

Ines Corti

I nuovi diritti: dai divieti alle scelte

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il divieto di fecondazione eterologa. – 3. La fecondazione omologa: i limiti. – 4. La tutela dell'embrione: verso una nuova soggettività? – 5. Il consenso informato. – 6. L'obiezione di coscienza. – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Negli ultimi decenni si è assistito ad una vera e propria rivoluzione in campo biomedico. Il rapido e inarrestabile evolversi della ricerca e della tecnologia verso traguardi inimmaginabili fino a qualche anno fa ha conseguito risultati assolutamente straordinari.

Al contempo le innovazioni scientifiche e tecnologiche hanno provocato sconvolgimenti rilevanti nella società, mettendo in discussione non solo convinzioni radicate, modelli culturali acquisiti, ma la natura stessa di ciascuno, la sua antropologia¹.

Le tecniche riproduttive, i trapianti d'organi e tessuti, le indagini genetiche hanno travolto le dinamiche stesse della vita.

In particolare le nuove tecnologie della riproduzione, di cui oggi si discute, hanno turbato la sacralità stessa di alcune tra le relazioni più intime della sfera personale di ognuno di noi. Soprattutto hanno avuto come conseguenza quella di far sì che un aspetto così intimo della vita delle persone abbia assunto una dimensione più ampia e più complessa dei diversi rapporti, delle persone coinvolte e dei loro diritti.

Tuttavia, se il progresso scientifico ha ampliato le possibilità e le scelte per quelle persone che fino a ieri non potevano avere un figlio, o non potevano averlo sano, l'utilizzo delle nuove tecnologie, che rafforza sol-

¹ Sul punto vedi S. RODOTÀ, *Introduzione*, in RODOTÀ (a cura di), *Questioni di bioetica*, Bari 1993, p. VIII s.

tanto quel desiderio ancestrale di procreazione, ha anche originato preoccupazione, destato perplessità, suscitato inquietudine.

In tal senso, forte è il richiamo al diritto, alla regola giuridica. Si invocano limiti, divieti.

Ma le nuove tecnologie diventano anche «il tramite per la proclamazione di una schiera foltissima di nuovi diritti»².

Peraltro se da un lato si esaminano nuove configurazioni quali il diritto alla procreazione, il diritto alla propria identità genetica, il diritto alla doppia figura genitoriale, il diritto al patrimonio genetico non modificato, il diritto all'unicità, il diritto alla malattia, dall'altro ci si interroga sull'utilizzo dello strumento giuridico e in particolare sull'idoneità dello strumento legislativo.

Da anni si discute sulla necessità di regolamentare la procreazione assistita, fenomeno complesso che coinvolge aspetti biologici, giuridici, etici, fenomeno grazie al quale ogni anno nascono nel mondo migliaia di bambini.

Il dibattito sul se e sul come regolamentare tale realtà è infatti risa-lente³. Sulla necessità di una regolamentazione sembra esserci unanime consenso: la maggior parte degli Stati occidentali (e non solo) ha legiferato in materia.

Sul tipo di regolamentazione le opinioni sono invece diverse, così come diversi sono gli approcci che caratterizzano le legislazioni dei vari Paesi⁴. In Europa si individuano modelli differenti: modelli più restrittivi, che limitano in vario modo l'uso delle tecniche procreative fino a configurare usi penalmente illeciti delle stesse e modelli più aperti che sottendono una maggiore libertà nell'utilizzo delle nuove possibilità procreative.

Il panorama è infatti variegato: dalle normative più rigide quali quelle della Svezia, della Norvegia, dell'Austria e della Francia a quelle più liberali della Spagna e dell'Inghilterra.

² S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna 1995, p. 145.

³ Per un approfondimento sul dibattito vedi tra gli altri G. FERRANDO (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova 1989, relativo agli atti del Convegno organizzato a Genova nei giorni 26 e 27 giugno 1987; C.M. MAZZONI (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna 1988, relativo agli atti del convegno svoltosi a Siena nei giorni 9, 10, 11 giugno 1994; F. BUSNELLI, A.R. GENAZZANI, E. RIPEPE (a cura di), *Fecondazione assistita. Una proposta di legge da discutere. Argomenti di un incontro di studio*, Roma 1997.

⁴ Sui diversi indirizzi vedi F. BUSNELLI, *Quali regole per la procreazione assistita*, in C.M. MAZZONI, *op. cit.*, p. 105 s.

Tra le varie possibilità il legislatore italiano ha elaborato un testo assolutamente restrittivo, penetrante e sanzionatorio. La legge si caratterizza per la molteplicità di divieti e di sanzioni anche penali: cosa peraltro inusuale sotto il profilo tecnico-giuridico, trattandosi della regolamentazione di diritti fondamentali relativi a rapporti personali. Anni fa autorevole dottrina sottolineava come sarebbe stato «pericoloso introdurre norme di carattere sanzionatorio e repressivo nel settore dei diritti personali là dove il principio generale è quello della libertà»⁵.

Proprio in virtù di questa considerazione alcuni indicavano come unica possibilità quella di una disciplina leggera, di un diritto che offrisse garanzie e tutele ai soggetti coinvolti senza tuttavia limitare scelte e diritti fondamentali⁶. Una legge, quindi, che regolamentasse in senso positivo quella procreazione resa possibile dalle innovazioni scientifiche.

Traspare invece dalla lettura complessiva della legge una forte avversione verso le nuove tecniche procreative che si traduce in una sorta di colpevolizzazione degli aspiranti genitori per quel «volere un figlio a tutti i costi». Ciò si evince da una serie di norme tra cui quella relativa al divieto di fecondazione eterologa, quelle che limitano di fatto il ricorso alla fecondazione omologa, quella che prevede in capo ai medici l'obiezione di coscienza, quelle tanto ipocrite quanto assurde che chiedono di prospettare alla coppia la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o affidamento come alternativa alla procreazione assistita.

Al contempo si delineano gli obiettivi del legislatore: una assoluta tutela dell'embrione, cui si attribuisce una posizione giuridica prevalente rispetto alla madre stessa e la legittimazione di un unico modello familiare, quello formato da una coppia eterosessuale.

Teso a realizzare tali obiettivi il legislatore ci consegna un testo ricco di norme che o mal si amalgamo con il sistema o addirittura presentano aspetti di dubbia costituzionalità.

⁵ P. PERLINGIERI, *L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative*, in G. FERRANDO (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, cit., p. 142.

⁶ S. RODOTÀ, *Diritti della persona, strumenti di controllo sociale e nuove tecnologie riproduttive*, in G. FERRANDO (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, cit., p. 140 e dello stesso autore, *Tecnologie e diritti*, Bologna 1995, p. 139 s. A favore di un diritto leggero vedi tra gli altri P. ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *op. cit.*, p. 71 s.; G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova 1999, p. 356; I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano 2000, p. 220.

2. Il divieto di fecondazione eterologa

Il divieto del ricorso alle tecniche procreative di tipo eterologo posto dall'art. 4, punto 3 della nuova legge, costituisce una scelta estremamente criticabile che si pone in contrasto con quei principi di libertà e di autonomia che informano il nostro ordinamento.

Il ricorso alla figura del terzo donatore o terza donatrice è da sempre oggetto di discussione.

Molti sono gli aspetti coinvolti: quello giuridico, quello etico, quello religioso. Se da un lato si rivendica la possibilità di avere un figlio da amare e crescere, dall'altro si ritiene che la partecipazione di un terzo al processo procreativo possa sul piano psicologico influire negativamente nel rapporto di coppia e di conseguenza nel rapporto tra genitori e figlio.

Sul piano giuridico l'orientamento che ritiene legittimo il ricorso alle tecniche procreative pone alla base delle proprie considerazioni quei diritti fondamentali della persona affermati e riconosciuti dall'ordinamento giuridico come il diritto al rispetto della vita familiare e personale, il diritto di fondare una famiglia, il diritto alla procreazione, il diritto alla libertà personale. Diritti che trovano riconoscimento nelle Convenzioni internazionali, nella nostra Costituzione, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ora parte integrante della Costituzione Europea⁷.

⁷ Per un approfondimento dei temi relativi al diritto e alla libertà di procreare anche con riferimenti ad altri ordinamenti mi permetto di rinviare a I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano 2000, p. 49 e s., e alla bibliografia ivi contenuta. Vedi inoltre C. CAMPIGLIO, *Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale*, Padova 2003, p. 62 s.

Sul diritto alla procreazione come diritto della personalità vedi tra gli altri: P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli 1972, p. 174 s. e *L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative*, in G. FERRANDO (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto* (a cura di G. Ferrando), Padova 1989, p. 143; M. CARBONE, *Maternità, paternità e procreazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, 1993, p. 865; G. FERRANDO, *Libertà, Responsabilità e procreazione*, Padova 1999, p. 309; S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari 1992, p. 214 ds.; A. GORASINI, *Procreazione (dir.civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, p. 952; V. ZENO ZENCOVICH, *La responsabilità per procreazione*, in *Giur. it.*, 1986, IV, 125, nota 60; M. CALOGERO, *La procreazione artificiale*, Milano 1989, p. 38 s.

Sul punto vedi anche A. BARBERA, *Principi fondamentali (art. 1-12), sub art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1982, p. 96, nota 18.

Contra: A. FINOCCHIARO, *Non basta prospettare l'evoluzione scientifica per ritenere lecito l'accordo tra le parti*, in *Guida dir.*, 11 marzo 2000, 9, p.81, per il quale «nessuna norma di livello costituzionale garantisce il diritto della persona a diventare genitore. La

Diversamente altri ritengono che tali diritti siano configurabili solo nell'ambito della procreazione naturale laddove la libertà e il diritto a procreare si confondono con l'esercizio della libertà sessuale a cui l'ordinamento non pone limiti. In tale contesto sarebbe infatti illegittimo qualsiasi intervento diretto a proibire a chi desidera un figlio di averlo, anche se tale limite fosse basato su forti motivazioni, quali una grave malattia della madre o del feto o le difficili condizioni di vita di ordine sociale, politico, economico nelle quali si troverà a vivere il nuovo nato.

Secondo tale orientamento, il coinvolgimento nel rapporto procreativo di più soggetti, con i loro diritti e i loro interessi, determina la necessità di porre dei limiti a tutela degli stessi. Limiti che si giustificano, con riferimento alla fecondazione eterologa, in ragione di una presunta tutela della coppia e del nascituro.

Va ricordato che un orientamento, certamente più tradizionale, arriva a ipotizzare che l'intervento di un terzo donatore contrasterebbe con il dovere di fedeltà stabilito nell'art. 143 c.c. e con il principio di tutela della famiglia legittima

In realtà, come sottolineato più volte da diverso orientamento, né il dovere di fedeltà, né la tutela della famiglia legittima possono considerarsi ostacoli alla legittimità di una procreazione resa possibile grazie alla collaborazione di donatori estranei alla coppia. La fedeltà intesa, alla luce della normativa esistente, come impegno globale dei coniugi che presuppone una comunione di vita materiale e spirituale può essere raffor-

repubblica riconosce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (articolo 2 della Costituzione), ma fra tali diritti non è certamente ricompreso, senza alcuna limitazione, il diritto alla procreazione che, ove ammesso, va esercitato nei limiti fissati dalla legge e può essere riconosciuto solamente attraverso atti e comportamenti che non siano contrari a norme imperative e al buon costume.

Quanto alla giurisprudenza è sufficiente soffermarsi su alcune decisioni in materia per osservare quanto differente sia la posizione dei giudici italiani.

Il Tribunale di Monza, sentenza del 17 ottobre 1989, in *Giur. it.*, 1992, I, sez. II, 85, decidendo un caso di maternità surrogata, ha sostenuto che «la Carta non riconosce un vero e proprio diritto alla procreazione come aspetto particolare del più generale diritto della personalità (...) non potendosi desumere da alcuna disposizione che il desiderio o foss'anche l'interesse alla prole, in sé tutt'altro che illegittimo, sia stato elevato alla dignità di diritto soggettivo».

Diversamente il Tribunale di Roma, ord. 17 febbraio 2000, in *Corr. giur.* 2000, p. 483, in un provvedimento autorizzativo all'impianto di un embrione nell'utero di una madre sostituita ha ritenuto che «il diritto alla procreazione sia direttamente collegato a quello, costituzionalmente garantito, di manifestazione e svolgimento della personalità».

zata dal desiderio di avere figli anche attraverso il ricorso alle tecniche artificiali, rendendo più forte il rapporto di totale dedizione che caratterizza il vincolo matrimoniale.

Quanto al principio della tutela della famiglia legittima si è osservato che la normativa esistente in materia di filiazione ha già eroso le fondamenta attribuendo ai coniugi il diritto di riconoscere i figli avuti da relazioni extraconiugali.

Dalla parte dei figli il divieto vuole evitare che nascano bambini con l'apporto di gameti estranei alla coppia genitoriale, ipotizzando in primo luogo rischi di tipo psicologico per la loro crescita. Allo stato attuale non sembrano però essere state riscontrate situazioni di questo tipo.

Nel corso delle audizioni avanti alla Commissione Igiene e Sanità si è sottolineato come «la convinzione che la frattura fra la sfera biologica e quella sociale comprometta lo sviluppo psichico del nascituro non riceve conferma dall'orientamento dominante delle scienze psicopedagogiche»⁸.

Il divieto all'utilizzo di materiale genetico appartenente ad un terzo estraneo alla coppia troverebbe inoltre giustificazione nel principio che deve essere garantita l'«identità biologica del nato» e cioè il diritto del nato a conoscere la propria provenienza genetica e dunque le proprie origini.

Tale motivazione non è tuttavia in contrasto con il possibile utilizzo delle tecniche eterologhe: basterebbe, come hanno fatto altri Paesi eliminare il divieto di anonimato del donatore e rendere note al nato le sue origini (indipendentemente da ogni responsabilità in capo al donatore)⁹.

Peraltro il diritto a conoscere delle proprie origini non sembra configurarsi in modo assoluto nell'ambito della procreazione naturale. Esso infatti si lega a quel principio di verità che sottende l'acquisizione dello *status filiationis* che tuttavia nel nostro ordinamento presenta limiti: ad esempio il ricorso all'azione di disconoscimento è subordinata a ipotesi tassative e a un termine di decadenza, la madre ha la facoltà di dichiarare di non voler essere nominata¹⁰.

⁸ Vedi la relazione del Prof. Canestrari invitato come esperto durante i lavori parlamentari.

⁹ Sul punto vedi P. PERLINGIERI, *L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative*, cit., p. 148 s.

¹⁰ Sul punto vedi S. PICCININI, *Il genitore e lo status di figlio*, Milano 1999, p. 13 s. e p. 21 s.

La stessa legge di riforma dell'adozione che pur ha riconosciuto il diritto dell'adottato di accedere a informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici ha posto condizioni e limiti. In particolare si è ritenuta prevalente sul diritto del minore a conoscere le proprie origini la volontà, e dunque l'autonomia, del genitore di non voler essere individuato¹¹.

Comunque se la scelta del legislatore in materia di adozione, sostenuta in particolar modo dai più recenti studi psicologici può condividersi, si deve sottolineare che l'adozione non è equiparabile alla pro-

¹¹ La nuova formulazione dell'art. 28 della legge 184 stabilisce infatti:

«Art. 28 - 1. Il minore adottato è informato di tale sua condizione ed i genitori adottivi vi provvedono nei modi e termini che essi ritengono più opportuni.

2. Qualunque attestazione di stato civile riferita all'adottato deve essere rilasciata con la sola indicazione del nuovo cognome e con l'esclusione di qualsiasi riferimento alla paternità e alla maternità del minore e dell'annotazione di cui all'art. 26, comma 4.

3. L'ufficiale di stato civile, l'ufficiale di anagrafe e qualsiasi altro ente pubblico o privato, autorità o pubblico ufficiale debbono rifiutarsi di fornire notizie, informazioni, certificazioni, estratti o copie dai quali possa comunque risultare il rapporto di adozione, salvo autorizzazione espressa dell'autorità giudiziaria. Non è necessaria l'autorizzazione qualora la richiesta provenga dall'ufficiale di stato civile, per verificare se esistono impedimenti matrimoniali.

4. Le informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici possono essere fornite ai genitori adottivi, quali esercenti la potestà dei genitori, su autorizzazione del tribunale per i minorenni, solo se sussistono gravi e comprovati motivi. Il tribunale accerta che l'informazione sia preceduta e accompagnata da adeguata preparazione e assistenza del minore. Le informazioni possono essere fornite anche al responsabile di una struttura ospedaliera o di un presidio sanitario, ove ricorrono i presupposti della necessità e urgenza e vi sia un grave pericolo per la salute del minore.

5. L'adottato, raggiunta l'età di venticinque anni, può accedere a informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici. Può farlo anche raggiunta la maggiore età, se sussistono gravi e comprovati motivi attinenti alla sua salute psico-fisica. L'istanza deve essere presentata al tribunale per i minorenni del luogo di residenza.

6. Il tribunale per i minorenni procede all'audizione delle persone di cui ritenga opportuno l'ascolto; assume tutte le informazioni di carattere sociale e psicologico, al fine di valutare che l'accesso alle notizie di cui al comma 5 non comporti grave turbamento all'equilibrio psico-fisico del richiedente. Definita l'istruttoria, il tribunale per i minorenni autorizza con decreto l'accesso alle notizie richieste.

7. L'accesso alle informazioni non è consentito se l'adottato non sia stato riconosciuto alla nascita dalla madre naturale, e qualora anche uno solo dei genitori biologici abbia dichiarato di non volere essere nominato, o abbia manifestato il consenso all'adozione a condizione di rimanere anonimo.

8. Fatto salvo quanto previsto dai commi precedenti, l'autorizzazione non è richiesta per l'adottato maggiore di età quando i genitori adottivi sono deceduti o divenuti irreperibili».

creazione assistita. Il bambino adottato può voler conoscere coloro che gli hanno dato la vita, il suo vissuto, il perché dell'abbandono. Nel caso di procreazione assistita eterologa, il terzo donatore che offre i propri gameti non assume la veste di genitore neppure per un istante e il nato non ha altra storia che quella con i genitori che lo hanno desiderato (a meno che si voglia ridurre la filiazione ad un rapporto meramente genetico).

Al di là di questi rilievi non si può evitare di osservare come il divieto di fecondazione eterologa sia un divieto inefficace e soprattutto privo di buon senso.

Già anni fa rifletteva Stefano Rodotà sul come sia ipotizzabile il divieto di eterologa quando esistono in commercio i «kit fai da te» e puntualizzava Diana Vincenzi Amato, non senza una certa dose di ironia come «sarebbe molto più bello, e naturale, che le donne che vogliono un figlio ma non possono averlo dal proprio marito o partner (o che non hanno un partner) trovassero un qualche simpatico signore disposto a provvedere, invece di far ricorso alle banche del seme» in quanto «ove ricorressero al rapporto sessuale con un estraneo, lo stato non potrebbe in alcun modo intervenire». Tuttavia una volta «che si sia accettato, come si è accettato, che vi siano in luogo di uomini in carne ed ossa, banche del seme si deve anche accettare che qualsiasi donna, sia essa giovane o anziana, sana o handicappata, sposata o nubile, vi si possa rivolgere. Ci si potrà dispiacere che per generare scelga questa seconda via, così asettica in luogo di quella più vitale del sesso ma, ripeto, rientra nelle sue libertà»¹².

La legge è anche espressione di grande ipocrisia: non è prevista alcuna sanzione per i genitori nel caso in cui ricorrano alla fecondazione eterologa e il nato, considerato figlio legittimo o naturale riconosciuto, è tutelato dalla previsione dell'articolo 9 che impedisce, una volta che si sia dato il consenso all'utilizzo dei gameti di un terzo donatore, di agire per il disconoscimento di paternità¹³ e di impugnare il riconoscimento

¹² D. VINCENZI AMATO, *Libertà nella persona e intervento pubblico nella procreazione*, in *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, a cura di G. Ferrando, cit., p. 183.

¹³ Sono note le vicende in materia di rilevanza del consenso nella procreazione eterologa con seme di terzo donatore. In giurisprudenza vedi Trib. Roma, 30 aprile 1956, in *Foro it.*, 1956, I, c. 1212; in *Giur. it.*, 1957, I, 2, c. 217, con nota di A. TRABUCCHI, *Fecondazione artificiale e legittimità dei figli*; in *Giust. Civ.*, 1956, I, p. 1612, con nota di V. SGROI, *Riflessi della fecondazione artificiale sul rapporto di filiazione legittima*. La decisione negò la qualità di padre al marito nonostante egli avesse acconsentito all'inseminazione artificiale della moglie con seme di terzo donatore, con ciò accogliendo la ri-

di figlio naturale per difetto di veridicità. (Previsioni certamente condivisibili che tuttavia si pongono in modo non coerente con il divieto così assoluto che caratterizza la disciplina).

In realtà il legislatore è consapevole che tale proibizione non sarà rispettata. Il divieto di fecondazione eterologa determinerà invece a favore dei soggetti con disponibilità economiche una corsa verso quei Paesi dove ciò è permesso: il nato sarà a tutti gli effetti figlio di quei genitori che lo hanno desiderato, sia pur in violazione della legge del nostro Paese.

Conseguenza amara sarà quella di vedere negata la prospettiva di un figlio a quelle persone, uomini e donne, sterili che non hanno possibi-

chiesta di disconoscimento. Tale lontana interpretazione è stata confermata da Trib. Cremona, 17 febbraio 1994, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 1994, p. 541 s. La decisione è stata fortemente criticata in dottrina: G. FERRANDO, *Procreazione artificiale, consenso del marito e disconoscimento di paternità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, p. 545 s. e *Il «caso Cremona»: autonomia e responsabilità nella procreazione*, in *giur. it.*, 1994, I, II, 996 s.; M. DOGLIOTTI, *Inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: una sentenza da dimenticare*, in *Fam. e dir.*, 1994, 182; S. PICCININI, *Fecondazione artificiale eterologa e disconoscimento di paternità*, in *Giust. Civ.*, 1995, II, p. 543 s.; I. CORTI, *Procreazione artificiale, disconoscimento di paternità e interesse del minore*, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, p. 586; G. SCIANCALEPORA, *Il commento*, in *Il corr. giur.*, 1995, 633. A favore della posizione del giudice invece: G. PONZANELLI, *La «forza» e la «purezza» degli status: disconoscimento di paternità e inseminazione eterologa*, in *Fam. dir.*, 1994, p. 186 s.; M. GORGONI, *Fecondazione artificiale eterologa e rapporti parentali*, in *Giust. civ.*, 1994, p. 1691, la quale tuttavia non condivide la decisione relativa alla richiesta di risarcimento danni. La decisione trova ulteriore conferma in App. Brescia 14 giugno 1995, in *Dir. fam. e pers.*, 1996, p. 116 s.; in *Giur. it.*, 1997, I, 2, c. 48 con nota di G. CATTANI; in *Fam. dir.*, 1996, p. 34, con nota di M. DOGLIOTTI, *Ancora sull'inseminazione eterologa e sull'azione di disconoscimento*.

Cfr. tuttavia ordinanza Trib. Napoli, 14 marzo 1997, in *Fam. dir.*, 1997, p. 261, con nota di M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale è chiamata a giudicare sul consenso del marito all'inseminazione eterologa*. Il Tribunale chiamato a giudicare di un caso analogo ha sollevato questione di legittimità costituzionale tenuto conto che l'impugnazione da parte del padre legittimo del minore nato in seguito a inseminazione con seme di terzo donatore a cui lo stesso aveva acconsentito avrebbe condotto ad un sacrificio dei diritti del nato. La Corte cost. con sent. n. 348 del 1998, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3042, con nota di R. Romboli; in *Giur. it.*, 1999, I, 461, con note di L. BALESTRA, *Inseminazione eterologa e status del nato* e di F. UCCELLA, *Consenso revocato, dopo la nascita del figlio, all'inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: ciò che suggerisce la Corte costituzionale*; e ivi, p. 680 con nota di C. COSSU, *Direttive costituzionali e sistema della filiazione: inseminazione eterologa, consenso del marito e disconoscimento di paternità*, ribaltando l'interpretazione fino ad allora assunta dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 235, comma 1, n. 2 escludendo la fattispecie in oggetto dalla disciplina censurata.

lità economiche per affrontare viaggi e cure all'estero, o, ancor più grave, vederle indirizzate all'uso di «fonti non sicure» di gameti estranei.

3. Fecondazione omologa: i limiti

La legge non mostra una grande apertura neanche nei confronti della fecondazione omologa. I limiti e le difficoltà poste dal legislatore inducono le persone sterili a non avere figli oppure a recarsi, così come per la fecondazione eterologa, in altri Paesi.

La disciplina è estremamente limitativa e mostra aspetti di incostituzionalità.

L'accesso alle tecniche è consentito solo «alle coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi» (art. 5) e il ricorso a tale tecniche «è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o infertilità da causa accertata e certificata da atto medico» (art. 4.1).

Per il legislatore dunque il ricorso alle tecniche di procreazione assistita trova legittimità solo nell'ambito della tutela del diritto alla salute. Ciò comporta l'esclusione dall'utilizzo delle nuove tecnologie di coloro che non sono né sterili né infertili e pertanto, come si avrà modo di esaminare, di quei soggetti portatori di gravi malattie genetiche.

Riferendosi ai soli soggetti sterili o infertili il legislatore fa un'ulteriore scelta che è quella di limitare l'accesso alle tecniche alle coppie di sesso diverso proibendo il ricorso a coppie omosessuali, a donne di una certa età, a donne sole e proibendo anche la fecondazione post-mortem, legittimando in tal modo un unico modello familiare, quello relativo alla coppia eterosessuale.

Un'imposizione assurda, da cui si evince l'intenzione del legislatore interessato non tanto a tutelare i soggetti coinvolti nella procreazione attraverso regole giuridiche, quanto a definire e legittimare modelli di genitorialità e di filiazione.

Questa legge determina un passo indietro nel rispetto delle scelte più intime dei soggetti e della loro libertà, ponendosi in contrasto con quella pluralità di modelli familiari ormai consolidati all'interno della società e con quei principi e con quelle norme che in ossequio alla costituzione hanno legittimato tali rapporti.

La limitazione delle tecniche a favore delle sole coppie troverebbe ragione, secondo quell'orientamento recepito dal legislatore, nella tutela del diritto del minore alla doppia figura genitoriale, diritto fondamentale deducibile in particolar modo dall'art. 30 della Costituzione.

Tuttavia, seppur auspicabile, la presenza di entrambi i genitori non si configura nel nostro ordinamento come diritto fondamentale¹⁴. Ciò si evince dalla disciplina in materia di filiazione. Ad esempio il riconoscimento del figlio naturale può avvenire da parte di un solo genitore e seppur vero che il figlio può agire giudizialmente per la dichiarazione di maternità o paternità è altrettanto vero che, come insegna la Corte costituzionale, ciò è subordinato all'interesse concreto del minore; la disciplina del successivo riconoscimento da parte dell'altro genitore indica che il genitore che per primo ha riconosciuto il figlio possa opporsi e per quanto il secondo genitore possa adire il giudice, questo decide sulla base del solo interesse del minore e non già a favore della doppia figura genitoriale in quanto tale.

Anche le norme in materia di adozione, che esigono che la coppia sia sposata, ammettono l'adozione da parte del singolo in quei casi di adozione particolare.

Nella disciplina sulla procreazione assistita, invece, il diritto alla doppia figura genitoriale diviene limite all'esistenza stessa del soggetto, configurando «il diritto a non nascere» se non in presenza di due genitori e pertanto il diritto di un «non io» a non diventare io.

Il tema è dibattuto anche sotto altri profili ma tuttavia «l'idea di un diritto a non nascere è rifiutata, nel pensiero giuridico e nella giurisprudenza anche in caso di wrongful life; figuriamoci rispetto al destino di avere una madre sola»¹⁵.

Il diritto del nascituro alla doppia figura genitoriale viene invocato

¹⁴ In proposito la dottrina è profondamente divisa. Tra coloro che affermano l'esistenza di un diritto alla doppia figura genitoriale F. MANTOVANI, *La fecondazione assistita tra il «diritto alla prole» e il «diritto ai due genitori»*, in *Ind. pen.* 1990, p. 416 s.; M. CALOGERO, *op. cit.*, 1989, p.130 s.; R. ROMBOLI, *sub. Art. 5*, in *Commentario codice civile* Scialoja-Branca, Bologna-Roma 1988, 286

Tra coloro che lo negano V. LOJACONO, *Inseminazione artificiale (dir.civ.)*, in *Enc. Dir. XXI*, Milano 1971, 757; S. RODOTÀ, *Relazione alla proposta di legge n. 3800 del 1989, 3* e in *Diritti della persona, strumenti di controllo sociale e nuove tecnologie riproduttive*, in G. FERRANDO (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, cit., p. 138; P. ZATTI, *Interesse del minore e «doppia figura genitoriale»*, in *NGCC*, 1997, p. 86; M. DOGLIOTTI, *Commento a Trib. Palermo, 29 dicembre 1998*, in *Fam. dir.*, 1999, p. 56.

¹⁵ P. ZATTI, *Gli interventi dei giuristi sulla procreazione assistita* <http://www.deputatids.it/DOSSIER/Procreazione/FecondazioneAssistitaGiuristi.htm>.

anche per giustificare il divieto della procreazione post-mortem: afferma la legge che i soggetti componenti la coppia devono essere entrambi viventi.

La norma però non precisa cosa debba intendersi per fecondazione post-mortem e neppure gli eventuali limiti entro cui configurare tale divieto: si fa riferimento all'ipotesi in cui la morte è avvenuta prima dell'inizio dell'intero procedimento procreativo, quando ancora non si è formato l'embrione, o anche all'ipotesi in cui, formato l'embrione, il coniuge sia deceduto prima dell'impianto in utero?

In realtà non si comprende quale sia l'interesse tutelato da un divieto così illimitato: vietare la procreazione post-mortem anche nel caso in cui l'embrione si sia già formato non appare peraltro coerente con quella tutela dell'embrione che il legislatore stesso pone quale scopo principale della disciplina legislativa.

Il legislatore arriva dunque a contraddirsi imponendo la soppressione di quello stesso embrione di cui si erge paladino.

Siamo lontani dalle considerazioni svolte dal Tribunale di Palermo¹⁶,

¹⁶ Tribunale di Palermo, 8 gennaio 1999, in *Fam. dir.*, 1999, p. 52, con nota di M. DOGLIOTTI, *cit. e ibi*, p. 384, con nota di G. CASSANO, *Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nella inseminazione artificiale post mortem*; in *Dir. fam. e pers.*, 1999, p. 226, con nota di A. MIRANDA, *Tragic choice in Italy: brevi note in tema di esecuzione post mortem del contratto di procreazione medicalmente assistita* e di G. GIAIMO, *Brevi riflessioni su una gravidanza indotta per decisione del giudice*; in *Foro it.*, 1999, p. 1654, con nota di L. NIVARRA, *Fecondazione artificiale: un caso recente e un'opinione dissenziente (ma solo sul metodo)*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, p. 221, con nota di E. PALMERINI, *La sorte degli embrioni in vitro: in assenza di regole il ricorso ai principi* e con *Postilla* di F.D. BUSNELLI. Sul caso anche M. MORETTI, *Contratti di procreazione assistita e morte di uno dei contraenti*, in *I contratti*, 1999, 5, p. 529 s. Il caso è il seguente: due coniugi, con problemi di sterilità, si rivolgono ad un centro di medicina della riproduzione, e acconsentono alla fecondazione artificiale omologa in vitro. Una volta ottenuti gli embrioni, immediatamente crioconservati, si procede ad un primo impianto nell'utero della donna che però non riesce. Successivamente il marito muore e il centro si rifiuta di proseguire ad ulteriori impianti, stante il divieto posto dal codice deontologico dei medici di eseguire procreazione medicalmente assistita dopo la morte di uno dei partners. Contro il rifiuto del medico la vedova agisce richiedendo un provvedimento d'urgenza, ex art. 700 c.p.c., sulla base del proprio diritto ad ottenere l'impianto degli embrioni, che ordini al centro di medicina della riproduzione di procedere all'impianto degli embrioni nel proprio utero. Il ricorso, verificata l'esistenza del *periculum in mora* nel rischio di una diminuzione della possibilità di successo dell'operazione, del *funus boni iuris* in quanto i coniugi avevano conferito al centro di Medicina della riproduzione l'incarico di procedere alle pratiche di fecondazione, e rilevato che la mancata prosecuzione del trattamento avrebbe condotto alla distruzione degli embrioni, con lesione del diritto alla vita del concepito e di quello del genitore superstite

che con profonda sensibilità e un certo equilibrio aveva accolto la richiesta di impianto dell'embrione nel corpo della madre rimasta vedova, subito dopo il processo fecondativo.

Il giudice palermitano, pur non negando il diritto alla doppia figura genitoriale, aveva ritenuto che «il perseguimento delle finalità cui presiede l'art. 30 della Costituzione, ovverosia il benessere psicofisico dei figli salvaguardato attraverso il loro inserimento in una famiglia capace di offrire due modelli parentali distinti, trova limite nel diritto alla vita del nascituro e nel diritto alla integrità fisica e psichica della madre, anch'essi costituzionalmente protetti dagli art. 2 e 32, apparendo equilibrato evitare la produzione di un duplice danno certo (e cioè appunto quello che il nascituro e la madre subirebbero con certezza ove mai dovesse optarsi per la distruzione dell'embrione in caso di sopravvenuto decesso del padre) piuttosto che uno meramente eventuale (e cioè quello che subirebbe il nascituro inserendosi in un contesto familiare privo di un genitore) e fondato su rappresentazioni sociologiche ispirate ad un modello familiare che, sebbene astrattamente preferibile e del tutto radicato nella più diffusa morale, non costituisce di certo l'unico presente nel panorama della società italiana, ove solo si ponga mente alle innumerevoli famiglie monoparentali prodotte a seguito di separazioni».

La limitazione del ricorso alle tecniche alle sole coppie non è condivisibile anche sotto altro profilo. Il divieto di ricorrere alla procreazione assistita per una single induce infatti ad un'ulteriore considerazione qualora la donna sola sia sterile.

La legge, riconoscendo la legittimità dell'utilizzo delle tecniche procreative in relazione allo stato di infertilità o sterilità (considerate dal legislatore metodi terapeutici in quanto si può ricorrere ad esse solo qualora non vi siano «altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità»), opera nell'ambito del diritto alla salute.

Ma il diritto alla salute è un diritto fondamentale che l'ordinamento riconosce ad ogni persona indipendentemente da «appartenenze a determinate categorie giuridiche o sociali, come l'essere o no coniugato, vivere come singolo o in coppia, essere o no eterosessuale»¹⁷. Di conse-

a non vedere interrotto il processo vitale innescato, configurabile anche come diritto all'integrità psico-fisica è stato accolto e pertanto ordinato al Centro di Medicina della riproduzione «l'immediato adempimento della prestazione professionale mediante il transfer degli embrioni nell'utero della C».

¹⁷ F. PROSPERI, *La gestazione nell'interesse altrui tra diritto a procreare e indisponibilità dello status filiationis*, in C.A. GRAZIANI-I. CORTI, *Verso nuove forme di maternità?*, Milano 2002, p. 124.

guenza si ravvisa un profilo di incostituzionalità della norma, laddove viene impedito l'accesso ad alcuni «metodi terapeutici» sulla base delle condizioni personali dei soggetti coinvolti.

Non stupisce invece il divieto di utilizzo delle tecniche procreative per le coppie omosessuali sia in quanto esse non ricevono nel nostro Paese alcuna forma di riconoscimento sia perché in contrasto con quel modello familiare eterosessuale privilegiato e imposto dalla legge stessa.

In altri Paesi la mancanza di una specifica previsione per queste coppie è superabile attraverso la legittimità del ricorso alla fecondazione eterologa del single (non essendo rilevante la propria inclinazione sessuale).

Sono in realtà da condividere quelle osservazioni secondo cui non sembra ci siano valide ragioni per proibire la fecondazione assistita in base ad un diverso orientamento sessuale e per proibire una organizzazione familiare del genere¹⁸.

Il legislatore non accoglie gli inviti del Parlamento europeo che da tempo richiama gli Stati a intervenire affinché agli omosessuali siano riconosciuti quei diritti fondamentali ora negati ed eliminate tutte quelle discriminazioni perpetrate nei loro confronti. In proposito va ricordato che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea espressamente pone il divieto di discriminazione fondato sulla diversa tendenza sessuale.

4. *La tutela dell'embrione: verso una nuova soggettività?*

L'intenzione del legislatore di tutelare in modo prevalente l'embrione si delinea nella formulazione dell'art. 1 laddove si afferma che al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla stessa legge «che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito»¹⁹.

Traspare dalla norma la volontà di riconoscere all'embrione una piena

¹⁸ Lo sottolinea MARY WORNOCK, in *Fare bambini. Esiste un diritto a avere figli?*, Torino 2002, p. 55. L'A., presidente della commissione ministeriale inglese che ha prodotto il noto Report of the committee of inquiry into human fertilisation and Embryology (Wornock report) analizza con quell'equilibrio e quella saggezza che hanno caratterizzato il suo lavoro il desiderio di ogni soggetto di avere figli con attenzione alle persone omosessuali, non ravvisando alcuna ragione che possa porre limiti a questa loro aspirazione.

¹⁹ Sottolinea l'ineleganza della locuzione «compreso il concepito» P. RESCIGNO, *Una legge annunciata sulla procreazione assistita*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 981.

soggettività che non trova precedente riscontro nell'ordinamento: essa mette in discussione quel principio affermato dall'art. 1 del codice civile per il quale è con la nascita che il soggetto acquista la capacità giuridica e, dunque, il riconoscimento come soggetto di diritto di fronte all'ordinamento.

Il legislatore sembra voler andar oltre il significato proprio dell'art. 1 c.c., e cioè di quella norma che traduce sul piano civilistico quel principio di uguaglianza formale secondo il quale tutti gli uomini e le donne senza alcuna distinzione sono idonei ad essere titolari dalla nascita alla morte di diritti riconosciuti dall'ordinamento²⁰.

L'esclusione del riconoscimento di una piena soggettività al concepito trova ragione nel dato naturale e biologico: il figlio cresce nel corpo della madre e grazie alla madre arriva alla nascita, attraverso un processo di simbiosi che è unico, indiscutibile, esclusivo. Riconoscere a livello giuridico una soggettività all'essere umano che ancora non ha raggiunto vita autonoma significa porre sullo stesso piano giuridico madre e figlio non ancora nato. Con la conseguenza che il figlio, ancora nel corpo materno, potrà vantare diritti nei confronti della madre stessa attraverso una rappresentanza estranea a quel rapporto tanto particolare quanto intenso.

Da tempo dottrina attenta e sensibile ha richiamato l'attenzione sui possibili conflitti a cui può giungere il riconoscimento di una piena soggettività al concepito: si potrebbe impedire alla donna in stato di gravidanza un certo stile di vita perché ritenuto pericoloso per il bambino, oppure impedirle di praticare un determinato sport o di svolgere un certo tipo di lavoro ritenuto particolarmente faticoso, oppure addirittura vietarle o imporle un intervento chirurgico qualora ciò fosse necessario alla salute del minore.

Come traspare anche dagli atti dei lavori parlamentari lo scopo della norma ha finalità precise. Riconoscere la soggettività giuridica al concepito potrebbe porre in discussione la disciplina sull'interruzione di gravidanza passata peraltro, e non va dimenticato, al vaglio di un referendum popolare.

In realtà è proprio la legge sull'interruzione di gravidanza, che delinea un modo di tutela dell'embrione e del feto non necessariamente legata al riconoscimento di una piena soggettività.

Il riconoscimento dell'embrione come soggetto di diritto muove dalla

²⁰ Lo sottolinea G. FERRANDO, *Gli interventi dei giuristi sulla fecondazione assistita*: <http://www.deputatids.it/DOSSIER/Procreazione/FecondazioneAssistitaGiuristi.htm>. Sul tema vedi anche gli interventi di L. Nivarra, M. Fortino, P. Zatti. Cfr. nota n. 15.

considerazione che la vita umana inizi al momento della fecondazione dell'ovulo e dunque l'embrione sia già a tutti gli effetti persona umana. Tale affermazione non trova tuttavia unanime condivisione nel mondo scientifico²¹. La questione sull'inizio della vita umana è dibattuta e lo è da secoli. Si sono interrogati scienziati, teologi, filosofi. Anche le nuove

²¹ Testimoniano i dubbi del mondo scientifico due opposti documenti. Da un lato la Dichiarazione approvata da docenti universitari della facoltà di medicina di Roma a conclusione del Convegno «L'embrione come paziente» del 2 febbraio 2002 a sostegno delle proposte a favore del riconoscimento dell'embrione come soggetto di diritto in quanto esistono «concordanti evidenze che portano a considerare la vita umana come un continuo che ha nella fase embrionale e nell'invecchiamento l'inizio e la fine del suo percorso naturale». Dichiarazione sottoscritta dai professori Adriano Bompiani, Pierluigi Benedetti, E. Vinicio Cosmi, Bruno Dalla Piccola, Vito Fazio, Salvatore Mancuso, Massimo Moscarini, Emilio Piccione, Domenico Arduini.

Dall'altro Il Manifesto Embrioni e Ricerca» volto a smentire a livello scientifico l'equiparazione embrione-individuo del 4 marzo 2002 in cui si sottolinea come «l'individualità biologica del nuovo organismo, che risulta dal processo riproduttivo sessuato, non si forma istantaneamente all'atto della fecondazione, ma emerge piuttosto gradualmente nel corso del processo di sviluppo. In buona sostanza tutti i processi che formeranno l'individualità della persona umana cominciano solo dopo l'impianto della blastocisti nel corpo della madre. Gli aspetti che più fortemente caratterizzano e qualificano la persona umana, quali le facoltà cognitive e comunicative, non sono determinati soltanto dal genoma, ma conseguono ad una continua interazione genoma-ambiente, con forti interventi della casualità per quanto riguarda il risultato finale. Pensare che quest'ultimo, cioè la persona, dipenda unicamente dal genoma significherebbe abbracciare una sorta di determinismo biologico che non è sostenuto dalle conoscenze disponibili e si presta ad interpretazioni culturalmente socialmente fuorvianti.

È vero che, in prima approssimazione il genoma rimane identico dalla blastocisti all'individuo adulto. Da ciò consegue affatto, però, che la dignità di un ovocita fecondato o di una blastocisti sia pari a quella di una «persona umana». Noi diciamo umilmente che non sappiamo quando inizi la persona, ma siamo convinti che essa non abbia inizio al concepimento. La continuità del genoma dall'ovocita fecondato all'adulto non implica che, per una sorta di irradiazione retroattiva, tale dignità dell'individuo adulto riverberi all'ovocita fecondato di origine. Noi chiediamo che, pur nella diversità di vedute e di convinzioni etiche e religiose, si arrivi comunque anche nel nostro Paese ad una regolamentazione legislativa sulla procreazione assistita che consenta ai ricercatori italiani di partecipare, nel rispetto più rigoroso dell'etica e della legge all'impegno internazionale per cogliere le grandi opportunità applicative comprese nuove cure per gravi malattie, che gli studi in questo campo lasciano intravedere».

Firmatari del manifesto i professori Giovanni Azzone, Marcelo Barbieri, Gian Maria Bressan, Paolo Carinci, Giulio Cosu, Carlo Flamigni; Antonio Forabosco, Rita Levi Montalcini, Lucio Luzzatto, Mario Molinaro, Pietro Motta, Carlo Redi, Gregorio Siracusa, Mario Stefanini, Umberto Veronesi, Dino Volpin.

I due documenti sono stati illustrati anche nel dibattito parlamentare. In proposito vedi la relazione di minoranza sen. Del Pennino.

conoscenze scientifiche e le nuove tecnologie non hanno eliminato le divergenze, sostenute da convinzioni etiche, religiose, ideologiche.

Nonostante ciò il legislatore con una superficialità assoluta stabilisce la coincidenza tra concepito e persona riconoscendogli una eguale soggettività giuridica.

Diversamente tuttavia, altra interpretazione ritiene che non debba preoccupare la formulazione della norma in oggetto in quanto essa «non aggiunge altro a quanto lo stato dell'arte circa lo statuto dell'embrione e del feto non dica già»: riconoscere diritti al concepito, come attualmente avviene, non significa riconoscere al non nato la capacità giuridica generale²².

Comunque sulla base dell'assunto iniziale il legislatore dedica una serie di articoli a quelle che definisce «misure di tutela dell'embrione» e che si caratterizzano per la quantità di divieti espressi in materia di sperimentazione sugli **embrioni umani** e di limiti alla applicazione delle tecniche stesse. Divieti e limiti che ancora una volta evidenziano quella scelta ideologica che permea l'intero testo legislativo.

In modo categorico l'articolo 13 afferma al primo comma il divieto di qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano ammettendo, tuttavia, al secondo comma, una ricerca clinica e sperimentale «a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative.

È inoltre vietata dal comma 3, lett.a) dello stesso articolo «la produzione di embrioni umani a fini di ricerca e di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla presente legge».

Tale divieto non è nuovo. Esso era già stato introdotto nel nostro Paese con la ratifica della Convenzione di Oviedo che all'art. 18 vieta «la costituzione di embrioni umani a fini di ricerca».

Se questa proibizione sembra condivisa da molti sulla base di considerazioni etiche, perplessità si pongono relativamente al divieto di sperimentazione nei confronti di quegli embrioni già formati, conservati e destinati a morte certa. Essi infatti non saranno utilizzati a fini procreativi per una serie di ragioni: perché in tal senso si è pronunciata la coppia, perché, stante la nuova legge, non possono essere donati, perché per ragioni scientifiche la loro conservazione non risulta prorogabile oltre un certo tempo²³.

²² P. ZATTI, *Gli interventi dei giuristi sulla procreazione assistita*, cit., nota n. 15.

²³ Illustra ampiamente l'argomento R. VILLANI, *La procreazione assistita, La nuova legge 19 febbraio 2004*, n. 40, Torino 2004, p. 194 s.

In proposito l'art. 17 stabilisce che entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della legge il Ministro della salute definisca le modalità e i termini di conservazione degli embrioni esistenti.

Tali embrioni, destinati ad andare perduti, non possono dunque essere utilizzati a fini di ricerca scientifica, di quella ricerca che forse potrebbe offrire nuove speranze per la cura di gravi malattie. In particolare diviene proibita la ricerca sulle cellule staminali embrionali e ciò nonostante il Parlamento europeo si sia espresso in modo favorevole e la quasi totalità degli stati europei sostenga tali studi.

Il divieto di ricerca così categorico non trova giustificazioni: nel caso di embrioni già formati e crioconservati la libertà di ricerca, costituzionalmente riconosciuta, non viene sacrificata per garantire il diritto alla vita del concepito ma per impedire la stessa ricerca su un'entità che, non potendo essere impiantata, non potrà mai tradursi in una nuova vita²⁴.

Nel tutelare in modo assoluto l'embrione, il legislatore attua una scelta ideologica che esclude il necessario bilanciamento tra dignità dell'embrione, diritto alla salute (art. 32 cost.), solidarietà verso chi soffre (art. 2 cost.), libertà della scienza (art. 33 cost.)²⁵.

La medesima finalità motiva il divieto di crioconservazione e di soppressione di embrioni definito nell'art. 14, e la proibizione di «creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre» stabilita nel secondo comma dello stesso articolo.

Questa ultima disposizione non tiene conto di quelle conoscenze medico-scientifiche utili alla realizzazione del progetto procreativo.

Stabilire che non possono essere fecondati più di tre ovociti per ogni ciclo e che gli embrioni formati debbano essere contestualmente introdotti nel corpo della donna ha come conseguenza una diminuzione delle percentuali di successo della tecnica stessa.

La norma pone seri limiti all'attività medica: quella scelta di operare in modo peculiare alle condizioni fisiche della donna, alla sua età deve ora misurarsi con il divieto di congelare gli embrioni e con quel numero massimo stabilito per legge.

La possibilità di evitare gravidanze multiple dovrà valutarsi in rela-

Sul punto vedi le riflessioni critiche di F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 1994, n. 40*, Milano 2004, p. 111 s.

²⁴ La puntualizza il sen. Del Pennino nella Relazione di minoranza.

²⁵ G. FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 813.

zione alla necessità di sottoporsi a ripetuti cicli terapeutici laddove i tentativi iniziali non vadano a buon fine. Tenuto conto che le percentuali di successo del primo tentativo non sono elevate, le donne dovranno ripetere il percorso sottoponendosi a nuove stimolazioni ovariche e a prelievi di ovociti, con conseguenze e rischi per la loro salute²⁶.

La tutela dell'embrione si realizza dunque a scapito della tutela della salute della donna impedendo a lei e al medico di scegliere la soluzione che nel caso specifico possa essere la migliore quanto alle probabilità di successo e al contempo la meno grave quanto ai rischi dell'intervento²⁷.

La tutela dell'embrione è peraltro causa di un ulteriore divieto.

Il limite della sterilità o dell'infertilità impedisce, come già sottolineato, l'utilizzo delle tecniche procreative alle coppie portatrici di malattie genetiche in quanto tali.

Esperti invitati alle audizioni presso la commissione Igiene e sanità hanno confermato come esistano gravi malattie, quali la fibrosi cistica, la talassemia, la malattia di Duchenne caratterizzate da un alto grado di probabilità di essere trasmesse dai genitori portatori sani al concepito.

Secondo la legge, le coppie portatrici di malattie genetiche non possono ricorrere alla procreazione assistita a meno che siano sterili.

Anche in tal caso, tuttavia, la possibilità di avere figli sembra ostacolata dal divieto di effettuare diagnosi pre-impianto per la selezione degli embrioni non malati. Può non condividersi ma il desiderio di avere figli sani è sul piano umano comprensibile: non è forse questo il motivo che spinge la quasi totalità delle donne a sottoporsi a innumerevoli ecografie e un numero sempre più crescente ad amniocentesi?

²⁶ Tali rilievi erano stati sollevati durante i lavori parlamentari dagli esperti ascoltati. La prof. F. Shenfield, docente di ostetricia e ginecologia presso l'University College of London, **membro dell'Autorità britannica in riproduzione umana e embriologia** ha dichiarato «limitare il numero di embrioni da creare per ciclo a tre, e non permettere la crioconservazione di embrioni o zigoti, porta a tre conseguenze importanti: una riduzione della possibilità di gravidanza per le pazienti, un pericolo per la salute dei futuri bambini e una riduzione della efficacia della diagnosi pre-impianto». Inoltre «i rischi connessi alle gravidanze multiple sono ben noti (aborto e disabilità dei nati prematuri). In Europa esiste una volontà comune di ridurre questa complicanza iatrogena, riducendo il numero massimo di embrioni trasferiti. In Italia sarebbe impossibile farlo se i tre embrioni che si possono creare al 'massimo' ad ogni ciclo devono essere tutti trasferiti. La pratica ottimale è inseminare tutti gli ovociti, trasferire un massimo di due embrioni tra quelli che ogni coppia è in grado di generare e crioconservare gli altri, qualora se ne sviluppino più di due. È inoltre meno stressante e costoso per la paziente eseguire un trasferimento di embrioni crioconservati che non iniziare una nuova stimolazione».

²⁷ G. FERRANDO, *op. cit.*, p. 812.

In proposito il testo legislativo è confuso e denota una certa ambiguità. L'interpretazione non è univoca.

L'art. 13, comma 3, lett.b) vieta ogni forma di selezione dell'embrione a scopo eugenetico.

L'art. 6 in materia di consenso, sulla cui disciplina si tornerà in modo più approfondito, stabilisce al comma 3, che ciascuno dei soggetti può revocare la propria volontà fino al momento della fecondazione dell'ovulo e dunque una volta formatosi l'embrione sembrerebbe non potersi più rifiutare l'impianto.

L'art. 14 prevede al primo comma il divieto di crioconservazione e soppressione degli embrioni, «fermo restando quanto stabilito dalla legge 2 maggio 1978, n. 194», e al secondo comma l'obbligo di impiantare tutti gli embrioni formati nel corpo della donna.

Secondo una prima interpretazione la lettura delle norme ora richiamate conduce a ritenere illecita la selezione di embrioni malati.

Il testo, tuttavia si presta anche ad una diversa interpretazione che appare più coerente con il sistema.

La legge stabilisce al quinto comma dell'art. 14 che i soggetti siano informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti.

Considerato che nessuno, alla luce degli art. 32, 13, 2 della costituzione, può essere costretto ad un trattamento sanitario coercitivo, il rifiuto della coppia, in particolare della donna, di proseguire nel procedimento e quindi di sottoporsi a impianto degli embrioni malati deve considerarsi legittimo, e privo di alcuna conseguenza.

Del resto sarebbe illogico obbligare la donna ad una gravidanza e al contempo permetterle di interromperla sulla base delle stesse motivazioni.

In tal senso parte della dottrina ha interpretato il richiamo esplicito dell'art. 14 alla legge 194 sull'interruzione di gravidanza: sussistendo ancor prima dell'impianto i presupposti per cui l'interruzione volontaria di gravidanza è permessa (e cioè oltre che per «evitare un grave pericolo per la vita della donna» anche «quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinano un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna») la donna può rifiutare quegli embrioni che poco dopo sarebbero abortiti²⁸.

²⁸ Sul punto vedi F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita*, Milano

Per le coppie portatrici di malattie ereditarie se sterili o infertili può dunque ravvisarsi la possibilità di decidere se impiantare o no gli embrioni malati perlomeno quando ciò determini un grave pericolo per la salute psico-fisica della donna.

Possibilità invece negata alle coppie portatrici di malattie ereditarie che non abbiano problemi di sterilità essendo, in tal caso, proibito il ricorso alle tecniche procreative. In proposito si è rilevato un contrasto della norma proibitiva con gli articoli 3 e 32 della costituzione in quanto viene impedito, sulla base di una condizione personale, lo stato di infertilità, l'accesso ad un trattamento sanitario²⁹.

Allo stato attuale queste coppie possono scegliere di non procreare figli malati attraverso il ricorso all'aborto terapeutico: scelta tragica, difficile che avviene in seguito a diagnosi prenatali quali la villocentesi, eseguita dopo la decima settimana di gestazione e l'amniocentesi, dopo la sedicesima settimana.

Scelta legittima, regolamentata dalla legge sull'interruzione di gravidanza, ma più dolorosa sia sul piano fisico che su quello psichico, coinvolgendo non già un embrione ma un feto.

La diagnosi pre-impianto, possibile grazie alla fecondazione in vitro, ha evitato fino ad oggi l'intervento abortivo che ora diviene, invece, l'unica strada percorribile. Se sul piano umano tutto ciò è inconcepibile, sul piano giuridico indubbia è la violazione del principio di ragionevolezza.

Tale assurdità è espressione di quella volontà avversa e punitiva del legislatore, la cui intenzione non è quella di disciplinare la procreazione assistita ma quella di offrire una tutela assoluta all'embrione, arrivando al paradosso di considerarlo giuridicamente più rilevante del feto, arrogandosi al contempo valutazioni che sarebbe stato meglio lasciare alla sfera più intima e privata dei singoli.

5. Il consenso informato

La forte avversione alle tecniche procreative si evidenzia anche nelle

2004, p. 100; M. DOGLIOTTI, *La legge sulla procreazione assistita: problemi vecchi e nuovi*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 119.

La norma si presta tuttavia ad altra interpretazione: riconoscere anche a chi abbia usufruito delle tecniche procreative la possibilità di interrompere la gravidanza secondo quanto stabilito dalla legge 194.

²⁹ Così relazione di minoranza sen. Del Pennino.

norme che disciplinano il consenso informato. Il richiamo del legislatore alla necessità del consenso relativamente alle tecniche procreative, agli effetti delle stesse, ai possibili successi o insuccessi, seppur condivisibile, appare superfluo in considerazione di quel principio ormai acquisito che prevede per ogni intervento medico il consenso del paziente.

Il consenso al trattamento trova infatti fondamento in un alcune norme fondamentali della carta costituzionale: quelle disposte dall'art. 13 sulla libertà personale e quella dell'art. 32 che tutela il diritto alla salute e dispone che nessuno possa essere obbligato ad un trattamento sanitario se non per disposizione di legge.

La Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina del 1997 rafforza e delinea con maggiore chiarezza tale principio affermando che nessun intervento di tipo sanitario possa essere compiuto senza il consenso libero e consapevole del paziente.

La necessità del consenso informato è del resto prevista dal codice deontologico che all'art. 30 espressamente delinea il tipo di informazioni che il medico deve offrire al paziente al fine realizzare quella piena e necessaria consapevolezza.

Pur tuttavia la nuova disciplina sulla procreazione assistita non si limita a richiamare la necessità del consenso al trattamento sanitario ma attribuisce al medico il compito di informare il paziente relativamente a questioni che nulla hanno a vedere con l'attività medica, delegandogli poteri e doveri non inerenti al proprio ruolo.

Il medico deve infatti informare, secondo l'art. 6, comma.1, i soggetti non solo delle questioni mediche ma dei problemi bioetici nonché delle conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro.

Riguardo a questo secondo aspetto il successivo comma 5 stabilisce che «ai richiedenti, al momento di accedere alle tecniche di procreazione assistita, devono essere esplicitate con chiarezza e mediante sottoscrizione le conseguenze giuridiche di cui all'art. 8 e all'art. 9 della presente legge» e cioè le disposizioni relative allo stato giuridico del nato e quelle relative al divieto di disconoscimento.

Ci si potrebbe chiedere se il medico sia competente ad illustrare tali questioni e comunque perché mai dovrebbe interessarsi a tali aspetti, considerato che nel caso di procreazione «naturale» tutto questo non gli viene richiesto, presumendo forse che, in tal caso, i cittadini sappiano o debbano sapere delle conseguenze giuridiche relative ad ogni nascita.

Sicuramente assurdo è il tentativo del legislatore di far rientrare questi elementi informativi nell'ambito della disciplina del consenso che non può che avere ad oggetto informazioni medico-sanitarie. Una cosa è pre-

stare il proprio consenso al trattamento necessario alla realizzazione delle tecniche procreative e cioè ad un intervento medico-chirurgico sul proprio corpo, altro è avere conoscenza delle conseguenze giuridiche relative alla nascita da procreazione assistita. Perplexità maggiori suscita l'aspetto relativo ai problemi bioetici che il medico deve illustrare alla coppia interessata. Anche qui siamo al di fuori del contenuto specifico del consenso informato relativo ai trattamenti medico-sanitari.

Certamente il centro potrebbe offrire consulenze sui diversi aspetti e sulle possibili conseguenze che queste tecnologie comportano ma forse questo compito dovrebbe essere assunto da altre professionalità.

Le medesime considerazioni possono svolgersi riguardo all'ulteriore compito attribuito al medico e cioè quello di prospettare alla coppia la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento come alternativa alla procreazione medicalmente assistita.

Ancora una volta il legislatore mostra una totale avversione nei confronti della **procreazione assistita, arrivando ad equiparare** situazioni emotivamente, **psicologicamente e sostanzialmente diverse.**

In particolare il legislatore sembra ignorare la normativa in materia di adozioni e di affidamento: istituti volti a realizzare il diritto fondamentale del minore a una famiglia e non il diritto di un adulto ad avere un figlio.

Non bisogna poi dimenticare che l'adozione presenta difficoltà peculiari e richiede capacità genitoriali in grado di affrontare quelle esperienze spesso problematiche dei bambini abbandonati, con il loro precedente vissuto e la loro diversa origine. Pur tuttavia le due situazioni vengono spesso equiparate³⁰.

Invitare la coppia che ha già scelto la via della procreazione assistita all'adozione assume il tono di un rimprovero verso quella scelta «egoistica» di avere un figlio geneticamente proprio mentre esistono bambini costretti a vivere in istituti che attendono solo di essere amati.

Se questa realtà è innegabile ci si chiede perché debbano essere richiamati al senso di responsabilità solo coloro che hanno difficoltà a generare figli propri. Perché non invitare tutti all'adozione o perlomeno quelle coppie e quelle persone che, per esempio, scelgono di avere un secondo o un terzo figlio e pertanto hanno già realizzato quel desiderio di maternità e di paternità naturale?

³⁰ In tal senso la Relazione illustrativa alla seconda proposta della commissione ministeriale in tema di «Fecondazione umana e trattamento degli embrioni» presieduta da F. Santosuoso, pubblicata in G.L., 1986, 33.

Tutto ciò è ovviamente paradossale. Considerare egoistico il desiderio di avere un figlio solo perché si rende necessario l'utilizzo delle tecniche procreative è privo di alcun senso. Tale desiderio appartiene alla sfera più intima del soggetto e proprio per questo sfugge a qualsiasi giudizio³¹.

Del resto studi psicologici hanno sottolineato come desiderare un figlio proprio, voler preservare un legame di consanguineità non sia un capriccio ma un bisogno che va rispettato perché esprime esigenze profondamente umane³².

6. *L'obiezione di coscienza*

Assolutamente ingiustificabile sembra la norma sull'obiezione di coscienza. L'art. 16 comma 1, consente al medico di astenersi dalla partecipazione alla attività relativa alle tecniche di procreazione assistita quando abbia preventivamente sollevato obiezione di coscienza.

La norma riproduce incomprensibilmente la regola espressa dalla legge sull'interruzione di gravidanza pur non esistendo alcuna similitudine tra le due esperienze: diversamente da quanto disciplinato nella legge 194, nel caso in discussione non si tratta di interrompere una gravidanza ma di collaborare alla nascita di una nuova vita.

Considerato inoltre che le nuove regole legittimano solo la fecondazione omologa è ancor più incomprensibile la scelta del legislatore che trova giustificazione solo alla luce di quell'atteggiamento fortemente ideologico che, come si è avuto modo di osservare, caratterizza l'intera disciplina.

7. *Conclusioni*

Il Parlamento ha approvato, dopo un iter lungo e tormentato, una legge criticabile dal punto di vista giuridico e soprattutto inidonea a risolvere questioni tanto delicate quanto difficili.

Il legislatore, arrogandosi il potere di intervenire nelle scelte più intime delle persone, ha limitato quelle libertà fondamentali che trovano nel diritto stesso il loro fondamento.

³¹ Sul punto vedi S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, cit., p. 224.

³² S. VEGETTI FINZI, *Volere un figlio*, Milano 1997, p. 130.

La legge ha regolamentato, con una serie di limiti e divieti, molti degli aspetti relativi alla procreazione, una realtà troppo particolare che sfugge a qualsiasi prescrizione. I desideri, gli affetti, gli amori non appartengono al diritto e alle sue regole.

Proprio per questo sarebbe stato più equilibrato tentare la via di un diritto leggero, che disciplinasse solo gli aspetti relativi alla tutela dei soggetti coinvolti e dei loro diritti, che risultasse così tollerante dei valori fondamentali e rispettoso delle diverse opinioni egualmente degne di considerazione.

Con questa legge infine, il legislatore, rischia di danneggiare proprio quei bambini nati con l'aiuto delle tecniche che tanto voleva tutelare. «Cancellati» dalle nuove regole metteranno in discussione la loro stessa esistenza domandandosi perché una legge dello stato ponga limiti a nascite come la loro e alla loro stessa vita.