

## Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'“adozione per la nascita”

*Marina Casini, Carlo Casini\**

THE DEBATE ABOUT ARTIFICIAL REPRODUCTION WITH GAMETES' DONATION AFTER THE CONSTITUTIONAL JUDGEMENT NO. 162/2014. IN PARTICULAR: THE RIGHT TO KNOW ONE'S OWN ORIGINS AND THE “ADOPTION FOR THE BIRTH”

ABSTRACT: The judgment of the Constitutional Court n. 162/2014, which abolished the ban on artificial reproduction with gametes' donation provided by the Italian Law on Medically Assisted Reproduction (MAR), has raised new and lively discussions. The article exposes the debate concerning rules and regulations which should be imposed on MAR *via* gametes' donation. Although the Law no. 40/2004 has been seriously demolished in some important aspects by two constitutional judgments (no. 151/2009 and no. 162/2014), it is still standing in some of its major components, including the fundamental “balance” expressed in Art. 1: «in order to resolve problems arising from the human reproductive sterility or infertility», the Law must assure the «rights of all of the parties involved, including the conceived». The paper deals with both the theme of the fundamental human right to know his/her own origins and the proposal of “adoption for the birth”. The former should be recognised also to children born with MAR *via* gametes' donation. The latter should be taken into account – in place of the *ex novo* generation of embryos partially or totally unrelated to the couple – for those human embryos left without homologous parental project and abandoned. Every human being, even if just conceived, is one of us: this is the central issue of Biolaw which must be courageously faced and which is suggested by modern culture, founded on the principle of equality in human dignity.

KEYWORDS: adoption for the birth; conception; embryos created in excess; artificial reproduction with gametes' donation; right to know one's own origins.

SOMMARIO: 1. Una legge fortemente voluta e aspramente avversata – 2. La questione della disciplina della procreazione eterologa – 3. Procreazione medicalmente assistita e diritti del concepito: un binomio ancora presente – 4. Il diritto del figlio nato da eterologa alla propria identità con riferimento alla conoscenza delle proprie

\* *Marina Casini: giurista, Professore aggregato di Bioetica – Istituto di Bioetica, Facoltà di Medicina e chirurgia “A. Gemelli”, Università Cattolica del Sacro Cuore di Roma. Carlo Casini: già magistrato, già Presidente della Commissione Affari Costituzionali del Parlamento Europeo e già membro dell'European Group on Ethics (EGE) dell'Unione europea. Gli Autori hanno condiviso l'articolo nel suo insieme; in particolare, Marina Casini è responsabile dei paragrafi da 1 a 5 compreso e Carlo Casini del paragrafo 6.*

origini – 5. Il diritto a conoscere le proprie origini tra adozione e PMA eterologa – 6. Eterologa, embrioni “sovrannumerari”, diritto alla vita e “adozione per la nascita”.

### 1. Una legge fortemente voluta e aspramente avversata

**È** ormai risaputo che in Italia il divieto di fecondazione eterologa contenuto nella legge 19 febbraio 2004 n. 40<sup>1</sup> è stato annullato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 162 del 2014<sup>2</sup>. Questa decisione fa parte di una lunga scia di attacchi contro la legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita e ha alimentato ulteriori vivaci discussioni. Una volta fallita la consultazione referendaria del 12-13 giugno 2005<sup>3</sup>, è stato affidato alla magistratura il “compito” di demolire la legge in quelle stesse parti su cui erano state avanzate le richieste di *referendum*<sup>4</sup>; richieste tutte respinte con la dichiarata volontà di mantenere la legge mediante la scelta di astensione dal voto<sup>5</sup>. Merita ricordare che la richiesta di abrogare il divieto di eterologa<sup>6</sup> fu quella che riscosse il minor numero di adesioni da parte dei cittadini votanti<sup>7</sup>.

In realtà, l’ampia e intensa opposizione nei confronti della legge 40 si è manifestata sin dal dibattito parlamentare che è andato intensificandosi nella XIII legislatura<sup>8</sup> e che ebbe una svolta radicale pro-

<sup>1</sup> Legge 19 febbraio 2004, n. 40, «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita», in *Gazzetta Ufficiale*, 45, 24 febbraio 2004.

<sup>2</sup> Corte cost., sentenza 9 aprile - 10 giugno 2014, n.162, in *Gazzetta Ufficiale*, prima serie speciale, 26, 18 giugno 2014, 1-16.

<sup>3</sup> Si ricorderà, infatti, che contro la legge 40/2004 furono promossi cinque *referendum*. Tra questi, quello abrogativo totale fu respinto dalla Corte costituzionale che ritenne «costituzionalmente necessaria» la legge, in quanto dettava «una prima legislazione organica», che assicurava «un livello minimo di tutela legislativa» a «una pluralità di rilevanti interessi costituzionali» (sent. n. 45 del 13-28 gennaio 2005). Furono, invece, dichiarati ammissibili gli altri quattro *referendum* (sentt. nn. 46, 47, 48 e 49 del 13-28 gennaio 2005): «Limite alla ricerca scientifica e sperimentale sugli embrioni», «Norme sui limiti di accesso», «Norme sulla finalità, sui diritti dei soggetti coinvolti e sui limiti all’accesso», «Divieto di fecondazione eterologa».

<sup>4</sup> E. DOLCINI, *La legge sulla procreazione assistita: quali prospettive dopo il referendum del 12 giugno 2005?*, in *Diritto penale e processo*, 2006, 1, 103-107. È facile osservare che i percorsi giudiziari intrapresi per rinviare la legge davanti alla Corte costituzionale riguardano le stesse tematiche già sottoposte a *referendum*.

<sup>5</sup> C. CASINI, *Il dibattito in bioetica. Le ragioni del non voto*, in *Medicina e Morale*, 2005, 2, 409-428.

<sup>6</sup> Il quesito n. 4 era il seguente: «Volete voi che sia abrogata la legge 19 febbraio 2004, n. 40, avente ad oggetto “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”, limitatamente alle seguenti parti: Articolo 4, comma 3: “È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.”; Articolo 9, comma 1, limitatamente alle parole: “in violazione del divieto di cui all’articolo 4, comma 3”; Articolo 9, comma 3, limitatamente alle parole: “in violazione del divieto di cui all’articolo 4, comma 3”; Articolo 12, comma 1: “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.”; Articolo 12, comma 8, limitatamente alla parola: “1,”?».

<sup>7</sup> I quesiti referendari sulla procreazione medicalmente assistita non raggiungono il *quorum*: a votare si reca solo il 25,9% degli aventi diritto. Non hanno votato tre cittadini su quattro: il 74,5 per cento degli aventi diritto al voto che in Italia sono poco più di 50 milioni. Ai primi tre quesiti ha detto “no”, difendendo i divieti posti dalla legge, circa il 12 per cento dei votanti, mentre al quarto i “no” sono stati di più: il 22,6 per cento, come si legge in [http://www3.istat.it/dati/catalogo/20120118\\_00/cap\\_9.pdf](http://www3.istat.it/dati/catalogo/20120118_00/cap_9.pdf) (ultima consultazione 3 settembre 2014).

<sup>8</sup> La legge 40/2004 è frutto di una lunga riflessione (il dibattito parlamentare, nella fase più intensa, ha attraversato ben tre legislature) e l’*iter* della legge è stato tormentato. Le prime proposte sono degli anni ’80,

prio in tema di eterologa. Si ricorderà, infatti, che il c.d. “testo Bolognesi”<sup>9</sup>, approvato al *plenum* del primo ramo del Parlamento nel luglio 1998, subì incisive modifiche che capovolsero la logica del testo proveniente dalla Commissione. Dopo l'introduzione, nell'art. 1, della tutela dei diritti del concepito riconosciuto “soggetto” come le altre persone coinvolte nella PMA, fu approvato – il 4 febbraio 1999 da un'ampia maggioranza trasversale (251 voti contro 215) – il divieto di eterologa all'art. 4. A questo punto, l'on. Bolognesi presentava le dimissioni dal ruolo di relatrice<sup>10</sup> e si scatenavano una serie di reazioni estremamente accese, da parte di alcuni parlamentari contrari alla nuova impostazione e di alcune testate giornalistiche<sup>11</sup>.

Gli attacchi sono stati e sono tutt'ora così aggressivi e tenaci da far emergere una radicale e profondamente ostile avversione ideologica. Una lettura attenta del dibattito – pubblico, parlamentare, dottrinale, giurisprudenziale – che ha preceduto, accompagnato e seguito, da oltre dieci anni, l'approvazione della legge 40, lascia chiaramente trasparire il principale motivo delle ostilità: il fatto che il legislatore abbia voluto «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» assicurando i «diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito» (art. 1). Perciò, anche il rispetto dei diritti del concepito rientra nel generale obiettivo della legge. Si tenga presente che, nel momento in cui la legge fu discussa e approvata, la scelta di tutelare gli interessi/diritti del nascituro anche riguardo alle primissime fasi dell'esistenza umana era già in linea con quanto avevano affermato la Corte costituzionale nella sentenza n. 35 del 1997<sup>12</sup> e il Comitato nazionale per la bioetica (CNB) nei pareri del 1996<sup>13</sup> e del 2003<sup>14</sup>. È doveroso ricordare anche due risoluzioni del Parlamento europeo, entrambe del 1989, una sui problemi etici e giuridici della manipolazione genetica, l'altra sui problemi etici e giuridici della fecondazione artificiale umana<sup>15</sup>.

---

ma il cammino divenne più accelerato nella XIII legislatura quando come relatrice fu nominata l'on. Marida Bolognesi del partito DS (Democratici di sinistra).

<sup>9</sup> Il testo, elaborato sotto la guida della relatrice e presidente della Commissione XII Affari Sociali, on. Marida Bolognesi (DS), veniva ultimato il 29 ottobre 1997. Dopo una serie di infuocate discussioni e di audizioni in Commissione, il «Testo unificato delle proposte di legge in materia di procreazione medicalmente assistita» veniva approvato con qualche modifica dalla Commissione il 27 gennaio 1998. Il progetto del gennaio 1998 – a differenza del precedente – prevedeva l'obiezione di coscienza (art. 21); nell'ammettere la fecondazione eterologa richiedeva come ulteriore requisito l'accertamento di «gravi malattie ereditarie o infettive trasmissibili» (art. 4 u.c.); specificava che la coppia richiedente doveva essere «di sesso diverso» (art. 5).

<sup>10</sup> Il 10 febbraio 1999 veniva proposta dalla stessa Bolognesi la nomina del deputato Cé, già relatore di minoranza, come nuovo relatore (v. Atto Camera, XII Commissione – Resoconto di mercoledì 10 febbraio 1999, sede referente, <http://www.camera.it/dati/leg13/lavori/bollet/199902/0210/html/12/comunic.htm> – ultima consultazione 31 agosto 2014).

<sup>11</sup> Cfr. del 5 febbraio 1999: *L'Unità, Il Corriere della Sera, La Repubblica, La Stampa*; del 6 febbraio 1999: *L'Unità, Il Corriere della Sera*; del 7 febbraio 1999: *La Repubblica*.

<sup>12</sup> Corte cost., sentenza 30 gennaio - 10 febbraio 1997, n. 35, in *Giur. cost.*, 1997, I, 281-293.

<sup>13</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Identità e statuto dell'embrione umano*, 22 giugno 1996, in *Medicina e Morale*, 1997, 2, 328-349.

<sup>14</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Parere su Ricerche utilizzando embrioni umani e cellule staminali*, 11 aprile 2003, in *Medicina e Morale*, 2003, 4, 725-726.

<sup>15</sup> PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione sui problemi etici e giuridici della procreazione artificiale umana* (doc. A2-372/88), in *Medicina e Morale*, 1989, 3, 587-590; PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione sui problemi etici e giuridici dell'ingegneria genetica* (doc. A2-327/88), in *Medicina e Morale*, 1989, 3, 579-587.

Le ostilità nascono da una cultura – alternativa a quella che ha voluto la legge 40 – esclusivamente incentrata a soddisfare i pretesi “nuovi diritti civili” degli adulti (aspiranti genitori e/o medici e scienziati) e che non tollera argini derivanti dai diritti del concepito. Anche l’abbattimento del divieto di eterologa rientra in questa cultura.

## 2. La questione della disciplina della procreazione eterologa

Non staremo qui a ricordare le pronunce della magistratura sulla legge 40<sup>16</sup> e i relativi commenti dottrinali<sup>17</sup>, né a ripercorrere le tappe e gli argomenti che hanno portato all’ultima decisione costituzionale (sulla quale altrove si è scritto criticamente<sup>18</sup>), né si riproporranno le opinioni favorevoli e quelle contrarie alla fecondazione eterologa in sé. Partiamo dal dato che il divieto è stato abbattuto e che si pone la questione della disciplina da applicare.

Nel momento in cui viene concluso questo scritto si fronteggiano sostanzialmente due posizioni.

Da un lato si ritiene immediatamente applicabile la decisione costituzionale, giacché – come la stessa Consulta ha precisato – non vi sarebbe alcun vuoto normativo: all’eterologa sono estensibili le regole previste per l’omologa, è comunque già definito lo *status* del nato da eterologa e si può far riferimento al decreto legislativo 191/2007 che attua la direttiva europea 23/2004 sulle norme di qualità e sicurezza per cellule e tessuti umani ad uso clinico<sup>19</sup>. Si aggiunge che gli ulteriori profili tecnici potranno essere regolamentati dalle linee-guida, comunque da aggiornare<sup>20</sup>. Questa posizione è assunta da coloro che maggiormente hanno premuto per ottenere, anche in via giudiziaria, l’abbattimento del divieto<sup>21</sup> e hanno trovato conforto nella recente ordinanza del Tribunale di Bologna del 18 agosto 2014<sup>22</sup>.

<sup>16</sup> Per una raccolta delle decisioni (e di altra documentazione biogiuridica), v. [www.laboratoriobiodiritto.eu](http://www.laboratoriobiodiritto.eu).

<sup>17</sup> Chi fosse interessato, può consultare l’Archivio DoGi - Dottrina Giuridica, una delle fonti più ricche per la ricerca *online* della dottrina giuridica, istituito presso l’ITTIG-CNR ([www.infoleges.it](http://www.infoleges.it)). L’archivio offre *abstract* di articoli (compresi note a sentenza, rassegne, commenti a legislazione, relazioni a convegni, recensioni critiche) pubblicati in oltre 250 riviste italiane.

<sup>18</sup> M. CASINI, *Il “figlio a tutti i costi” e la “procreazione medicalmente assistita”. Così la Corte Costituzionale dimentica il primato degli interessi e dei diritti dei minori. La sentenza n. 162 del 2014 e il ritorno dell’eterologa in Italia*, in *Medicina e Morale*, 2014, 3, 367-403.

<sup>19</sup> Decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 191, «Attuazione della direttiva 2004/23/CE sulla definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l’approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani», in *Gazzetta Ufficiale*, 261, 9 novembre 2007 - suppl. ordinario n. 228.

<sup>20</sup> MINISTERO DELLA SALUTE, Decreto 21 luglio 2004, *Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Gazzetta Ufficiale*, serie generale, 191, 16 agosto 2004, 4-26; MINISTERO DELLA SALUTE, Decreto 11 aprile 2008, *Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Gazzetta Ufficiale*, serie generale, 101, 30 aprile 2008, 20-29.

<sup>21</sup> Cfr. il *Manifesto dei Giuristi per l’immediata attuazione / il pieno rispetto della Sentenza n. 162 della Corte Costituzionale*, <http://www.associazionelucacoscioni.it/landing/manifesto-dei-giuristi-l-immediata-attuazione-il-pieno-rispetto-della-sentenza-n162-della#sthash.6pZlimPM.dpuf> (ultima consultazione 30 agosto 2014).

<sup>22</sup> L’ordinanza in questione è tuttora disponibile alla consultazione all’indirizzo internet <http://www.associazionelucacoscioni.it/sites/default/files/documenti/TRIBUNALE%20DI%20BOLOGNA%20ordinanza%20anonima.pdf> (ultima consultazione 30 agosto 2014).

Dall'altro, invece, si ritiene che se è vero che molti profili relativi alla disciplina dell'eterologa sono già inclusi nella normativa vigente, è anche vero che restano scoperti alcuni aspetti fondamentali dovuti all'introduzione dei “donatori” di gameti. Sarebbe dunque necessario uno strumento normativo *ad hoc* per completare la disciplina, integrare i profili carenti e garantire una regolamentazione omogenea su tutto il territorio nazionale, evitando così arbitrarie gestioni regionali che alimenterebbero concorrenza e confusione<sup>23</sup>. Non solo, ma sarebbe comunque necessario, si afferma, un intervento legislativo per recepire la direttiva della Commissione europea 2012/39/UE, del 26 novembre 2012, che modifica la direttiva 2006/17/CE per quanto riguarda determinate prescrizioni tecniche relative agli esami effettuati su tessuti e cellule umani<sup>24</sup>.

Questa posizione, sostenuta dal Governo, fa leva sul fatto che l'introduzione dei “donatori” non è affatto un “dettaglio”, visto che ad essa sono collegate esigenze e attività di varia natura: sanitaria, economica, amministrativa, legale. Occorre mettere a punto i requisiti per l'autorizzazione dei centri; protocollare il processo della donazione, della selezione e della conservazione dei gameti; stabilire il limite massimo di figli nati da ciascun/a donatore/donatrice; chiarire se l'eterologa è accolta sia in forma unilaterale sia bilaterale (o doppia), predisporre una chiara e completa tracciabilità donatore-nato e viceversa; allestire un registro nazionale dei donatori e delle donazioni; regolamentare le operazioni di *import-export* dei gameti; definire il titolo della donazione, le modalità dell'eventuale rimborso spese e la gestione dei permessi lavorativi; prevedere il sovvenzionamento economico e i costi; stabilire modalità per evitare donazione tra consanguinei. Soprattutto, come vedremo, l'entrata in scena dei “donatori” pone la grave questione del diritto umano alla conoscenza della proprie origini, questione che non può essere trascurata, minimizzata o schiacciata dal peso degli aspetti tecnici e sanitari.

Al fine di predisporre un intervento legislativo per approfondire alcuni dei punti sopra elencati, il Ministro della Salute ha convocato un “gruppo di lavoro” (altrimenti chiamato “tavolo tecnico”) formato da specialisti del settore. Dagli incontri dell'8, del 15 e del 21 luglio è uscita la bozza del decreto-legge recante «Disposizioni urgenti in materia di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo»<sup>25</sup>, illustrata dallo stesso Ministro alla Commissione XII Affari Sociali della Camera dei Deputati il 29 luglio scorso<sup>26</sup>. È noto, però, che nonostante la premura per consentire l'immediato avvio delle tecniche di

<sup>23</sup> La Regione Toscana, come è noto, con la delibera del 28 luglio 2014, [http://www.iss.it/binary/rpma/cont/Delibera ETEROLOGA TOSCANA n. 650 del 28 07 2014 1 .pdf](http://www.iss.it/binary/rpma/cont/Delibera%20ETEROLOGA%20TOSCANA%20n.%20650%20del%2028%2007%202014%201.pdf) (ultima consultazione 2 settembre 2014) ha approvato le *Direttive sulla Procreazione medicalmente assistita eterologa*, [http://www.iss.it/binary/rpma/cont/allegato parere n. 76 2014 Direttive PMA.pdf](http://www.iss.it/binary/rpma/cont/allegato_parere_n.76_2014_Direttive_PMA.pdf) (ultima consultazione 2 settembre 2014), scatenando un effervescente dibattito. Le direttive erano state accompagnate da un parere dell'ufficio legale in cui si segnalavano, in alcuni punti, interventi su temi di competenza dello Stato, ma la giunta regionale le ha comunque approvate e sono state pubblicate nel Bollettino Ufficiale della Regione Toscana (BURT) del 6 agosto 2014.

<sup>24</sup> Il testo è pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea* del 27 novembre 2012.

<sup>25</sup> <http://www.lastampa.it/rw/Pub/Prod/PDF/Bozza%20di%20solo%20eterologa.pdf> (ultima consultazione 31 agosto 2014)

<sup>26</sup> MINISTERO DELLA SALUTE, Ufficio Legislativo, Audizione del Sig. Ministro della Salute. Camera dei Deputati Commissione XII (Sala del Mappamondo), 29 luglio 2014, ore 14,30, *Iniziativa del Governo conseguenti alla sentenza della Corte Costituzionale n. 162 del 2014, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme della legge n. 40 del 2004 sul divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, <http://www.camera.it/temiap/2014/07/29/OCD177-398.pdf> (ultima consultazione 30 agosto 2014).

tipo eterologo, il gruppo di lavoro, all'inizio di agosto, si è arenato sulla richiesta – proveniente da alcune società scientifiche e da alcuni esperti partecipanti al gruppo di lavoro – di garantire la «compatibilità di colore della pelle, gruppo sanguigno, colore dei capelli e degli occhi» e la «compatibilità etnica» tra i gameti dei donatori e le caratteristiche dei genitori che ricorrono alla fecondazione eterologa. Il dibattito, accesosi anche sulla stampa, ha spinto il ministro Lorenzin a scrivere una nota (8 agosto 2014) ai capigruppo di Camera e Senato nella quale si afferma che «all'esito di un'approfondita discussione, il Consiglio dei Ministri ha condiviso all'unanimità la necessità di intervenire in via legislativa nonché, tenuto conto degli evidenti profili etici che attengono alla materia, di rimettere ad una iniziativa legislativa parlamentare la disciplina della PMA eterologa nel nostro ordinamento» e si invitano «tutti i gruppi parlamentari ad assumere iniziative dirette a una tempestiva attuazione della sentenza della Consulta, secondo le indicazioni provenienti dal Giudice delle leggi e nel rispetto dei principi costituzionali vigenti»<sup>27</sup>.

Tra l'altro, a sostegno di una legge *ad hoc*, si ricorda quanto affermato dal TAR Lazio nella decisione n. 398 del 2008<sup>28</sup> che, annullando parte delle linee-guida allora vigenti (del 21 luglio 2004), ha precisato che le linee-guida «hanno come finalità l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita e non possono svolgersi su un terreno diverso da quello procedurale loro assegnato» e che «si tratta di disposizione che riconosce all'Autorità amministrativa, ministeriale, il potere di adottare regole di alto contenuto tecnico e di natura eminentemente procedurale e non quello di intervenire, positivamente, sull'oggetto della procreazione medicalmente assistita che rimane consegnata alla legge». Ora, considerando che la legge aveva considerato in negativo l'eterologa vietandola, nessuna regola presiede la donazione dei gameti. Perciò le linee-guida non possono intervenire su qualcosa che non è previsto dalla legge e sarebbero facilmente impugnabili davanti al TAR.

Ad alimentare la discussione si è aggiunta la mobilitazione delle Regioni per trovare – in attesa dell'auspicata disciplina legislativa nazionale – una linea comune onde evitare “mercato parallelo” e “giungla normativa” diversa da Regione a Regione. La Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome (PP.AA.), ha così approvato, il 4 settembre 2014, il *Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte Costituzionale nr. 162/2014*<sup>29</sup>, con cui si offrono «indirizzi operativi per le Regioni e le Province Autonome, che saranno recepiti con delibera di giunta regionale o con specifico provvedimento regionale»<sup>30</sup>.

Questa la situazione configuratasi nei tre mesi successivi al 18 giugno 2014, data della pubblicazione della sentenza n. 162/2014 nella *Gazzetta Ufficiale*.

<sup>27</sup> La nota è tuttora disponibile per la consultazione all'indirizzo internet [http://www.salute.gov.it/portale/news/p3\\_2\\_1\\_1\\_1.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&p=dalministero&id=1701](http://www.salute.gov.it/portale/news/p3_2_1_1_1.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&p=dalministero&id=1701) (ultima consultazione 30 agosto 2014).

<sup>28</sup> TAR Lazio-Roma, sez. III-*quater*, sentenza 31 ottobre 2007 - 21 gennaio 2008, n. 398.

<sup>29</sup> Il testo del documento, elaborato dalla Commissione Salute a seguito del lavoro istruttorio condotto da uno specifico gruppo tecnico scientifico di esperti in materia di PMA, è reperibile all'indirizzo internet [http://www.sanita.ilsole24ore.com/pdf2010/Sanita2/Oggetti\\_Correlati/Documenti/Del-Governo/ETEROLOGA\\_DEFINITIVO\\_REGIONI.pdf?uuid=e554d8f4-3442-11e4-Bab4-9339c0d26cd9](http://www.sanita.ilsole24ore.com/pdf2010/Sanita2/Oggetti_Correlati/Documenti/Del-Governo/ETEROLOGA_DEFINITIVO_REGIONI.pdf?uuid=e554d8f4-3442-11e4-Bab4-9339c0d26cd9) (ultima consultazione 5 settembre 2014).

<sup>30</sup> Sul documento delle Regioni ha rilasciato un'ampia intervista il Ministro della Salute Lorenzin sul quotidiano *Avvenire*, 6 settembre 2014, 11.

### 3. Procreazione medicalmente assistita e diritti del concepito: un binomio ancora presente

In attesa di ulteriori sviluppi, ecco qualche considerazione legata sia al dibattito in corso, sia alle stesse indicazioni che provengono dalla legge 40/2004. Gravemente demolita dalle due sentenze costituzionali, n. 151 del 2009<sup>31</sup> e n. 162 del 2014, la legge è ancora in piedi in alcune sue parti significative. Soprattutto è ancora presente il caposaldo basilare fissato nell'art. 1, laddove il concepito è qualificato soggetto titolare di diritti. Perciò, di fronte alle continue aggressioni e alle demolizioni già attuate, sarebbe necessario mantenere, per quanto è possibile, l'angolo di visuale che tiene conto del concepito-soggetto-figlio. Del resto ciò è quanto suggerito dalla *Dichiarazione universale sui diritti del bambino* del 20 novembre 1959 («Gli Stati devono dare ai fanciulli il meglio di se stessi») e dalla *Convenzione del 20 novembre 1989 sui medesimi diritti*. È evidente, poi, che a livello sia di ordinamento internazionale che di ordinamento interno, l'evoluzione del diritto minorile e di famiglia, di pari passo con l'affermazione dei diritti del bambino, è andata incentrandosi sul principio del prevalenza degli interessi e dei diritti del bambino rispetto agli interessi e ai diritti degli adulti.

L'art. 3, primo comma, della *Convenzione sui diritti del fanciullo* redatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con Legge 27 maggio 1991<sup>32</sup>, prevede che «in tutte le decisioni relative ai fanciulli di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente». Si noti anche il riferimento agli «organi legislativi» e dunque alla coerenza della legge 40/2004. Il principio è ripetuto nella *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (art. 24, secondo e terzo comma), è presente poi nella *Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli* (Consiglio d'Europa, 25 gennaio 1996), ratificata e resa esecutiva con legge 20 marzo 2003<sup>33</sup> e nelle *Linee-guida del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla giustizia a misura di minore*, adottate il 17 novembre 2010<sup>34</sup>. In quest'ultimo documento, in particolare, si afferma che «gli Stati membri dovrebbero garantire l'effettiva attuazione del diritto dei minori affinché il loro interesse superiore sia posto davanti a ogni altra considerazione in tutte le questioni che li coinvolgono o li riguardano».

Il preminente interesse morale e materiale del bambino ha assunto carattere di piena centralità, specialmente dopo la riforma del diritto di famiglia<sup>35</sup> e dopo la riforma della disciplina dell'adozione<sup>36</sup> cui

<sup>31</sup> Corte cost., sentenza 1° aprile - 8 maggio 2009, n. 151, in *Gazzetta Ufficiale*, 13 maggio 2009.

<sup>32</sup> Legge 27 maggio 1991, n. 176, *Ratifica ed esecuzione della convenzione sui diritti del fanciullo fatta a New York il 20 novembre 1989*, in vigore dal 12 giugno 1991, in *Gazzetta Ufficiale*, 11 giugno 1991, suppl. ordinario n. 135, anche in [http://www.camera.it/\\_bicamerale/leg14/infanzia/leggi/Legge%20176%20del%201991.htm](http://www.camera.it/_bicamerale/leg14/infanzia/leggi/Legge%20176%20del%201991.htm) (ultima consultazione 3 settembre 2014).

<sup>33</sup> Legge 20 marzo 2003 n. 77, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996*, in *Gazzetta Ufficiale*, 18 aprile 2003, suppl. ordinario.

<sup>34</sup> *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice*, adopted by the Committee of Ministers on 17 November 2010, [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec\(2010\)1098/10.2abc&Language=lanEnglish&Ver=app6&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec(2010)1098/10.2abc&Language=lanEnglish&Ver=app6&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383) (ultima consultazione 30 agosto 2014).

<sup>35</sup> Legge 19 maggio 1975, n. 151, «Riforma del diritto di famiglia», in *Gazzetta Ufficiale*, 135, 23 maggio 1975.

hanno fatto seguito una serie di leggi speciali che hanno introdotto forme di tutela sempre più incisiva dei diritti del minore<sup>37</sup>.

A conferma viene anche la giurisprudenza di merito, di legittimità<sup>38</sup> e costituzionale<sup>39</sup>. Dispiace, perciò, che proprio la Corte costituzionale abbia dimenticato che nella fecondazione eterologa è in gioco il primato degli interessi e dei diritti del bambino. La Consulta non ha preso in considerazione questo primato nel suo giudizio di bilanciamento tra gli interessi degli adulti e quelli dei minori, ma esso resta pienamente valido e deve ispirare le condizioni e i limiti della PMA eterologa la cui legittimità giuridica in termini generali, dopo la sentenza n. 162/2014, non può essere contestata.

#### 4. Il diritto del figlio nato da eterologa alla propria identità con riferimento alla conoscenza delle proprie origini

Tra i diritti umani fondamentali vi è anche il diritto a conoscere le proprie origini. Tale diritto spetta certamente anche a colui che è stato generato mediante PMA eterologa.

La legge 40 aveva stabilito che, in caso di violazione del divieto di eterologa, «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», ma nulla aveva previsto sull'opportunità o meno di informare il nato sulla propria ascendenza biologica, né aveva disposto in merito al problema della salvaguardia del diritto a conoscere le proprie origini. Il dibattito, presente da tempo<sup>40</sup>, non deve trascurare il significativo cambiamento legislativo avvenuto nei Paesi europei che, legiferando in tema di eterologa, inizialmente avevano previsto l'anonimato e successivamente lo hanno eliminato<sup>41</sup>.

Sul punto la Corte costituzionale è stata contraddittoria. Dopo aver fatto riferimento alla disciplina concernente la donazione di tessuti e cellule umani per desumerne regole valide anche per l'eterologa – e tra esse quella dell'anonimato del donatore – si preoccupa di specificare che l'esigenza di garantire il diritto all'identità genetica è presente nella disciplina dell'adozione e nella

<sup>36</sup> Legge 28 marzo 2001, n. 149, «Modifiche alla legge 4 maggio 1983 n. 184, recante “Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori”, nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile», in *Gazzetta Ufficiale*, 46, 26 aprile 2001.

<sup>37</sup> Da ultimo: l. 10 dicembre 2012, n. 119, «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali» e d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 (in vigore dal 7 febbraio 2014), «Modifica della normativa vigente al fine di eliminare ogni residua discriminazione rimasta nel nostro ordinamento fra i figli nati nel e fuori dal matrimonio, così garantendo la completa eguaglianza giuridica degli stessi».

<sup>38</sup> Per. es. Cass., sez. I civ., sentenza 1° febbraio - 10 maggio 2011, n. 10265.

<sup>39</sup> Corte cost., sentenza 18 marzo - 1 aprile 1992, n. 148; sentenza 2 - 21 aprile 1993, n. 179; sentenza 12 - 27 luglio 2000, n. 376; sentenza 15 - 23 febbraio 2012, n. 31; sentenza 16 gennaio - 5 febbraio 2013, n. 7.

<sup>40</sup> I. NICOTRA, *Anonimato del donatore e diritto alla identità personale del figlio nella procreazione medicalmente assistita*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, 4, 795-797; L. D'AVACK, *Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella P.M.A. con donatori/trici di gameti*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2012, 2, 815-836.

<sup>41</sup> Come risulta dal parere del Comitato nazionale per la bioetica, *Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa* del 25 novembre 2011, a livello europeo hanno modificato indirizzo Austria, Germania, Svizzera, Olanda, Norvegia, Gran Bretagna, Svezia, Finlandia, Nuovo Galles del Sud; fuori del Continente europeo, Western Australia, Victoria e Nuova Zelanda. Le notizie si leggono su [www.governo.it/bioetica/pareri](http://www.governo.it/bioetica/pareri) (ultima consultazione 30 agosto 2014).

stessa giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 278 del 2013) che ha rimosso l'irreversibilità del segreto circa l'accesso alle informazioni della madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata. Un tema di tale importanza, che tanto è oggetto di attenzione da parte della dottrina<sup>42</sup>, del Comitato nazionale per la bioetica<sup>43</sup> e della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>44</sup>, avrebbe meritato una riflessione più accurata da parte della Consulta.

L'ambiguità della Corte costituzionale ha consentito al Tribunale di Bologna nella citata decisione del 18 agosto 2014 di dichiarare – seppure tra parentesi – che la regola dell'anonimato è «da ritenersi oggi operante nell'ipotesi di PMA con donazione di gameti, in applicazione della disciplina di carattere generale della donazione di tessuti e cellule umani: art., 14, d.lgs. 6 novembre 2007, n. 191». Il tema delle proprie radici, già in sé di così notevole rilevanza e risonanza psicologica e esistenziale, è al centro dell'attenzione<sup>45</sup> particolarmente perché va ad inserirsi in contesti in cui, per un motivo o per l'altro, si alzano ombre che vorrebbero oscurarlo.

In ogni caso, è significativo che sul diritto a conoscere le proprie origini si registri un'interessante evoluzione ad esso favorevole<sup>46</sup> e si può affermare che esso va profilandosi decisamente come un aspetto del più ampio diritto all'identità personale. Esso, infatti, può contribuire in maniera determinante a delineare la personalità di un essere umano, tanto da essere incluso nel novero dei diritti umani fondamentali, proclamati e garantiti da Trattati internazionali. Così, l'art. 7 della *Convenzione ONU sui diritti dei fanciulli* (20 novembre 1989), ratificata con la legge n. 176/2001, stabilisce che il «bambino fin dalla nascita, nella misura del possibile ha diritto di conoscere i suoi genitori»<sup>47</sup>. Egualmente, la *Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale* (29 maggio 1993), ratificata con la legge n. 476/1998<sup>48</sup>, obbliga gli Stati a conservare le informazioni sulla identità del padre e della madre del bambino adottato e a metterle a sua disposizione nei limiti fissati dalle leggi statali. L'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, nella Racco-

<sup>42</sup> Per tutti, A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 22 febbraio 2012.

<sup>43</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa*, cit.

<sup>44</sup> *Case of Gaskin vs. the United Kingdom* (Application no. 10454/83), 7 luglio 1989; *Case of Odièvre vs. France* (Application no. 42326/98), 13 febbraio 2003; *Case of Mikulić vs. Croatia* (Application no. 53176/99), 7 febbraio 2002; *Case of Ebru and Tayfun Engin Çolak vs. Turkey* (Application n. 60176/00), 30 maggio 2006; *Case of Jäggi vs. Switzerland* (Application no. 58757/00), 13 luglio 2006; *Case of Kalacheva vs. Russia* (Application no. 3451/05), 7 maggio 2009, *Case of Grönmark vs. Finland* (Application no. 17038/04) e *Backlund vs. Finland* (Application no. 36498/05), 6 luglio 2010; *Case of Pascaud vs. France* (Application no. 19535/08), 16 giugno 2011, *Case of A. M. M. vs. Romania* (Application no. 2151/10), 14 febbraio 2012; *Case of Laakso vs. Finland* (Application no. 7361/05), 15 gennaio 2013; *Case of Röman vs. Finland* (Application no. 13072/05), 29 gennaio 2013.

<sup>45</sup> Si veda l'inserito *Il nome del padre*, nella *Repubblica* del 31 luglio 2014, con i contributi di Maria Novella De Luca e Michela Marzano.

<sup>46</sup> R.J. BLAUWHOFF, *Tracing down the historical development of the legal concept of the right to know one's origins. Has to know or not know ever been a legal question?*, in *Utrecht Law Review*, 2008, 2, 99-116, <https://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/view/69/69> (ultima consultazione 1° settembre 2014).

<sup>47</sup> Legge 27 maggio 1991, n. 176, *Ratifica ed esecuzione della convenzione sui diritti del fanciullo*, cit.

<sup>48</sup> Legge 31 dicembre 1998, n. 476, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, fatta a L'Aja il 29 maggio 1993. Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, in tema di adozione di minori stranieri*, in *Gazzetta Ufficiale*, 8, 12 gennaio 1999.

mandazione n. 1443 del 26 gennaio 2000, ha invitato gli Stati ad assicurare il diritto del fanciullo adottato a conoscere le proprie origini al più tardi dopo il raggiungimento dell'età adulta e ad eliminare dalle proprie legislazioni nazionali ogni disposizione contraria<sup>49</sup>. Inoltre, la Risoluzione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa (27 giugno 2008) riguardante l'abbandono dei neonati<sup>50</sup> ritorna in più punti sul diritto dei bambini a conoscere le proprie origini<sup>51</sup> e invita gli Stati membri «à articuler leur politique familiale autour d'un principe intangible et prioritaire: le respect des droits de l'enfant, en particulier le droit de l'enfant de vivre dans sa famille et son droit de connaître ses origines, droit constitutif de l'être humain et vital pour son développement».

Nel ventaglio di documenti sul tema in esame si trova anche l'art. 22 della *Convenzione europea sull'adozione* nella versione aggiornata al 2008<sup>52</sup> in cui, tra le altre cose, al fine di garantire il «diritto di una persona a conoscere la sua identità e l'origine» si afferma che «le informazioni riguardanti l'adozione devono essere raccolte e conservate per almeno 50 anni dopo che l'adozione sia divenuta definitiva».

Interessante è anche il percorso italiano sulla ricerca delle origini in caso di adozione. Nella originaria formulazione della legge n. 184 del 1983<sup>53</sup>, non era prevista per l'adottato la conoscibilità delle proprie origini genetiche. Vigevano un preciso obbligo di segreto circa l'identità dei genitori biologici e un divieto pressoché assoluto di accesso alle relative informazioni. Tale impostazione normativa scaturiva dall'idea che la tutela dello *status* di figlio legittimo, assunto dall'adottato, dovesse comportare l'estinzione di ogni rapporto tra quest'ultimo e la famiglia d'origine. In particolare, la legge 184 vietava (art. 28) l'accesso alle informazioni circa l'identità della propria madre, qualora al momento della nascita la donna avesse dichiarato di non voler essere nominata. L'art. 28 specificava anche che «le informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici possono essere fornite ai genitori adottivi solo se sussistono gravi e comprovati motivi».

La legge 149 del 2001<sup>54</sup> è intervenuta in modo determinante, modificando la disciplina della segretezza dell'adozione prevista dalla legge precedente e, attraverso la novella dell'art. 28, ha introdotto, sia pure a determinate condizioni, la possibilità per la persona adottata di accedere alle informazioni riguardanti l'identità dei genitori biologici, al fine di tutelare la fondamentale esigenza dell'adottato di recuperare la propria identità personale.

<sup>49</sup> CONSIGLIO D'EUROPA, Assemblea parlamentare, Raccomandazione 1443 (2000), *Adozione internazionale: rispetto per i diritti dei bambini*, 26 gennaio 2000.

<sup>50</sup> Résolution 1624 (2008), *Prévenir la première des violences faites aux enfants: l'abandon à la naissance*, <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta08/FRES1624.htm> (ultima consultazione 31 agosto 2014).

<sup>51</sup> Il est impossible aujourd'hui d'ignorer les droits de l'enfant, en particulier le droit de l'enfant de vivre dans une famille et le droit de connaître ses origines (5); 11. L'enfant ne doit pas être privé de son droit de connaître ses origines et ce avant même sa majorité.

<sup>52</sup> *European Convention on the Adoption of Children (Revised)*, Strasbourg, 27 November 2008, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/202.htm> (ultima consultazione 1° settembre 2014). Il testo originario è del 4 aprile 1967 e la ratifica dell'Italia è avvenuta con legge 22 maggio 1974, n. 357.

<sup>53</sup> Legge 4 maggio 1983, n. 184, «Diritto del minore ad una famiglia», in *Gazzetta Ufficiale*, 133, 17 maggio 1983.

<sup>54</sup> Legge 28 marzo 2001, n. 149, «Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori", nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile», in *Gazzetta Ufficiale*, 96, 26 aprile 2001.

Nota è poi la decisione della Corte Europea dei diritti dell'uomo sul caso *Godelli contro Italia* (2012)<sup>55</sup> che ha censurato l'obbligo di anonimato previsto nel caso di madre che al momento del parto dichiara di non voler essere nominata. La Corte europea ha considerato così importante il diritto a conoscere le proprie origini, da farlo prevalere persino sul diritto alla vita che fonda l'anonimato stabilito nel caso di parto di donna che non vuole essere nominata. Tale regola intende prevenire aborti ed infanticidi, eppure la Corte ha condannato l'Italia per il rigore – a suo giudizio eccessivo in quanto «ostacola, in modo assoluto, l'azione di ricerca della maternità quando la madre biologica ha chiesto il segreto» – con cui la normativa italiana tutela tale anonimato.

A seguire, la già citata sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013 che, in contrasto con la precedente giurisprudenza<sup>56</sup>, dichiara l'incostituzionalità dell'art. 28, l. 183/1984 «nella parte in cui non prevede [...] la possibilità per il giudice di interpellare la madre – che abbia dichiarato di non voler essere nominata [...] – su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione». In motivazione la Corte afferma che «il diritto del figlio a conoscere le proprie origini e ad accedere alla propria storia parentale costituisce un elemento significativo del sistema costituzionale di tutela della persona» e che «il relativo bisogno di conoscenza rappresenta uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona in quanto tale»<sup>57</sup>.

Recentemente, la stampa ha dato notizia dell'ordinanza del Tribunale dei minori di Firenze che ha accolto la richiesta di una donna, nata nel 1955 da madre sconosciuta e poi adottata, di poter conoscere le proprie origini biologiche disponendo, con le dovute cautele, le necessarie ricerche in tal sen-

<sup>55</sup> *Case of Godelli v. Italy* (Application no. 33783/09), 25 settembre 2012. La decisione è divenuta definitiva il 18 marzo 2013. Tra i commenti: V. CARBONE, *Corte Edu: conflitto tra il diritto della madre all'anonimato e il diritto del figlio a conoscere le proprie origini*, in *Corr. giur.*, 2013, 7, 940-946; C. INGENITO, *Il diritto del figlio alla conoscenza delle origini e il diritto della madre al parto anonimo alla luce della recente giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giust. civ.*, 2013, 9, 1608-1619; G. CURRÒ, *Diritto della madre all'anonimato e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini. Verso nuove forme di contemperamento*, in *Famiglia e diritto*, 2013, 6, 544-553; D. BOTTURINI, *La pretesa a conoscere le proprie origini come espressione del diritto al rispetto della vita privata*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (24 ottobre 2012).

<sup>56</sup> Corte cost., sentenza 18 - 22 novembre 2005, n. 425, ma anche: ordinanze 10-22 giugno 2004, n. 184 e 8-16 luglio 2002, n. 350.

<sup>57</sup> V. CARBONE, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*, in *Famiglia e Diritto*, 2014, 1, 15-23; J. LONG, *Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 4, 289-296; L. CALIFANO, *Diritto all'anonimato della madre naturale più flessibile: la consulta apre la strada e il garante privacy la percorre*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, 1, 143-145; G. CASABURI, *Il parto anonimo dalla ruota degli esposti al diritto alla conoscenza delle origini*, in *Foro it.*, 2014, 1, 8-19; S. STEFANELLI, *Reversibilità del segreto della partoriente e accertamento della filiazione*, in *Giur. cost.*, 2013, 5, 4031-4056; E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it) (dicembre 2013). In attuazione della sentenza n. 278/2013 sono state presentate alla Camera dei Deputati diverse proposte di legge: n. 784 del 16 aprile 2013; n. 1343 del 10 luglio 2013; n. 1874 del 3 dicembre 2013; n. 1901 del 19 dicembre 2013; n. 1983 del 22 gennaio 2014; n. 1989 del 23 gennaio 2014.

so<sup>58</sup>. Perché, dunque, il riconoscimento di questo diritto dovrebbe essere disatteso nel campo della PMA, cedendo il passo alla regola dell'anonimato?

È evidente: l'anonimato agevola il reperimento dei gameti da parte di persone (i c.d. "donatori") che normalmente – anche nella previsione che nessun legame legale o conseguenza giuridica potrà insorgere nei loro confronti – vogliono sottrarsi alla possibilità di essere rintracciati come genitori biologici da parte del nuovo nato. Viceversa, il diritto di conoscere i propri genitori biologici riduce sensibilmente l'offerta di gameti per la PMA eterologa ed espone i donatori all'eventuale temuto inconveniente di poter essere un giorno ricercati per quello che in realtà – al di là di ogni disposizione legale – sono: padre biologico o madre biologica. D'altra parte, è innegabile che "donando" i gameti non si dona semplicemente un organo, un tessuto o una cellula qualsiasi, quanto piuttosto la possibilità di concepire un essere umano, un figlio. Il dono di gameti non è un semplice «atto di disposizione del proprio corpo», come afferma la Corte Costituzionale. A differenza degli organi, dei tessuti (es. sangue, midollo osseo) o di altre cellule, spermatozoi e ovociti non sostituiscono una parte del corpo, ma contraddistinguono un intero individuo, in modo totale, in ogni sua parte, anche a livello psicologico e persino nella discendenza. Non a caso la legge sui trapianti di organi e tessuti (legge n. 91 del 1999) vieta (art. 3 comma 3) il trapianto di gonadi (testicoli e ovaie) e di encefalo<sup>59</sup>.

Lo spermatozoo e la cellula uovo sono il riepilogo di una storia, in cui ognuno di noi può scoprire le chiavi della propria identità. Se è vero che la dimensione biologica non esaurisce tutto l'uomo, è altrettanto vero che la corporeità ne è il valore fondamentale: attraverso il corpo si può risalire a coloro ci hanno preceduto e dai quali deriviamo; il corpo ci ricorda che siamo l'anello di una lunga catena, il nuovo capitolo di una nuova storia che affonda le sue radici nel passato.

I sostenitori della più ampia possibilità di ricorso alle nuove tecniche sono disponibili a concedere una tracciabilità delle condizioni sanitarie e genetiche dei genitori biologici "donanti", al fine di poter intervenire con terapie adeguate nei confronti dei figli che esigano un'anamnesi familiare, ferma restando l'impossibilità di conoscere l'identità personale. Questo accesso parziale ai dati è stato previsto nella bozza del decreto ministeriale<sup>60</sup>, nella delibera della regione Toscana<sup>61</sup> e nel documento del-

<sup>58</sup> In precedenza, il Tribunale per i minori di Firenze (decreto 18 dicembre 2007) aveva riconosciuto il diritto dell'adottato ad accedere a tutte le informazioni concernenti la propria origine, purché non conoscitive dell'identità della madre. Sulla decisione, A. SPECCHIO, *Il diritto dell'adottato di accesso alle informazioni concernenti la propria origine: un'interpretazione evolutiva da parte del tribunale minorile fiorentino* in *Minorigiustizia*, 2008, 2, 348-360. L'autrice auspica che ritiene il decreto sia un primo passo di un percorso di riconoscimento assoluto diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini.

<sup>59</sup> Legge 1 aprile 1999, n. 91, «Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti», in *Gazzetta Ufficiale*, 87, 15 aprile 1999.

<sup>60</sup> Decreto-legge (bozza), «Disposizioni urgenti in materia di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo», cit.: «ferma restando la regola di anonimato di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 191, e successive modificazioni, è consentito l'accesso alle informazioni sanitarie e del patrimonio genetico del donatore esclusivamente nei casi in cui sussistono gravi e comprovati motivi attinenti alla salute dell'embrione formato o del nato da procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, attestati da un medico responsabile di una struttura ospedaliera pubblica, e le predette informazioni sono necessarie ai fini della tutela della salute dell'embrione o del nato. L'accesso è consentito, previa autorizzazione del predetto medico, ai genitori dell'embrione o del nato, se minore, e al nato medesimo, se maggiorenne. Le informazioni sono acquisite dal predetto medico e comunicate agli interessati. Il nato è informato delle modalità del suo concepimento e i genitori vi provvedono nei modi e termini che essi ritengono più opportuni» (n. 7).

la Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome<sup>62</sup>. Tuttavia, questa soluzione non offre una risposta al ben più ampio diritto di ogni essere umano di conoscere le proprie origini e dunque mantiene l'ostacolo al raggiungimento di un'identità completa e integrata, depauperando il patrimonio identitario cui una persona può voler attingere.

Non basta una tracciabilità genetica della propria origine: è doveroso creare una tracciabilità anagrafica e identificativa.

## 5. Il diritto a conoscere le proprie origini tra adozione e PMA eterologa

Come si è visto, il diritto a conoscere le proprie origini si è fatto largo nell'ambito dell'adozione. A quest'ultima si appella la Corte costituzionale nella sentenza n. 162/2014 per affermare che «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa» e, dunque, per giustificare la PMA eterologa (n. 6). In realtà, come da più parti sottolineato, tra fecondazione eterologa e adozione c'è una profonda differenza.

La moderna adozione dei minori è un mezzo di protezione del bambino privo di genitori, perché da essi abbandonato fisicamente o moralmente; l'adozione interviene solo dopo che è stata dimostrata l'incapacità dei genitori naturali di assolvere i loro compiti (art. 30, comma 2, Cost.) e quindi solo dopo che è fatto tutto il possibile per mantenere il figlio con la propria famiglia di origine, ritenendosi preferibile che il bambino viva e cresca con i suoi propri genitori<sup>63</sup>; l'abbandono del minore, presupp-

<sup>61</sup> Regione Toscana, delibera del 28 luglio 2014 che ha approvato le *Direttive sulla Procreazione medicalmente assistita eterologa*, cit.: «la donazione deve essere anonima (cioè non deve essere possibile per il donatore risalire alla coppia ricevente e viceversa) – si legge all'art. 3.2 –. I dati clinici del donatore/donatrice potranno essere resi noti al personale sanitario solo in casi straordinari, dietro specifica richiesta e con procedure istituzionalizzate, per eventuali problemi medici della prole, ma in nessun caso alla coppia ricevente. L'accessibilità alla informazione sarà gestita informaticamente con il controllo di tracciabilità. I donatori/donatrici non hanno diritto di conoscere l'identità del soggetto nato per mezzo di queste tecniche e il nato non potrà conoscere l'identità del donatore/donatrice. Tali informazioni potranno essere acquisite dal nato unicamente in caso di mutamento di volontà del donatore/donatrice senza che ciò comporti il sorgere di alcun diritto/obbligo tra le parti».

<sup>62</sup> Conferenza delle Regioni e delle PP.AA., *Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte Costituzionale nr. 162/2014*, cit. All'affermazione secondo cui «[i]l principio di anonimato del donatore e la sua deroga esclusivamente per esigenze di salute del nato» (p. 2) fa seguito la seguente netta esplicitazione: «Ferma restando la regola di anonimato di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 191, e successive modificazioni, la donazione deve essere anonima (cioè non deve essere possibile per il donatore risalire alla coppia ricevente e viceversa). I dati clinici del donatore/donatrice potranno essere resi noti al personale sanitario solo in casi straordinari, dietro specifica richiesta e con procedure istituzionalizzate, per eventuali problemi medici della prole, ma in nessun caso alla coppia ricevente. L'accessibilità alla informazione sarà gestita informaticamente con il controllo di tracciabilità. I donatori/donatrici non hanno diritto di conoscere l'identità del soggetto nato per mezzo di queste tecniche e il nato non potrà conoscere l'identità del donatore/donatrice. Eventuali modifiche introdotte alla disciplina dell'anonimato della donazione successivamente alla applicazione del presente documento dovranno comunque garantire l'anonimato ai donatori che hanno donato prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina. Le persone che partecipano a programmi di donazione dovrebbero essere certi che la loro riservatezza sarà rispettata» (pp. 10-11).

<sup>63</sup> La normativa sull'adozione e l'affidamento (l. 183/1884 e successive modificazioni), prima ancora di predisporre il “rimedio” dell'adozione, si apre stabilendo che «il minore ha diritto di crescere e di essere

posto dell'adozione, è valutato negativamente tanto che si chiede di sviluppare politiche sociali e familiari per «prevenire l'abbandono dei bambini e perché essi restino nelle loro famiglie d'origine»<sup>64</sup>. L'eterologa, al contrario, mira a soddisfare il desiderio degli adulti ad avere un figlio, programmando la generazione con una genitorialità scissa in partenza e, quindi, esponendolo a possibili difficoltà di ordine psicologico ed esistenziale; non tiene conto della preferenza – anche di ordine costituzionale (art. 30, comma 1, Cost.) – per l'unitarietà delle figure genitoriali e, dunque, per la coincidenza tra genitorialità genetica affettiva e legale; promuove l'abbandono da parte del genitore biologico dei figli concepiti con i suoi gameti.

Tuttavia, una volta introdotto il confronto con il modello dell'adozione, si potrebbe ad esso attingere per riconoscere al nato da PMA eterologa la stessa facoltà di conoscere i suoi genitori biologici, alle stesse condizioni in cui tale diritto è attribuito all'adottato. Questo è, tra l'altro, quanto già affermato dal Parlamento europeo nella risoluzione dedicata ai problemi etici e giuridici della fecondazione artificiale *in vivo* e *in vitro* del 1989<sup>65</sup>. A questo punto, però, si impongono ulteriori considerazioni. Come abbiamo già osservato, le ragioni dell'adozione (il diritto del figlio) sono diverse, in certo modo opposte, a quelle con cui si pretende di giustificare la PMA eterologa (il “diritto” degli adulti). Pertanto, anche riguardo al tema dell'anonimato, è doveroso verificare la diversità di motivazione che ne è alla base e quindi ipotizzare una diversità di disciplina.

Il presupposto dell'adottabilità di un minore è, come rimarcato, l'abbandono del figlio. L'abbandono avviene sempre dopo che i genitori biologici, quanto meno la madre (a parte l'ipotesi minoritaria della donna che al momento del parto dichiara di non voler essere nominata), hanno avuto una relazione con il figlio. C'è stato quindi un intreccio di rapporti – tanto maggiori quanto più è grande il bambino – che lasciano memorie indelebili. Nel caso più frequente dell'abbandono morale, il figlio è sottratto ai genitori biologici spesso attraverso lunghe e dolorose vicende giudiziarie. Sono note le possibili implicazioni, talvolta seriamente traumatiche, di carattere psicologico, emotivo, fisico e socio-educativo dell'abbandono e del distacco del bambino dal suo naturale nucleo familiare. Perciò, ammettere la conoscenza dei genitori biologici da parte del figlio divenuto adottivo, potrebbe riaprire antiche ferite e determinare sofferenze e difficoltà.

---

educato nell'ambito della propria famiglia»; che «le condizioni di indigenza dei genitori o del genitore esercente la responsabilità genitoriale non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia» e che «a tal fine a favore della famiglia sono disposti interventi di sostegno e di aiuto»; che «lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle proprie competenze, sostengono, con idonei interventi, nel rispetto della loro autonomia e nei limiti delle risorse finanziarie disponibili, i nuclei familiari a rischio, al fine di prevenire l'abbandono e di consentire al minore di essere educato nell'ambito della propria famiglia». V. Cass. sez. I civ., sentenza 8 settembre 2008, n. 22640: «In tema di adozione [...] è riconosciuto il diritto del minore di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia naturale. La predetta condizione può essere resa effettiva attraverso la predisposizione di interventi solidaristici di sostegno in caso di difficoltà della famiglia di origine, onde rimuovere le cause, di ordine economico e sociale, che possano precludere in essa, una crescita serena del bambino». Nella Risoluzione del Parlamento europeo del 19 gennaio 2011 sull'adozione internazionale nell'Unione europea, si afferma che la «scelta primaria per la custodia dei minori» deve cadere sulla famiglia di origine.

<sup>64</sup> CONSIGLIO D'EUROPA, Assemblea parlamentare, Raccomandazione 1443 (2000), *Adozione internazionale: rispetto per i diritti dei bambini*, cit.

<sup>65</sup> PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione (doc. A2-372/88) sui problemi etici e giuridici della procreazione artificiale umana*, cit.

Sebbene l'iniziale anonimato nell'adozione sia stato posto a tutela del figlio adottivo, il diritto a conoscere e proprie origini va affermandosi con sempre maggior forza e, del resto, non sono pochi i casi in cui sono proprio i figli adottivi che desiderano “riconnettersi”, anche solo per esigenze di completezza esistenziale e identitaria, con le proprie origini, cercando il volto e il nome di chi li ha generati.

Nel caso della PMA eterologa (offerta dei gameti e successivo “abbandono” del figlio in caso di concepimento), il contesto è completamente diverso: i figli non “capitano”, ma vengono “pianificati”, con il necessario supporto di strumenti e ambienti adeguati, sulla base di una rigorosa programmazione guidata da protocolli e procedure, nella collaborazione tra aspiranti genitori, personale sanitario e fornitori di gameti. Mancano, dunque, quelle circostanze che invitano a una certa cautela nel riaprire capitoli di dolorose separazioni. Non si vede dunque perché – se non per la ragione pratica e utilitaristica di facilitare l'offerta di gameti – dovrebbe essere sacrificato il diritto del nuovo nato a conoscere la sua vera genealogia. Tra l'altro, l'anonimato si presta a coprire un sistema di commercializzazione e di selezione eugenetica.

Pertanto, nel caso di PMA eterologa, non è neanche indispensabile che vi siano i limiti e le condizioni previste per la conoscenza delle proprie origini nel caso di adozione (es. raggiungimento di una maturità consolidata, consenso dei genitori biologici).

A sostegno del diritto alla conoscenza anagrafica dei propri genitori biologici, milita anche il principio di uguaglianza, «non essendo legittimo – come si legge nel parere del CNB sull'argomento<sup>66</sup> – sotto l'aspetto sia etico che giuridico impedire solo ai nati attraverso tale tecnica di ricercare le informazioni sulle loro origini biologiche». Infine – si afferma nello stesso documento – «è stato, inoltre, evidenziato come eludere la richiesta di conoscere la verità implichi una specifica forma di violenza: la violenza di chi, conoscendo la verità che concerne un'altra persona e potendo comunicargliela, si rifiuta di farlo, mantenendo nei suoi confronti un'indebita posizione di potere».

Il rovesciamento di prospettiva (dalla presa in carico delle aspirazioni degli adulti alla considerazione dei diritti ed interessi dei minori) consente di riflettere meglio sul rapporto tra adozione e PMA eterologa, anche rileggendo l'art. 6 comma 1 della legge 40 dove l'adozione viene indicata come alternativa preferibile rispetto alla PMA.

## 6. Eterologa, embrioni “sopranumerari”, diritto alla vita e “adozione per la nascita”

Come il Tribunale di Bologna osserva in un passaggio dell'ordinanza del 18 agosto 2014, «è ancora irrisolto il problema della sorte degli embrioni crioconservati c.d. sopranumerari». L'affermazione non stupisce, poiché secondo la relazione del Ministero della Salute sull'attuazione della legge 40/2004, presentata il 30 giugno 2014<sup>67</sup>, nel 2012 – anno di riferimento – su un totale di 114.276 embrioni formati, ne sono stati crioconservati 18.957. Il loro numero va crescendo, perché nel 2011 gli embrioni congelati furono 18.798 e nel 2010 16.280. Pur ipotizzando che due terzi di essi siano

<sup>66</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa*, cit.

<sup>67</sup> *Relazione del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della Legge 19 febbraio 2004 n. 40 contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita (Legge 19 febbraio 2004 n. 40, art. 15)*, Roma, 30 giugno 2014, [http://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_pubblicazioni\\_2185\\_allegato.pdf](http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2185_allegato.pdf) (ultima consultazione 3 settembre 2014).

stati scongelati per essere destinati alla nascita su richiesta dei genitori biologici che avevano fatto ricorso alla PMA omologa, e dunque siano stati trasferiti nell'utero della madre biologica (che è anche madre gestazionale e in definitiva l'unica madre), resta un elevato accumulo di embrioni che in soli tre anni ha raggiunto le quasi 20.000 unità.

L'aspetto più inquietante della fecondazione *in vitro* è proprio l'accumulo nelle celle frigorifere di embrioni soprannumerari in "stato di abbandono", perché privi di un «progetto parentale». La questione è tutt'altro che periferica: si tratta di embrioni umani sulla cui futura sorte non vi sono certezze ed è perciò inevitabile interrogarsi sul loro destino.

Il dibattito sul destino degli embrioni crioconservati e abbandonati, già vivace ai tempi dell'approvazione della legge 40/2004 in ordine al regime precedente ad essa e mai del tutto cessato<sup>68</sup>, è tornato di grande attualità in seguito alla sentenza costituzionale n. 151 del 2009<sup>69</sup>. Questa, infatti, ha annullato sia la regola stabilita nell'art. 14, comma 2, nella parte in cui limita a tre il numero degli embrioni umani generabili in un unico ciclo e da trasferirsi in un solo contesto, sia l'art. 14, comma 3, nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni – da realizzare non appena possibile – avvenga senza pregiudizio per la salute della donna. In sostanza, la Corte «mantiene salvo il principio secondo cui le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario», ma affida alla discrezionalità del medico la determinazione concreta del numero di embrioni da generare, determinando così «la necessità del ricorso alla tecnica di congelamento con riguardo agli embrioni prodotti ma non impiantati per scelta medica».

Pertanto, sebbene sia stato rimosso il divieto di generare al massimo tre embrioni nell'ambito di un solo ciclo, resta l'obbligo di non generare embrioni in numero superiore «a quello strettamente necessario». La produzione soprannumeraria e il conseguente congelamento degli embrioni dovrebbe quindi essere una eccezione, cioè una pratica rara e straordinaria.

In realtà, il numero di embrioni congelati ogni anno non indica affatto una eccezionalità della produzione soprannumeraria. Sarebbe, quindi, opportuno non solo che il Ministro fornisse un'indicazione precisa sul numero complessivo di embrioni congelati rimasti privi di un progetto parentale, ma soprattutto che le prossime linee-guida ministeriali facessero chiarezza sui limiti che l'art. 14 della legge 40/2004 continua a prescrivere riguardo alla generazione soprannumeraria di embrioni, rendendo chiari e controllabili i criteri ai quali il medico deve fare riferimento quando – nella sua autonomia – decide quanti embrioni generare, quanti trasferirne e quanti congelarne. Il fastidio, il disagio o la sofferenza connessi necessariamente a ogni prelievo oocitario non dovrebbero giustificare una generazione eccessiva di embrioni, con conseguente formazione di embrioni "di scorta" e rischio di un au-

<sup>68</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Destino degli embrioni derivanti da procreazione medicalmente assistita e non più impiantabili*, 26 ottobre 2007: il documento è consultabile all'indirizzo internet [www.governo.it/bioetica/pareri\\_abstract\\_destino\\_embrioni\\_da\\_PMA\\_26102012.pdf](http://www.governo.it/bioetica/pareri_abstract_destino_embrioni_da_PMA_26102012.pdf) (ultima consultazione 2 settembre 2014).

<sup>69</sup> Si veda la relazione finale (8 gennaio 2010) della Commissione di studio sugli embrioni crioconservati nei centri di PMA, nominata con decreto del Ministro del Lavoro della Salute e delle Politiche Sociali il 25 giugno 2009, visibile qui: [www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_minpag\\_658\\_documenti\\_documento\\_1\\_fileAllegatoDoc.pdf](http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_minpag_658_documenti_documento_1_fileAllegatoDoc.pdf) (ultima consultazione 3 settembre 2014). Si vedano inoltre gli atti del X Congresso nazionale di Scienza e Vita, *Embrioni crioconservati. Quale futuro?*, tenutosi a Roma il 23 e il 24 novembre 2012 e pubblicati sui *Quaderni di Scienza e Vita*, Siena, 2013, 11.

mento dello “stoccaggio” di esseri umani ibernati a tempo indeterminato. È noto, infatti, che il maggior rischio per la salute della donna è la sindrome da iperovulazione e che tale rischio è tanto maggiore quanto più elevato è il numero di ovociti che si intende portare a contemporanea maturazione con somministrazione sempre più abbondante di farmaci. È anche noto, che viceversa, sono più facilmente fecondabili uova maturate naturalmente o, almeno, fatte maturare in piccolo numero. Ciò nonostante, è certo che il numero degli embrioni “abbandonati” resterà sempre rilevante. Attualmente la loro prospettiva di vita è nulla. Il loro diritto alla vita è ignorato. La legge 40/2004 intende, tuttavia, «assicurare i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito».

Questi aspetti – pur in un contesto già ampiamente degradato – meritano di essere considerati.

Nell'ambito della discussione sulla legge 40/2004, fu proposta l'“adozione per la nascita” o “adozione prenatale” come rimedio transitorio, limitato e temporaneo, sul presupposto che con l'entrata in vigore della nuova legge, sarebbe cessato l'accumulo di embrioni di scorta nei congelatori. Quindi, in sintesi, l'“adozione per la nascita” era stata prevista quale soluzione di chiusura del precedente c.d. *Far West* procreatico<sup>70</sup>.

Sul tema della “adottabilità” degli embrioni lungo tutto l'iter legislativo si è sviluppata una polemica assai vivace. Infine, la proposta della “adozione per la nascita” fu bocciata per la dura opposizione di coloro che vedevano nella “dichiarazione di adottabilità del concepito” la equiparazione dei non nati ai già nati. In realtà, anche tra quanti avevano sostenuto la scelta dichiarata fin dall'art. 1 non è mancato chi si è opposto all'idea di realizzare, sia pure nel solo regime transitorio, l'“adozione per la nascita”, vedendone una porta di ingresso per la fecondazione eterologa vietata dalla legge. Il risultato finale è stato che la legge 40/2004 non contiene alcuna disposizione in ordine agli embrioni soprannumerari privi di un progetto parentale<sup>71</sup>.

Sull'argomento è intervenuto il CNB, con il parere *Adozione per la nascita degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (PMA)*, del 18 novembre 2005<sup>72</sup>, che ha invece consigliato al legislatore di prendere in considerazione tale forma di adozione. L'auspicio è stato poi ribadito nel documento dello stesso CNB, *Destino degli embrioni derivanti da procreazione medicalmente assistita e non più impiantabili* (26 ottobre 2007)<sup>73</sup> e condiviso dalla Commissione di studio sugli embrioni crioconservati nei centri di procreazione medicalmente assistita, istituita con decreto del 25 giugno 2009<sup>74</sup>, nella cui relazione finale (8 gennaio 2010) si afferma che l'“adozione per la na-

<sup>70</sup> L' “adozione per la nascita” nei termini descritti sommariamente nel testo era presente nell'art. 16 del PDL approvato dalla Camera dei Deputati il 26 maggio 1999 con il n. 47. In Senato è diventato il DDL n. 4048 intitolato *Disciplina della procreazione medicalmente assistita*, leggibile all'indirizzo <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00004363.pdf> (ultima consultazione 3 settembre 2014).

<sup>71</sup> Sui termini del dibattito si rinvia al commento dell'art. 17 (*Disposizioni transitorie*) della l. 40/2004 contenuto nel volume C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40 “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”*. Commentario, Torino, 2004, 269-284.

<sup>72</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Adozione per la nascita degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (PMA)*, 18 novembre 2005, in *Medicina e Morale*, 2006, 1, 154-168.

<sup>73</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Destino degli embrioni derivanti da procreazione medicalmente assistita e non più impiantabili*, cit.

<sup>74</sup> COMMISSIONE DI STUDIO SUGLI EMBRIONI CRIOCONSERVATI NEI CENTRI DI PMA, nominata con Decreto del Ministro del Lavoro della Salute e delle Politiche Sociali il 25 giugno 2009, *Relazione finale*, 8 gennaio 2010, cit.

scita” «non prevista attualmente dalla legge vigente in Italia, potrebbe risolvere molti problemi bioetici che nascono dalla crioconservazione di embrioni abbandonati»<sup>75</sup>.

Naturalmente, il dibattito si è sviluppato in termini assai più ampi di quelli qui riportati in estrema sintesi e le diverse posizioni sono ancora oggi ben più articolate di quanto accennato in questa sede<sup>76</sup>. Ai fini del presente contributo, è sufficiente recuperare la proposta per vedere se e in che modo è ripresentabile in un contesto profondamente mutato.

La questione della sorte degli embrioni c.d. “residui” era stata sollevata già prima della sentenza n. 162/2014. Per esempio, nella scorsa legislatura, per allargare i limiti della legge 40, è stato presentato alla Camera il PDL n. 4308, «Norme in materia di donazione degli embrioni a fini di nascita e di destinazione dei medesimi a fini di ricerca scientifica» (Farina Coscioni *et al.*, data di presentazione: 22 aprile 2011), mentre per offrire una qualche tutela per il diritto alla vita del concepito è stato depositato il PDL 2058, «Disposizioni per consentire l’impianto degli embrioni abbandonati giacenti presso i centri italiani di PMA» (Palagiano *et al.*, data di presentazione: 12 gennaio 2009)<sup>77</sup>.

Ora, la sentenza n. 162/2014 della Corte Costituzionale, eliminando il divieto di eterologa, ha profondamente mutato il panorama. Di conseguenza, riguardo all’“adozione per la nascita”, vengono meno sia le riserve etiche che ne vedevano una possibile breccia per l’eterologa, sia l’accusa di contraddizione rispetto a una disciplina che vieta l’eterologa<sup>78</sup>.

La decisione della Consulta – come del resto sempre in materia di biodiritto – insiste molto sul concetto di “bilanciamento” tra diritti e interessi intersecantisi e talora in opposizione tra loro. In effetti, tutta la legge 40/2004 si basa sul concetto di “bilanciamento” come è ben espresso nell’art. 1: devono essere soddisfatte, nei limiti del possibile, le aspirazioni alla genitorialità anche di persone affette da sterilità o infertilità, ma bisogna tenere conto anche dei diritti di tutti i soggetti coinvolti nella PMA. Non vi è dubbio che anche il figlio è un soggetto coinvolto. Anzi, alla luce del primato degli interessi del minore, sancito nelle carte più solenni universali ed europee, i suoi diritti dovrebbero avere prioritaria considerazione. Il suo diritto all’identità che comprende il diritto a conoscere le sue origini,

<sup>75</sup> La frase si trova nella nota n. 5 della Relazione.

<sup>76</sup> Oltre ai contributi raccolti nei *Quaderni di Scienza e vita*, 2013, 11 (in particolare si segnalano quelli più squisitamente giuridici di F. MANTOVANI, L. EUSEBI, A. NICOLUSSI, L. VIOLINI e B. VIMERCATI rispettivamente alle pp. 51-56, 57-64, 65-69, 71-80), si vedano alcune riflessioni di A. PESSINA: *La disputa sull’adozione degli embrioni umani. Linee per una riflessione filosofica*, in *Medicina e Morale*, 2013, 6, 1099-1112; *Adottare l’embrione abbandonato?* Lettera con replica di N. Tiliacos, in *Il Foglio*, 7 settembre 2006; *Che cosa significa procreare?* [www.leadershipmedica.com/sommri\\_2006/numero\\_01/Bioetica/Articolo\\_1/articolo.htm](http://www.leadershipmedica.com/sommri_2006/numero_01/Bioetica/Articolo_1/articolo.htm) (ultima consultazione 2 settembre 2014). Inoltre: C. NAVARINI, *Il destino degli embrioni congelati: adozione o donazione?*, <http://www.europaoggi.it/content/view/65/45> (ultima consultazione 2 settembre 2014); M. FAGGIONI, *La questione degli embrioni congelati*, in *L’Osservatore Romano*, 22-23 luglio 1996. Infine anche: C. CASINI, *Abbandono di embrioni umani e adozione*, in *Sì alla vita*, supplemento, 1999, 4. Ampi riferimenti bibliografici si trovano in G. MIRANDA, *L’adozione prenatale nella Dignitas personae*, in *Studia Bioethica*, 2009, (2) 1, 58-65.

<sup>77</sup> Cfr. anche: Atto Camera n. 4831, «Disposizioni concernenti l’adozione degli embrioni residui e conservati in stato di abbandono», 6 dicembre 2012; Atto Camera n. 2058, «Disposizioni per consentire l’impianto degli embrioni abbandonati giacenti presso i centri italiani di procreazione medicalmente assistita», 12 aprile 2012; Atto Camera n. 4800, *Norme in materia di adozione degli embrioni crioconservati in stato oggettivo di abbandono*, 25 novembre 2011.

<sup>78</sup> Queste posizioni oltre che rinvenibili nella dottrina, sono illustrate nel documento del CNB, *Adozione per la nascita degli embrioni crioconservati e residui derivanti da procreazione medicalmente assistita (PMA)*, cit.

non è il primo. Il primo e fondamentale è il diritto alla vita. La PMA come tale, quando l'embrione è costruito fuori del corpo materno, mette in grave rischio la vita del concepito. Tuttavia, la legge ha ritenuto meritevole di tutela il desiderio degli adulti di avere un figlio, ma ha bilanciato questa tutela con l'obiettivo di evitare la distruzione dell'embrione che si trova nelle mani dei medici nella fase che precede il suo trasferimento in utero, cioè dopo il suo affidamento ai processi naturali della vita. La PMA eterologa allarga gli spazi in cui viene data possibilità di realizzazione ai desideri degli adulti, ma è doveroso armonizzare questa più estesa opportunità con la tutela della vita stessa dei concepiti.

La sentenza n. 162/2014 ha annullato il divieto di PMA eterologa. Un tale generico annullamento lascia al legislatore il potere di regolare le varie possibili forme di PMA eterologa. Ciò è tanto vero che nel delineare la disciplina dell'eterologa già sono indicati, per esempio, alcuni limiti rigorosi dettati da ragioni di opportunità («nessun proprietario, operatore, direttore del laboratorio o dipendente del centro che esegue l'inseminazione può essere utilizzato come donatore»; «né il medico del paziente né l'esecutore dell'inseminazione può essere donatore del seme»), oppure da motivi sanitari: «sono esclusi dalla donazione uomini che abbiano esposizione professionale ad alto rischio per tossicità riproduttiva (radiazioni o sostanze chimiche)»; «sono esclusi dalla possibilità di donare gameti i pazienti che abbiano effettuato e concluso trattamenti con chemioterapici o radioterapia da meno di due anni»<sup>79</sup>.

Non solo, ma nessuno dubita del fatto che debbano esserci limiti di età per donatori/donatrici e aspiranti genitori. Inoltre, nel dibattito sulla disciplina in materia di eterologa, si sono levate voci favorevoli al divieto di una selezione dei “donatori” in base alla razza o alle caratteristiche psicosomatiche limitando così l'autodeterminazione degli aspiranti genitori<sup>80</sup>. Perciò, se è accettabile porre dei limiti per rispettare il principio di non discriminazione, evitando logiche e comportamenti eugenetici, si può anche immaginare che per rispettare il diritto alla vita del concepito la legge consenta l'eterologa soltanto nella forma della “adozione per la nascita”. È assurdo creare nuovi embrioni – con tutti i nuovi aggiuntivi rischi di morte – per soddisfare i pur legittimi desideri di genitorialità, quando già esistono embrioni formati dei quali è giusto tentare di evitare la morte.

Non costituisce una difficoltà la esclusione della PMA eterologa c.d. “unilaterale”, cioè effettuata con embrioni generati con i gameti di un solo membro della coppia e il seme o l'ovocita di un estraneo/a. In realtà proprio questo sbilanciamento (l'uno è genitore vero anche fisiologicamente, l'altro non lo è) può portare nel tempo a crisi, dissidi e rifiuti prevedibili, che è bene prevenire.

Un argomento a favore della tesi qui proposta si può ricavare anche dall'art. 6 della l. 40/2004 che – nel rispetto della scelta della coppia – preferisce che l'infertilità sia superata possibilmente con l'adozione prima di ricorrere alla PMA. Una volta introdotta l'eterologa, invece di ricorrere *ex novo* alla generazione di embrioni totalmente o parzialmente estranei alla coppia, si potrebbe proporre l'adozione di embrioni umani abbandonati. Questa soluzione ha anche il vantaggio di superare automaticamente i rischi di commercializzazione dei gameti, di evitare alle donne i disagi e le sofferenze

<sup>79</sup> Abbiamo fatto riferimento ad alcune limitazioni indicate a pagina 5 del documento approvato dalla Conferenza delle Regioni e delle PP.AA., *Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte Costituzionale nr. 162/2014*, cit.

<sup>80</sup> In linea di principio, il documento della Conferenza: «Non è possibile per i pazienti scegliere particolari caratteristiche fenotipiche del donatore, al fine di evitare illegittime selezioni eugenetiche» (p. 10).

connesse con il prelievo di ovociti. Non è poco, considerando anche il pericolo di sindrome da iperovulazione ovarica presente in questa operazione preliminare di PMA extracorporea.

Nella prospettiva indicata, sul piano internazionale, è rimarchevole l'importanza dell'iniziativa dei cittadini europei denominata «Uno di noi», che ha ottenuto quasi due milioni di adesioni. Fondata sull'art. 11 del Trattato di Lisbona che, con il nuovo istituto dell'iniziativa dei cittadini, ha inteso allargare la democrazia in Europa, essa chiede che l'Unione Europea si impegni a non fornire danaro da utilizzare per distruggere la vita umana embrionale. Il quesito sottostante e fondamentale è quello che richiede il riconoscimento che l'uomo, fin dal concepimento è "uno di noi", coperto da una dignità che è sempre uguale per tutti i viventi della specie umana<sup>81</sup>. Purtroppo, il 28 maggio 2014, la Commissione europea ha comunicato agli organizzatori dell'iniziativa di non voler dare seguito a tale iniziativa. Contro tale decisione è stato proposto, il 25 luglio 2014, un ricorso per annullamento alla Corte di giustizia dell'Unione europea che ha sede a Lussemburgo. La procedura è appena iniziata e quindi non è dato sapere quale ne sarà l'esito. Tuttavia, il quesito sull'uguaglianza e sulla dignità umana resta inevitabilmente nel cuore dell'Europa e delle nazioni. Il diritto moderno smarrisce la strada se non afferma la uguale dignità di ogni essere umano fin dal concepimento; la politica non può emarginare dal suo ambito il diritto alla vita del concepito.

Sul piano dell'ordinamento italiano va ricordata la proposta di modifica dell'art. 1 c.c. per riconoscere la capacità giuridica ad ogni uomo «fin dal concepimento». La proposta di iniziativa popolare promossa dal Movimento per la vita italiano e sostenuta da 200.000 cittadini chiede lo "sguardo" sulla questione fondamentale dello statuto giuridico dell'embrione umano.

In questa direzione si muove un altro progetto di legge, presentato alla Camera il 16 maggio 2014 con il n. 2389 (a breve distanza dalla data, 9 aprile 2014, in cui è stato reso noto il dispositivo della sentenza costituzionale n. 162)<sup>82</sup> e intitolato *Modifiche al codice civile e al codice di procedura civile concernenti il contraddittorio e la rappresentanza del nascituro nei procedimenti civili in materia di procreazione medicalmente assistita*<sup>83</sup>. Le vicende giudiziarie sulla legge 40 hanno messo in luce la mancanza di una voce processuale che si esprima in un contraddittorio a favore del concepito e dei suoi diritti. Come risulta dalla giurisprudenza relativa alla diagnosi genetica pre-impianto<sup>84</sup>, alla sperimentazione sugli embrioni crioconservati<sup>85</sup> e alla PMA eterologa<sup>86</sup>, un contraddittorio sostanziale

<sup>81</sup> C. CASINI, *Uno di noi. La prima iniziativa dei cittadini europei. Uno di noi: è vero, è giusto, è necessario*, Siena, 2014. Il testo è pubblicato anche in versione inglese.

<sup>82</sup> Presentato alla stampa il 29 aprile 2014.

<sup>83</sup> Il testo è pubblicato in *Medicina e Morale*, 2014, 3, 514-516.

<sup>84</sup> Trib. Cagliari, sentenza 16 luglio 2005, n. 5026; Trib. Cagliari, sentenza 22 settembre 2007; Trib. Firenze, ordinanza 17 dicembre 2007; Trib. Firenze, ordinanza 12 luglio 2008; Trib. Firenze, ordinanza 26 agosto 2008; Trib. Bologna, 29 giugno 2009; Trib. Salerno, 13 gennaio 2010; Trib. Milano, ordinanza 6 marzo 2009, n. 235; Trib. Milano, ordinanza 10 marzo 2009, n. 236; Trib. Salerno, 10 luglio 2010; Trib. Cagliari, ordinanza 9 novembre 2012; Trib. Roma, ordinanza del 26 settembre 2013; Trib. Roma, ordinanza 14 gennaio 2014, n. 69; Trib. Roma, ordinanza 28 febbraio 2014, n. 86.

<sup>85</sup> Trib. Firenze, ordinanza 7 dicembre 2012, n. 166, in *Gazzetta Ufficiale*, 29, 17 luglio 2013, prima serie speciale, 65.

<sup>86</sup> Tribunale di Firenze, ordinanza 1-6 settembre 2010, n. 19, in *Gazzetta Ufficiale*, prima serie speciale, 6, 2 febbraio 2011, 57-64; Trib. Catania, ordinanza 21 ottobre 2010, n. 34, in *Gazzetta Ufficiale*, prima serie speciale, 10, 2 marzo 2011, 61-71; Trib. Milano, ordinanza 28 dicembre 2010 - 2 febbraio 2011, n. 163, in *Gazzetta Ufficiale*, prima serie speciale, 30, 13 luglio 2011, 58 ss.; Trib. Firenze, sez. I civ., ordinanza 28-29

nelle vicende giudiziarie instaurate in materia di PMA è assente. Eppure, il principio del contraddittorio è sancito dalla Costituzione italiana agli art. 24, comma 2 («la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento») e all'art. 111, comma 2 («ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità»); è un valore fondamentale nell'ambito del processo; rappresenta un necessario corollario del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.; è funzionale al raggiungimento della verità; esprime l'elementare esigenza di giustizia, per la quale nessuno può essere costretto a subire gli effetti di una sentenza senza avere avuto la possibilità di partecipare al processo per far valere le proprie ragioni di fronte al giudice, in modo da influire sul suo convincimento.

Naturalmente la nostra tesi si fonda sul presupposto che ogni figlio dell'uomo e della donna, anche se appena concepito, sia riconosciuto come uno di noi. A noi pare che questa sia la questione centrale ed essenziale del biodiritto che bisogna avere il coraggio di affrontare. È facile distogliere lo sguardo dal concepito per soddisfare senza remore i desideri dei già nati e degli adulti. È, invece, lo sguardo sul concepito – intendiamo lo sguardo della mente che permette di vedere anche ciò che l'occhio non vede, e della cultura moderna, fondata sul principio di uguaglianza in dignità umana – che rende il dibattito completo e appassionante.

Questo nostro saggio vuole essere un principio di contraddittorio profondo e serio, almeno nel dibattito culturale.

*The Italian Law no. 40/2004*

---

marzo 2013, n. 213, in *Gazzetta Ufficiale*, 41, 9 ottobre 2013, 35-40; Trib. Milano, sez. I civ., ordinanza 29 marzo - 8 aprile 2013, n. 135, in *Gazzetta Ufficiale*, prima serie speciale, 24, 12 giugno 2013, 173-179; Trib. Catania, sez. I civ., ordinanza 29 marzo - 13 aprile 2013, n. 240, in *Gazzetta Ufficiale*, prima serie speciale, 46, 13 novembre 2013, 27-35.