Stati (tra cui ad esempio l'Inghilterra e la Grecia) deroghe a tale principio;

- nella valutazione del limite dell'ordine pubblico internazionale deve inoltre aversi riguardo all'interesse in concreto dei minori (da valutarsi anche con riferimento alle disposizioni internazionali che tutelano e riconoscono i diritti dei minori stessi);
- deve conseguentemente considerarsi, nel caso in esame, da un lato che i bambini hanno stabilmente vissuto in Italia con il padre e la madre intenzionale, alla quale sono legati da un vincolo affettivo per nulla diverso da quello che solitamente lega i figli a colei che li porta in grembo e li partorisce, e, dall'altro, che la madre uterina ha espressamente rinunciato ad ogni diritto (e dovere) parentale nei loro confronti;
- emerge dunque con evidenza il gravissimo pregiudizio che i minori subirebbero ove la domanda venisse respinta, a fronte del loro preminente interesse ad essere riconosciuti, anche in Italia, ove essi vivono, come figli della loro madre intenzionale <sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup>Con riferimento alla normativa internazionale e comunitaria (e va osservato che quest'ultima ha diretta efficacia nell'ordinamento nazionale, e prevale sul diritto interno, come insegna, ad es., Cass. 10/12/2002, n. 17564), vi è da richiamare, in particolare, la Convenzione sui diritti dell'infanzia approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite a New York il 20.11.1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con la L. 27.5.1991 n. 176, la quale dichiara che *"In tutte le decisioni relative ai fanciulli/e di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente"*, e, in ambito comunitario, con particolare riferimento al riconoscimento delle sentenze straniere nella materia dei rapporti tra i genitori e i figli, va segnalato l'art. 23 del Reg. CE n. 2201/2003, che espressamente stabilisce come la valutazione della *"non contrarietà all'ordine pubblico"* debba essere effettuata *"tenendo conto dell'interesse superiore del figlio"*. Quanto poi, più specificamente, al profilo del diritto comunitario, va segnalato, in aggiunta, che è interesse dei membri a vedersi riconosciuta la stessa madre nei due Paesi membri, sia che essi si trovino in Inghilterra, sia che essi vivano in Italia, venendo in considerazione anche un profilo che riguarda il diritto alla libera circolazione delle persone per tutti i cittadini degli Stati membri dell'Unione Europea.

Tanto premesso, la Corte d'Appello di Bari ha deciso per l'accoglimento della domanda e, accertata la sussistenza dei requisiti per il riconoscimento nello Stato italiano degli ordini parentali resi nel Regno Unito, ne ha dichiarato l'efficacia nel territorio della Repubblica italiana ed ha disposto per la trascrizione della sentenza nei registri dello stato civile del Comune di Bari.

Può osservarsi come nel caso in esame il giudice italiano abbia individuato soluzioni molto simili a quelle di cui alla sentenza della Corte d'appello di Parigi del 2007 prima richiamata (poi però annullata dalla Corte di cassazione francese nel dicembre 2008). In particolare, è interessante notare come, in ultima analisi, le problematiche affrontate dalla giurisprudenza nei due Paesi siano le stesse e come gli schemi giuridici posti a fondamento delle decisioni in questione siano molto simili.

### **3. Embrione e ricerca scientifica.**

#### **3a) La legge francese nel dettaglio.**

Dopo tre anni di dibattiti parlamentari è stata promulgata in Francia la legge n. 800 del 6 agosto 2004 che ha introdotto importanti modifiche alla legge del 29 luglio 1994 sulla bioetica, specie con riferimento al bilanciamento delle contrapposte esigenze di tutela dell'embrione umano e di incentivazione della ricerca scientifica.

Con riferimento a detta specifica materia, le principali disposizioni della legge di revisione si organizzano attorno a tre temi fondamentali:

1. l'interdizione di ogni forma di clonazione, sia riproduttiva che terapeutica<sup>45</sup>
2. la conferma del divieto generale, già contenuto nella precedenti disposizioni, di

---

<sup>45</sup> Il nuovo **art. 16 – alinea 3 code civil** prevede il divieto di clonazione riproduttiva; gli articoli **L. 2125 -2 e seguenti code de la santé publique** prevedono espressamente il divieto di clonazione a fini industriali o scientifici).

creare embrioni a scopo scientifico ovvero di effettuare ricerche scientifiche sull'embrione umano;

3. l'autorizzazione, a titolo derogatorio rispetto al divieto generale, di specifiche ricerche scientifiche sull'embrione umano e sulle cellule primitive o staminali embrionarie, sulla base di protocolli valutati dalla Agenzia per la biomedicina (art. 2151 – 5 code de la santé publique);
4. la creazione di una Agenzia per la biomedicina, ente pubblico inquadrato nel Ministero della sanità ed avente quale compito specifico quello di controllare e valutare i protocolli di studio e di ricerca sull'embrione umano *in vitro* (art. L. 1418 – 1 code de la santé publique)<sup>46</sup>.

Rispetto al sistema delineato dalla legge del 1994, e contrariamente a quanto accade in Italia, la legge n. 800/2004 introduce, accanto al principio generale rappresentato dal divieto di ricerche scientifiche sull'embrione umano, un sistema di deroghe dato

---

<sup>46</sup> **Article L. 2151 – 5 code de la santé publique:** « La recherche sur l'embryon humain est interdite.

A titre exceptionnel, lorsque l'homme et la femme qui forment le couple y consentent, des études ne portant pas atteinte à l'embryon peuvent être autorisées sous réserve du respect des conditions posées aux quatrième, cinquième, sixième et septième alinéas.

Par dérogation au premier alinéa, et pour une période limitée à cinq ans à compter de la publication du décret en Conseil d'Etat prévu à l'article L. 2151-8, les recherches peuvent être autorisées sur l'embryon et les cellules embryonnaires lorsqu'elles sont susceptibles de permettre des progrès thérapeutiques majeurs et à la condition de ne pouvoir être poursuivies par une méthode alternative d'efficacité comparable, en l'état des connaissances scientifiques. Les recherches dont les protocoles ont été autorisés dans ce délai de cinq ans et qui n'ont pu être menées à leur terme dans le cadre dudit protocole peuvent néanmoins être poursuivies dans le respect des conditions du présent article, notamment en ce qui concerne leur régime d'autorisation.

Une recherche ne peut être conduite que sur les embryons conçus *in vitro* dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation qui ne font plus l'objet d'un projet parental. Elle ne peut être effectuée qu'avec le consentement écrit préalable du couple dont ils sont issus, ou du membre survivant de ce couple, par ailleurs dûment informés des possibilités d'accueil des embryons par un autre couple ou d'arrêt de leur conservation. A l'exception des situations mentionnées au dernier alinéa de l'article L. 2131-4 et au troisième alinéa de l'article L. 2141-3, le consentement doit être confirmé à l'issue d'un délai de réflexion de trois mois. Dans tous les cas, le consentement des deux membres du couple est révocable à tout moment et sans motif.

Une recherche ne peut être entreprise que si son protocole a fait l'objet d'une autorisation par l'Agence de la biomédecine. La décision d'autorisation est prise en fonction de la pertinence scientifique du projet de recherche, de ses conditions de mise en oeuvre au regard des principes éthiques et de son intérêt pour la santé publique. La décision de l'agence, assortie de l'avis du conseil d'orientation, est communiquée aux ministres chargés de la santé et de la recherche qui peuvent, lorsque la décision autorise un protocole, interdire ou suspendre la réalisation de ce protocole lorsque sa pertinence scientifique n'est pas établie ou lorsque le respect des principes éthiques n'est pas assuré.

En cas de violation des prescriptions législatives et réglementaires ou de celles fixées par l'autorisation, l'agence suspend l'autorisation de la recherche ou la retire. Les ministres chargés de la santé et de la recherche peuvent, en cas de refus d'un protocole de recherche par l'agence, demander à celle-ci, dans l'intérêt de la santé publique ou de la recherche scientifique, de procéder dans un délai de trente jours à un nouvel examen du dossier ayant servi de fondement à la décision.

Les embryons sur lesquels une recherche a été conduite ne peuvent être transférés à des fins de gestation ».

che prevede che possano essere di volta in volta autorizzate, seppure a titolo eccezionale e per un periodo massimo di 5 anni, specifiche ricerche sull’embrione umano e le cellule embrionarie qualora sussistano determinate condizioni espressamente indicate dalla legge stessa.

Ribadito il divieto di creazione di embrioni a scopo commerciale o scientifico (punito con severe sanzioni penali) <sup>47</sup>, le nuove disposizioni chiariscono immediatamente come l’autorizzazione rilasciata per l’effettuazione di determinate ricerche scientifiche sull’embrione umano costituisca una deroga eccezionale ad un divieto generalmente valido. Stabilisce infatti l’art. L. 2151 – 5 *de la santé publique* che solo a titolo eccezionale e per un periodo massimo di cinque anni, “à compter de la publication du décret en Conseil d’Etat prévu à l’article L. 2151-8”, possono essere autorizzate dall’Agenzia per la biomedicina specifiche ricerche sull’embrione umano e sulle cellule primitive embrionarie quando si reputi che siano idonee a realizzare importanti progressi terapeutici e a condizione che non sia utilizzabile, per procedere nella sperimentazione, una metodologia alternativa di efficacia comparabile.

La norma chiarisce inoltre che le ricerche in questione non possono essere condotte se non su embrioni soprannumerari che siano stati concepiti *in vitro* nell’ambito dell’assistenza medica alla procreazione e che non costituiscano più l’oggetto di un progetto parentale da parte della coppia che abbia fornito i gameti.

Dispone altresì che la coppia, debitamente informata sull’alternativa di acconsentire

---

<sup>47</sup> L’art. 511 – 17 *code pénal* punisce con la pena di 7 anni di reclusione e con l’ammenda di 100.000 euro di ammenda “*le fait de procéder à la conception in vitro ou à la constitution par clonage d’embryons humain à des fins industrielles ou commerciales. Est puni des memes peines le fait d’utiliser des d’embryons humain à des fins industrielles ou commerciales*”.

L’art. 511 – 18 *code pénal* punisce con la pena di 7 anni di reclusione e con l’ammenda di 100.000 euro “*le fait de procéder à la conception in vitro ou à la constitution par clonage d’embryons humain à des fins de recherche*”

all'*accueil* dell'embrione da parte di terzi, debba manifestare un chiaro consenso scritto alla destinazione alla ricerca, consenso da confermare dopo un periodo di riflessione di tre mesi e liberamente revocabile.

Stabilisce, infine, che l'Agenzia per la biomedicina, alla quale è attribuito il compito di sorvegliare sull'andamento della sperimentazione, possa eventualmente anche sospendere la prosecuzione della ricerca per fondate ragioni riguardanti sia l'effettività utilità scientifica della stessa sia questioni bioetiche.

E' prevista anche un'ulteriore cautela, dato che si dispone che anche l'importazione o l'esportazione di tessuti o cellule embrionarie debba essere debitamente autorizzato dall'Agenzia per la biomedicina, e che la stessa non possa dare la necessaria autorizzazione qualora detti tessuti o cellule embrionarie siano stati ottenuti in violazione dei principi fondamentali previsti dagli articoli da 16 a 16 – 8 del codice civile.

Con disposizione quanto mai opportuna è espressamente previsto che gli embrioni sui quali sia stata condotta una ricerca o una sperimentazione non possano essere impiantati a fini di gestazione.

Ai divieti si accompagna la previsione di specifiche sanzioni penali per il caso di violazione.

In primo luogo viene introdotto il delitto di clonazione riproduttiva, ritenuto crimine contro la specie umana, e lo si punisce assai severamente. L'art. 214 – 2 *code pénal* sanziona infatti con la pena di trent'anni di reclusione e con l'ammenda di 7,5 milioni di euro "*le fait de procéder à une intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée*".

Considerata la gravità del fatto (e in maniera del tutto diversa rispetto a quanto stabilito ad es. per l'ipotesi di maternità surrogata), è prevista la punibilità anche per

coloro che si sottopongono alla tecnica in questione. L'art. 511 – 1 *code pénal* sanziona infatti con la pena di dieci anni di reclusione e con l'ammenda di 150.000 euro coloro che commettano *“le fait de se prêter à un prélèvement de cellules ou de gamètes, dans le but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée”*.

In deroga poi al principio di territorialità<sup>48</sup>, l'art. 511 – 1 – 1 *code pénal* stabilisce l'applicabilità della legge francese anche nel caso in cui il delitto previsto nell'art. 511 – 1 sia commesso all'estero da un cittadino francese o da una persona che risieda abitualmente nel territorio francese<sup>49</sup>.

Quanto alla clonazione per fini diversi da quelli riproduttivi, l'art. 511 – 17 *code pénal* punisce con la pena di 7 anni di reclusione e con l'ammenda di 100.000 euro di ammenda *“le fait de procéder à la conception in vitro ou à la constitution par clonage d'embryons humain à des fins industrielles ou commerciales.*

*Est puni des memes peines le fait d'utiliser des d'embryons humain à des fins industrielles ou commerciales”*.

L'art. 511 – 18 *code pénal* punisce con la pena di 7 anni di reclusione e con l'ammenda di 100.000 euro *“le fait de procéder à la conception in vitro ou à la constitution par clonage d'embryons humain à des fins de recherche”*.

L'art 511 – 18 – 1 *code pénal* punisce con la pena di 7 anni di reclusione e con

---

<sup>48</sup> **Article 113 - 6 code pénal** : « La loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République.

*Elle est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis.*

*Il est fait application du présent article lors même que le prévenu aurait acquis la nationalité française postérieurement au fait qui lui est imputé.*

<sup>49</sup> **art. 511 – 1 – 1 code pénal** : “Dans le cas où le délict prévu à l'article 511 – 1 est commis à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113 – 6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113 – 8 ne sont pas applicables”.

l'ammenda di 100.000 euro *“le fait de procéder à la constitution par clonage d'embryons humain à des fins thérapeutique”*.

Con specifico riferimento alla ricerca scientifica condotta su embrioni già esistenti

l'art 511 – 19 I parte *code pénal* prevede la pena di 7 anni di reclusione e l'ammenda di 100.000 euro qualora si commetta *“le fait de procéder à une étude ou une recherche sur l'embryons humain:*

*1° Sans avoir préalablement obtenu le consentement écrit et l'autorisation visés à l'article L. 2151 – du code de la santé publique, ou alors que cette autorisation est retirée, suspendue, ou que le consentement est révoqué;*

*2° Sans se conformer aux prescriptions législative set réglementaires ou à celles fixées par cette autorisation”*.

Lo stesso articolo nella II parte punisce con la pena di 2 anni di reclusione e con l'ammenda di 30.000 euro *“le fait de procéder à une étude ou une recherche sur les cellules souches embryonnaires:*

*1° Sans avoir préalablement obtenu le consentement écrit et l'autorisation visés à l'article L. 2151 – du code de la santé publique, ou alors que cette autorisation est retirée, suspendue, ou que le consentement est révoqué;*

*2° Sans se conformer aux prescriptions législative set réglementaires ou à celles fixées par cette autorisation”*

L'art 511 – 19 – 2 *code pénal* punisce altresì con la pena di 2 anni di reclusione e con l'ammenda di 30.000 euro la conservazione o la cessione di cellule embrionarie in violazione delle regole espressamente stabilite dal *code de la santé publique*.

L'art. 511 – 19 – 3 *code pénal* punisce infine con la stessa pena l'importazione o l'esportazione per fini di ricerca scientifica cellule embrionarie o fetali in violazione delle disposizioni espressamente stabilite dal codice di sate publique.

### 3b) La clonazione

Uno dei temi cui è stato dedicato ampio spazio nel corso delle varie sessioni di studio è stato quello della clonazione <sup>50</sup>, essendo fortemente dibattuta in Francia la questione sull'opportunità di mantenere ovvero di rimodulare l'ampio divieto, oggi previsto, avente ad oggetto ogni forma di clonazione, compresa quella terapeutica, consentita invece in altri Stati.

Il dott. Jacques Montagut (*médecin biologiste de la reproduction*) ha illustrato dal punto di vista scientifico la tecnica in questione <sup>51</sup>, chiarendo, in particolare la differenza tra clonazione riproduttiva e clonazione terapeutica.

E' stato spiegato, in particolare, che si parla di "clonazione terapeutica" con

---

<sup>50</sup> Il termine "clonazione" indica nel lessico scientifico contemporaneo il processo che consente la duplicazione del patrimonio genetico di una singola cellula o di un intero organismo.

Le principali tecniche utilizzate per conseguire la clonazione del corredo biologico sono due:

a) la **fissione gemellare** (*embryo splitting*), la quale consiste nella separazione di singole cellule o di gruppi di cellule nelle prime fasi dello sviluppo embrionale, quando le cellule sono ancora "totipotenti", cioè non ancora specializzate, e quindi in grado di evolvere verso qualsiasi direzione, compreso un intero organismo;

b) il **trapianto nucleare**: trapianto del nucleo di cellule specializzate di qualsiasi tipo (cellule staminali adulte o somatiche) in una cellula uovo fecondata o non fecondata, dopo aver provveduto all'eliminazione del nucleo della cellula uovo; se impiantato in utero e fatto sviluppare, l'ovocita così ottenuto darà origine ad un individuo il cui genoma sarà identico a quello del donante.

La principale differenza tra le due tecniche consiste nel fatto che la prima richiede la formazione di un embrione attraverso la riproduzione sessuata: gli embrioni così ottenuti condivideranno lo stesso patrimonio genetico, ma questo sarà il risultato della fusione dei gameti maschili e femminili. Nel caso del trasferimento di nucleo invece si è di fronte ad un fenomeno in cui l'embrione ottenuto avrà il patrimonio genetico di una sola persona, quella da cui è stata prelevata la cellula staminale somatica impiantata.

<sup>51</sup> I primi esperimenti di clonazione di organismi pluricellulari furono compiuti negli anni Cinquanta, sulle rane. Nel 1979 fu la volta di esperimenti sulla divisione di embrioni, allo stadio di otto-sedici cellule al fine di ottenere embrioni identici.

Nel 1993 la tecnica appena descritta fu applicata all'uomo: due ricercatori statunitensi, dopo avere ottenuto embrioni umani mediante fecondazione in vitro, ottennero 48 cloni di tali embrioni, che successivamente congelarono.

Nel 1996 gli esperimenti sulla clonazione subirono una brusca accelerazione con la nascita della pecora Dolly, il primo mammifero della storia clonato a partire da un individuo adulto. La clonazione fu realizzata da alcuni ricercatori di Edimburgo che prelevarono il nucleo della cellula mammaria di una pecora adulta e successivamente la trasferirono in un ovulo privato del suo nucleo. Quest'ultimo fu in seguito trapiantato nell'utero di una terza pecora che diede alla luce la famosissima Dolly.

Le tecniche utilizzate per la nascita di Dolly evidenziarono alcune novità nel campo degli studi fino ad allora condotti in materia di clonazione. Anzitutto si trattò non di una scissione gemellare ma di una tecnica del tutto innovativa con la quale si realizzò per la prima volta una riproduzione asessuale e agamica (priva dell'utilizzo delle cellule sessuali degli organismi animali) volta a produrre individui biologicamente uguali all'individuo adulto, fornitore del patrimonio genetico nucleare.

Inoltre, fino a qual momento si era ritenuto che questo tipo di clonazione vera e propria fosse impossibile: si credeva che il DNA delle cellule somatiche (le cellule staminali adulte) degli animali superiori, essendo ormai differenziate, non potesse più recuperare la totipotenzialità originale e, conseguentemente, la capacità di guidare lo sviluppo di un nuovo individuo.

riferimento alla produzione in laboratorio, con il corredo genetico di un dato individuo, di embrioni umani non allo scopo di dare origine ad una nuova vita umana ma al fine di ottenere una linea di cellule staminali “autologhe” (compatibili con il corpo del donatore), attraverso il prelevamento delle stesse dagli embrioni appositamente generati (i quali sono dunque destinati all'estinzione) nel 5° giorno del loro sviluppo. Le cellule staminali così ottenute saranno poi coltivate in vitro ed indirizzate affinché producano cellule specializzate di un dato tessuto od organo, da utilizzarsi per scopi terapeutici (per la cura degli organi danneggiati del donatore o di terzi) <sup>52</sup>.

Dal punto di vista delle applicazioni scientifiche, la clonazione riproduttiva potrebbe essere largamente utilizzata nel campo della procreazione assistita. Viene infatti evidenziato come la scissione embrionaria permetterebbe di aumentare la percentuale di gravidanze quando non sia stato possibile formare più di un embrione *in vitro*; semplificherebbe inoltre la procedura tesa alla creazione di embrioni destinati all'impianto, riducendo il numero di prelievi di ovuli da fecondare ed evitando che si debba ricorrere ad un'ulteriore stimolazione ovarica in caso di insuccesso; potrebbe infine essere utilizzata come modalità riproduttiva nei casi di infertilità maschile assoluta. Nei casi di infertilità maschile eviterebbe infatti il ricorso alla fecondazione eterologa (vietata in Italia) in quanto questa particolare tecnica consentirebbe di prelevare dall'uomo il materiale genetico (attraverso una cellula staminale somatica dello stesso) da utilizzare per la fecondazione dell'ovulo fornito dal membro femminile della coppia.

---

<sup>52</sup> La cellula staminale, infatti, in presenza di determinati impulsi, può differenziarsi e moltiplicarsi così da ricomporre i tessuti di vari organi del corpo umano. Perché si raggiunga questo scopo, possono essere utilizzati principalmente due metodi:

- **clonazione terapeutica per via embrionale:** si elimina il nucleo di uno zigote umano fecondato, si sostituisce con quello prelevato dalle cellule del paziente, si crea un pre-embrione dal quale si isolano immediatamente delle cellule staminali che, cresciute in vitro, mantengono la pluripotenza anche per anni e sono in grado di specializzarsi per costituire i più vari tessuti umani;
- **trasferimento nucleare da cellule somatiche:** dal paziente sono prelevate alcune cellule staminali sane che vengono messe a coltura *in vitro*, moltiplicate e iniettate nel paziente stesso per rigenerare specifici tessuti.

Peraltro, la creazione di individui geneticamente identici è considerata una delle forme più gravi di attentato alla dignità umana, sia a livello nazionale che a livello internazionale. Molti sono stati sinora gli interventi normativi tesi alla creazione di un'esplicito divieto: allo stato attuale la clonazione umana con finalità riproduttiva è vietata per legge ad esempio negli Stati Uniti e in molti Stati europei, tra cui l'Italia, la Francia, la Spagna, la Svizzera. A livello internazionale poi è stata considerata con estremo sfavore da organismi quali il Consiglio d'Europa, il Parlamento Europeo <sup>53</sup>, l'OMS e l'UNESCO <sup>54</sup>.

Si ritiene infatti che la clonazione contrasti con il valore supremo della individualità propria di ogni uomo, fondata essenzialmente sulla combinazione casuale dei patrimoni genetici contenuti rispettivamente nei gameti maschili e femminili che si fondono al momento della fecondazione <sup>55</sup>. Detta modalità riproduttiva costituirebbe insomma una peculiarità caratterizzante la specie umana. Da qui la convinzione che la clonazione riproduttiva debba essere considerata un crimine contro la specie umana.

Se vi è un generale accordo a livello mondiale contro la clonazione riproduttiva, il panorama si presenta invece molto più variegato riguardo alla clonazione terapeutica, dato che in molti Stati la stessa è consentita, sul presupposto che non costituisca un attentato alla dignità della persona quando abbia come fine lo sviluppo delle conoscenze

---

<sup>53</sup> A livello comunitario può segnalarsi la direttiva n. 98/44/CE che guarda con sfavore alla clonazione e vieta la brevettazione dei procedimenti diretti alla clonazione, in quanto contrari all'ordine pubblico e al buon costume.

<sup>54</sup> La Dichiarazione universale sul genoma umano e sui diritti dell'uomo dell'UNESCO raccomanda, all'art. 11, di vietare pratiche contrarie alla dignità umana, tra cui appunto la clonazione di esseri umani.

<sup>55</sup> Nella nostra Costituzione non vi è un espresso riferimento al diritto di ciascuno al proprio patrimonio genetico. Da ciò non si può, peraltro, desumere l'inesistenza di un siffatto diritto, poiché la mancanza di un esplicito riconoscimento dipende piuttosto dal fatto che, sino a tempi recentissimi, erano assolutamente impensabili interventi sul patrimonio genetico dell'uomo.

Oggi, inoltre, seppur a livello di legge ordinaria, il diritto di ciascuno alla propria identità genetica ha ricevuto in Italia esplicito riconoscimento nell'art. 13 della legge 2004 n. 40, che delinea una specifica fattispecie penalmente rilevante stabilendo espressamente l'illiceità di ogni forma di manipolazione del patrimonio genetico, ad eccezione dei soli "*interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche volte alla tutela della salute ed allo sviluppo dell'embrione stesso*". Tanto premesso, potrebbe peraltro ritenersi che il diritto alla identità genetica possa trovare collocazione anche a livello costituzionale quale peculiare aspetto del diritto, costituzionalmente garantito, alla identità personale.

umane a scopi terapeutici <sup>56</sup>.

Con la legge n. 800 del 2004 anche la Francia ha confermato esplicitamente la propria contrarietà ad ogni forma di clonazione.

Allo stesso modo, l'art. 13 della legge italiana n. 40 del 2004 sancisce il divieto assoluto di clonazione sia riproduttiva che terapeutica.

### **3c) Prospettive di riforma nell'imminenza della legge di revisione.**

Passando dal diritto vigente alle prospettive di riforma, va subito evidenziato come in Francia sia acceso il dibattito su come debba atteggiarsi in concreto il bilanciamento tra la tutela dell'aspettativa di vita dell'embrione umano e l'interesse, ritenuto altrettanto meritevole di tutela, al progresso scientifico.

In particolare si discute sull'opportunità o meno di modificare, in occasione della legge di revisione che dovrebbe essere promulgata entro il 2009, le disposizioni attualmente in vigore riguardanti la ricerca scientifica sugli embrioni umani e le cellule embrionarie, e, in particolare, quelle relative alla clonazione terapeutica.

Quanto alla ricerca scientifica avente ad oggetto embrioni umani e cellule staminali

---

<sup>56</sup> Nel Regno Unito il 19 dicembre 2000 il parlamento approvò il *Rapporto Donaldson*, dando il via libera alla clonazione di embrioni umani per scopi scientifici e confermando invece il divieto alla clonazione umana «a scopo riproduttivo».

Una settimana dopo, anche il governo USA, pur mantenendo il divieto di creazione di embrioni a scopo scientifico ha autorizzato la ricerca scientifica sugli embrioni congelati creati per le cure di fertilità e in eccedenza rispetto ai fabbisogni delle cliniche; il governo di George W. Bush ha bloccato le ricerche che sono state nuovamente legalizzate (e finanziariamente supportate) da Barack Obama all'indomani del suo insediamento.

Il 7 settembre 2000 l'Europarlamento approvò invece una risoluzione sulla clonazione volta a porre dei freni a quei governi troppo disponibili verso la ricerca sulle cellule staminali (in primis, appunto, il Regno Unito) e a fermare per tempo quelli ancora privi di un orientamento, affermando che *“non vi è alcuna differenza tra clonazione ai fini terapeutici e clonazione ai fini della riproduzione e che qualsiasi allentamento del divieto attuale creerà pressioni per ulteriori sviluppi nella produzione e nell'utilizzo di embrioni, la clonazione terapeutica, che implica la creazione di embrioni umani esclusivamente per scopi di ricerca, pone un profondo dilemma etico, rappresenta un passo senza ritorno per quanto riguarda le norme della ricerca, e sia in contrasto con l'impostazione in materia di ordine pubblico adottata dall'Unione europea”*. Strasburgo chiedeva inoltre alla Commissione europea che nessun ente scientifico finanziato dai programmi europei di ricerca «sia implicato, in un modo o nell'altro, nella clonazione di embrioni umani».

Peraltro nello stesso periodo, La *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, fatta propria dal Consiglio Europeo di Nizza del 7/8 novembre 2000, nell'ambito del comma 2 dell'articolo 3, formulava invece, in contraddizione rispetto alla decisione del Parlamento europeo, unicamente «il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani».

Nell'aprile 2003 l'Europarlamento ha ribadito il proprio «no», bocciando sia la creazione di embrioni a scopo scientifico sia la clonazione umana.

embrionarie, in molti ritengono sia necessario capovolgere l'attuale sistema normativo che stabilisce, in via di principio, un generale divieto e solo in via derogatoria prevede la possibilità di condurre specifiche ricerche e sperimentazioni, debitamente autorizzate dall'Agenzia di biomedicina, qualora le stesse siano rispondenti a determinate condizioni specificamente previste (di cui si è detto prima).

Il dibattito è in corso, sia in Parlamento che nella società civile.

La proposta di legge n. 2346, presentata all'Assemblea Nazionale dal deputato Roger Gerard Schwartzberg, prevede la soppressione del divieto attualmente vigente e la conseguente liceità della ricerca scientifica sugli embrioni umani soprannumerari prodotti nell'ambito dell'assistenza medica alla procreazione qualora sia certo che gli stessi non costituiscono più l'oggetto di un progetto parentale da parte della coppia che ha fornito i gameti.

Propone inoltre di rendere lecita la clonazione terapeutica, nei seguenti termini : *“La constitution par clonage d’embryons humain à des fins thérapeutiques et les recherches sur les embryons ainsi constitués sont autorisées sous réserve du respect des mêmes conditions que celles énoncées aux troisième alinéa pour les recherches menées sur les embryons conçus in vitro dans le cadre d’une assistance médicale à la procréation qui ne font plus l’objet d’un projet parental.*

*Ces recherches ne peuvent être menées que sur des embryons n’ayant pas atteint le stade de la différenciation tissulaire”.*

Trovarebbe conferma, dunque, il divieto di creazione di embrioni umani a scopi commerciali, industriali, scientifici o terapeutici, potendo le ricerche e le sperimentazioni (compresa la tecnica della clonazione terapeutica) essere intraprese unicamente sugli embrioni prodotti nell'ambito dell'assistenza medica alla procreazione.

Le ragioni poste a fondamento della revisione richiesta riguardano l'esigenza di non

intralciare oltre misura la ricerca scientifica tesa al miglioramento della vita dell'uomo e alla cura di gravi malattie, oltre che l'esigenza di non porre i ricercatori francesi in una posizione di inferiorità rispetto ai colleghi stranieri. Si considera inoltre che in futuro, qualora attraverso la sperimentazione scientifica condotta sulle cellule embrionarie e lo sviluppo della tecnica della clonazione si arrivasse alla produzione di medicinali capaci di curare gravi malattie, la Francia certamente non potrebbe impedire ai suoi cittadini di servirsene. Detta considerazione dimostrerebbe con evidenza la necessità di consentire l'effettuazione di ricerche scientifiche sull'embrione umano, seppur nei limiti ritenuti dal Paese eticamente accettabili in una visione laica dello Stato.

Anche in Senato, nella seduta dell'11 luglio 2005, è stato illustrato un disegno di legge tendente a modificare la disciplina attualmente in vigore nel senso di rendere lecita la ricerca scientifica a fini terapeutici sugli embrioni umani soprannumerari e la clonazione terapeutica.

#### **4d) Embrione e ricerca scientifica in Italia.**

La disciplina normativa attualmente in vigore in Francia si differenzia nettamente da quella italiana che, invece, non consente alcuna deroga, neppure in relazione agli embrioni umani soprannumerari già esistenti. Prevede infatti la legge italiana all'art. 13 l. 40/2004, dedicato alla *“Sperimentazione sugli embrioni umani”*, che *“E' vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano”*. Al secondo comma viene precisato che *“La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute ed allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative”*. Il successivo terzo comma vieta poi espressamente *“la produzione di embrioni a fini di ricerca o di sperimentazione”*, e

indica analiticamente tutta una serie di interventi sull’embrione vietati in via assoluta, tra cui *“ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti”* ed ogni forma di manipolazione del patrimonio genetico, confermando, quale unica eccezione, la liceità dei soli *“interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche volte alla tutela della salute ed allo sviluppo dell’embrione stesso”* .

Emerge dunque con evidenza come nel disciplinare il sistema dei rapporti tra l’aspettativa di vita del singolo embrione (l’art. 1 chiarisce come la legge si preoccupi di *“assicurare i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito”*) e l’interesse della collettività al progresso scientifico il legislatore italiano abbia optato per una soluzione fortemente finalizzata alla tutela dell’embrione umano, rinunciando ad ogni tipo di mediazione o di bilanciamento tra i contrapposti interessi in gioco.

Tale impostazione è stata pesantemente criticata proprio sotto il profilo del mancato bilanciamento dei contrapposti interessi coinvolti, tutti di rilevanza costituzionale, specie con riferimento al problema degli embrioni soprannumerari, inutilmente destinati a rimanere crioconservati sino alla loro completa estinzione.

Nessuna sperimentazione o ricerca clinica potrà dunque essere compiuta sull’embrione a meno che dette attività non siano *“volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell’embrione stesso”*.

La violazione del divieto di cui al primo comma è sanzionata dal punto di vista penale con la reclusione da due a sei anni e con la multa da 50.000,00 a 150.000,00 euro; oltre che con la previsione, nei confronti dell’esercente la professione sanitaria, della sospensione da uno a tre anni dall’esercizio della professione stessa (interessante notare come in Francia le sanzioni penali previste siano molto più severe (v. pp. 60, 61 e 62 della relazione).

È stato osservato da molti che il conflitto di interessi avrebbe potuto condurre ad una

scelta diversa e dunque ad un bilanciamento, ad esempio consentendo la ricerca scientifica qualora la stessa sia finalizzata al perseguimento di scopi meritevoli di tutela, quali l'evoluzione delle conoscenze in campo terapeutico, sugli embrioni soprannumerari (come appunto avviene in Francia), considerato che detti embrioni sarebbero comunque destinati alla estinzione; oppure distinguere a seconda che l'embrione sia o meno idoneo a essere impiantato in utero (si pensi ad esempio agli embrioni che in seguito alla effettuazione della diagnosi preimpianto non possano essere impiantati per il rifiuto della donna ovvero per l'esistenza di patologie tali da non consentire, da un punto di vista medico, l'impianto).

Dette indicazioni non sono state prese in considerazione neppure in occasione della emanazione delle nuove Linee Guida, di recente aggiornate in ottemperanza al disposto di cui all'art 7, comma 3°, l. 40/2004. Anche gli ultimi interventi normativi hanno confermato, infatti, come la destinazione alla ricerca non possa essere effettuata neppure in relazione a quegli embrioni, gravemente malformati, il cui trasferimento in utero la coppia abbia legittimamente rifiutato, o in relazione ai quali il medico abbia, in virtù della disposizione di cui al 4° comma dell'art. 6, deciso, per ragioni sanitarie, di non procedere all'impianto: si dispone espressamente che anche in questi casi debba essere mantenuta la coltura *in vitro* fino alla estinzione dell'embrione stesso<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> Stabilisce il menzionato 4° comma dell'art. 6 che in ogni fase del processo di procreazione assistita, quindi anche in un momento successivo alla fecondazione, "il medico responsabile della struttura può decidere di non procedere alla procreazione medicalmente assistita esclusivamente per motivi di ordine medico – sanitario". In sintonia, d'altro canto, con i principi di deontologia professionale, primo fra tutti quello di evitare ogni danno per la salute del paziente.

Il terzo comma dell'art. 14 stabilisce inoltre che "Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna, non prevedibile al momento della fecondazione, è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile" (e cioè se e quando la patologia che ha impedito l'immediato trasferimento sia venuta meno)

Le Linee guida, a specificazione della disposizione in esame, prevedono espressamente che "Qualora dall'indagine vengano evidenziate gravi anomalie irreversibili dello sviluppo di un embrione, il medico responsabile della struttura ne informa la coppia ai sensi dell'art. 14, comma 5. Ove in tal caso il trasferimento dell'embrione, non coercibile, non risulti attuato, la coltura *in vitro* del medesimo deve essere mantenuta fino al suo estinguersi." Ed altresì che "Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per cause di forza maggiore relative allo stato di salute della donna non prevedibili al momento della fecondazione, e, comunque, un trasferimento non risulti attuato, ciascun embrione non trasferito dovrà essere crioconservato in attesa dell'impianto che dovrà avvenire prima possibile."

Una chiusura netta, dunque, che mette bene in evidenza quanto profondo sia il divario tra la legislazione italiana e quella francese sulle questioni eticamente sensibili poste dal progresso della scienza nell'ambito della procreazione assistita e, in generale, sul problema dell'inizio della vita umana.