

È GIUSTO CHE LE DONNE ABBIANO L'ULTIMA PAROLA SUGLI EMBRIONI IN VITRO?

MAURIZIO BALISTRERI

Università di Torino, Dipartimento di Filosofia e Scienze dell'Educazione
maurizio.balistreri@unito.it

ABSTRACT

After embryo production, the couple could be separated or the partner could have changed his mind on the use of excessive embryos or lost the desire to transfer them. This makes no legal difference, a man has the right to deny his consent to reproduction up to the moment of fertilisation: straight after fertilisation, the man loses all rights on embryo reproduction to the woman. The 40/2004 law on assisted reproduction gives the woman this right regardless of whether her partner gave his genetic material for fertilisation, whether the frozen embryo was produced with the gametes of a donor or with that of her partner: in both cases, the woman has the right to decide alone and, if so, even against her partner's wish to try and have a child from the embryo. We will examine whether it is right to give the woman exclusive embryo rights. Our conclusion will be that there are no truly convincing reasons to leave to the woman alone the right to decide on in vitro produced embryos, in that the birth of an unwanted child can cause damage to the health of women as well as men. We are though aware of the importance that in vitro and possibly cryoconserved embryos may have for one who years before launched an assisted reproduction path. For this reason, we think that the law should recall that even significant changes occurring recently in the field of reproduction and foresee the man's possibility of agreeing to his partner's possible request to for embryo transfer, without being obliged to recognise the son and cover maintenance fees.

KEYWORDS

Embryos; Assisted Reproduction; Abortion; Bioethics; Rights.

1. INTRODUZIONE

Nell'ambito che riguarda la riproduzione, la natura non assicura sempre agli uomini e alle donne le stesse opportunità: ad esempio, le donne, almeno quando sono in età fertile e non soffrono di particolari problemi, possono avere un bambino come e quando più lo desiderano; gli uomini, invece, anche se giovani e in buona salute, possono avere un figlio soltanto con l'aiuto di una donna disposta a portare avanti la gravidanza e a partorire. In prospettiva, con lo sviluppo dell'utero artificiale (ectogenesi) le cose potrebbero cambiare radicalmente, in quanto a quel punto gli uomini avrebbero le stesse opportunità riproduttive delle

donne.¹ Tuttavia, almeno per il momento, la nascita delle generazioni future dipende interamente dalla disponibilità delle donne perché se le donne non volessero più rimanere incinta e portare avanti una gravidanza, ci estingueremmo. È vero, poi, che oggi sia gli uomini che le donne hanno bisogno dell'altro sesso per riprodursi: domani però le donne potrebbero riprodursi anche da sole, per clonazione, trasferendo cioè il DNA nucleare di una cellula somatica in un ovocita precedentemente denucleato², oppure soltanto da un ovocita, per partenogenesi. A questo punto, sarebbe sufficiente trasferire l'embrione clonato o il partenota³ nell'utero di una donna, come avviene negli interventi di riproduzione assistita, e dopo nove mesi potrebbe nascere un bambino. È stato sostenuto che la clonazione è incompatibile con i principi di un ordinamento liberale, in quanto violerebbe il diritto fondamentale ad avere un patrimonio genetico non manipolato e condannerebbe la persona che viene al mondo a vivere una vita che altri hanno già vissuto. Altri, invece, ritengono che la persona clonata possa vivere una situazione di estrema confusione, in quanto avrebbe per genitore il proprio gemello, che sarebbe identico a lui fisicamente.⁴ In futuro, comunque, il nostro atteggiamento nei confronti della clonazione riproduttiva potrebbe cambiare e potremmo considerare normale avere un figlio con questa tecnica.⁵

Nel campo della riproduzione, tuttavia, gli uomini non sono sempre svantaggiati rispetto alle donne. Oggi, ad esempio, le donne possono scegliere di avere un bambino con l'aiuto di un'altra persona (cioè, con una maternità surrogata ovvero con una gestazione per altri) o, in alternativa, possono ricorrere all'adozione. A prescindere, però, da come avvenga il concepimento, sono le donne che devono affrontare la gravidanza e il parto. La gravidanza 'maschile' assicurerebbe una condizione di maggiore uguaglianza tra uomini e

¹ E. KENDAL, *Equal Opportunity and the Case for State Sponsored Ectogenesis*, London 2015; C. LIMON, *From Surrogacy to Ectogenesis: Reproductive Justice and Equal Opportunity in Neoliberal Times*, in *Australian Feminist Studies*, 31, 88, 2019, pp. 203-219.

² S. SEGERS, G. PENNING, W. DONDORP, G. DE WERT, H. MERTES, *In Vitro Gametogenesis and Reproductive Cloning: Can We Allow One While Banning the Other?*, in *Bioethics*, 33, 2019, pp. 68-75; S. ZULLO, *Le tecnologie riproduttive del futuro tra libertà e responsabilità*, in *Ethics & Politics*, XVIII, 3, 2016, pp. 591-600; F. J. AYALA, *Cloning Humans? Biological, Ethical, and Social Considerations*, in *PNAS*, 112, 29, 2015, pp. 8879-8886.

³ J. TUDELA, *Parthenogenesis - A New Possibility for Regenerative Medicine and a New Bioethical Dilemma*, in *Bioethics News*, 25 maggio 2015, <https://bioethics.georgetown.edu/2015/05/parthenogenesis-a-new-possibility-for-regenerative-medicine-and-a-new-bioethical-dilemma/>; A. BOS-MIKICH, F. F. BRESSAN, R. R. RUGGERI, Y. WATANABE, F. V. MEIRELLES, *Parthenogenesis and Human Assisted Reproduction*, in *Stem Cells International*, 2016 <http://dx.doi.org/10.1155/2016/1970843>

⁴ M. HÄYRY, *Ethics and Cloning*, in *British Medical Bulletin*, 128, 2018, pp. 15-21.

⁵ K. L. MACINTOSH, *Human Cloning: Four Fallacies and Their Legal Consequences*, Cambridge University Press, 2015.

donne⁶, ma, almeno per ora, l'“uomo incinta” è soltanto una fantasia che troviamo raccontata nei film e nei romanzi di fantascienza. Forse nel prossimo futuro anche le donne non dovranno più preoccuparsi della gravidanza e del parto. Ci sono donne che ritengono che la gravidanza e il parto siano un'esperienza meravigliosa ed irrinunciabile, altre donne, invece, se potessero, farebbero volentieri a meno della gravidanza perché non vogliono passare mesi con nausea, insonnia e altri problemi o perché non vogliono cambiare il loro stile di vita.⁷ Tuttavia, non sappiamo ancora se l'utero artificiale domani diventerà una tecnologia veramente disponibile. A questo si aggiunga che, dopo la menopausa, le donne possono avere un figlio biologico solamente se hanno congelato i loro ovociti o i loro embrioni, mentre gli uomini possono averlo vita natural durante. La possibilità di conservare tessuto ovarico offre sicuramente alle donne nuove opportunità riproduttive⁸, ma, raggiunta una certa età, per una donna diventa molto difficile avere un figlio con il proprio genoma. Se domani fosse possibile produrre gameti in vitro o artificiali dalle cellule somatiche, le cose cambierebbero, in quanto a quel punto anche le donne potrebbero avere un figlio biologico, in qualsiasi momento. È possibile che, a partire da una certa età, alcune cellule somatiche presentino difetti genetici e non possano essere più trasformate in cellule staminali pluripotenti indotte e successivamente in spermatozoi e/o cellule uovo. Tuttavia, in linea di principio c'è sempre la possibilità di intervenire sulle nostre cellule e modificarle: gli interventi di genome editing non sono ancora considerati sicuri ma in futuro le cose potrebbero cambiare.⁹ Per il momento, però, la ricerca sui gameti in vitro ha avuto successo soltanto a livello di sperimentazione animale e soltanto in rarissimi casi dai gameti prodotti dagli animali sono stati ottenuti embrioni.¹⁰

⁶ R. SPARROW, *Is it “Every Man’s Right to Have Babies If He Wants Them”? Male Pregnancy and the Limits of Reproductive Liberty*, in *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 18, 3, 2008, pp. 275-99.

⁷ A quel punto, però, si porrebbe la questione se le donne hanno il diritto di chiedere la distruzione degli embrioni in vitro che hanno iniziato a svilupparsi in un utero artificiale: B. P. BLACKSHAW, D. RODGER, *Ectogenesis and the Case Against the Right to the Death of the Foetus*, in *Bioethics*, 33, 2019, pp. 76-81; J. RÄSÄNEN, *Ectogenesis, Abortion and a Right to the Death of the Fetus*, in *Bioethics*, 31, 2017, pp. 697-702; C. OVERALL, *Rethinking Abortion, Ectogenesis, and Fetal Death*, in *Journal of Social Philosophy*, 46, 1, 2015, pp. 126-140.

⁸ E. J. FORMAN, *Ovarian Tissue Cryopreservation: Still Experimental?*, in *Fertility and Sterility*, 109, 3, marzo 2018, pp. 443-444.

⁹ C. GYNGELL, T. DOUGLAS, & J. SAVULESCU, *The Ethics of Germline Gene Editing*, in *Journal of Applied Philosophy*, 34, 2016, pp. 498-513. doi:10.1111/japp.12249

¹⁰ A. L. BREDENOORD, I. HYUN, *Ethics of Stem Cell-Derived Gametes Made in a Dish: Fertility for Everyone?*, in *EMBO Molecular Medicine*, 9, 4, 2017, pp. 396-398; S. SEGERS, H. MERTES, G. PENNING, G. DE WERT, W. DONDORP, *Using Stem Cell-Derived Gametes for Same-Sex Reproduction: an Alternative Scenario*, in *JME*, 2017 Oct;43(10), pp. 688-691.

A volte, comunque, non è la biologia a produrre le disuguaglianze nell'ambito della riproduzione: le differenze vengono prodotte dalla società¹¹, prevedendo ad esempio un accesso diverso alla riproduzione assistita oppure riconoscendo alle donne ed agli uomini coinvolti nell'intervento prerogative diverse sui loro embrioni.¹² Si può discutere sulla correttezza morale della legge 40/2004 nella parte in cui non permette l'accesso alle tecniche di riproduzione medicalmente assistita alle donne che hanno superato l'età della menopausa. C'è, poi, un'ampia letteratura sulla legittimità morale e giuridica di permettere il ricorso alla fecondazione assistita solamente alle coppie formate da un uomo e da una donna sposate oppure conviventi.¹³ Non è stata, invece, ancora avviata alcuna riflessione sul fatto che l'ordinamento italiano attribuisca di fatto interamente alla donna la decisione se lasciare trasferire nel proprio utero oppure no gli embrioni prodotti in vitro. In linea di principio dopo la fecondazione il divieto di revoca del consenso varrebbe per entrambi i partner, in quanto essa, come ricorda la Corte di Cassazione, non sarebbe compatibile con la tutela costituzionale degli embrioni, più volte affermata dalla Consulta (tra le altre Corte Costit. 151/2009¹⁴ e 229/2015¹⁵): «La volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura (...). La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo». ¹⁶ Tuttavia, una donna non può mai essere costretta al trasferimento degli embrioni prodotti in vitro; dopo la fecondazione dell'ovocita, invece, il consenso dell'uomo al loro trasferimento non è più necessario.¹⁷

Nel corso delle prossime pagine cercheremo di capire se ci sono ragioni veramente accettabili per prevedere a livello normativo per le donne e gli uomini diritti diversi sugli embrioni in vitro da loro stessi prodotti. L'ipotesi da cui partiremo è che le scelte riguardanti gli embrioni in vitro e prodotti dalla copia debbano essere lasciate alle donne perché qualsiasi cosa si decida di fare è in

¹¹ S. D. HALES, *Abortion and Father's Rights*, in J. M. HUMBER, R.F. Almeder, *Biomedical Ethics Reviews*, Clifton NJ 1996, pp. 5-26, in particolare pp. 9-10.

¹² F. GALLO, M. PERDUCA, *Proibisco ergo sum*, Roma 2017.

¹³ N. VASSALLO, *Il matrimonio omosessuale è contro natura: falso!*, Roma-Bari 2015.

¹⁴ CORTE COST., sent. n. 151/2009 in tema di procreazione medicalmente assistita.

¹⁵ CORTE COST., sent. n. 229/2015 - PMA e diagnosi genetica preimpianto.

¹⁶ LEGGE 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2004.

¹⁷ Riguardo al ricorso presentato da un uomo che aveva revocato il consenso dopo la fecondazione, la Corte di Cassazione ha ribadito che l'interessato non può contestare la paternità, in quanto non c'è dimostrazione che «la comunicazione di revoca del consenso» sia «interventiva prima dell'attivazione della tecnica di preparazione dell'embrione, ovvero della fecondazione dell'ovulo destinato all'impianto. Si tratta ovviamente di questione di fatto, insuscettibile di controllo in questa sede». CASS. CI., sez. VI, 18 dicembre 2017, n. 30294: Rel. Presidente Dogliotti.

gioco soltanto la loro salute.¹⁸ Analizzeremo poi l'ipotesi secondo la quale gli uomini non possano rivendicare un diritto sugli embrioni in vitro, perché hanno acconsentito all'intervento di riproduzione e di conseguenza sono responsabili della loro produzione. L'ipotesi successiva che esamineremo è che le donne abbiano il diritto di decidere sul trasferimento degli embrioni soltanto per una questione biologica, cioè perché hanno una vita riproduttiva più breve. In fondo, soprattutto se sono passati molti anni dall'intervento di riproduzione assistita, gli embrioni crioconservati potrebbero essere l'ultima occasione per loro di avere un figlio 'biologico', cioè dalle proprie cellule. La donna, infatti, potrebbe essere entrata in menopausa oppure l'uso dei suoi ovociti potrebbe essere ormai sconsigliato, perché la donna ha superato una certa età: cioè, le possibilità di avere una gravidanza potrebbero essere molto basse, mentre il rischio di trasmettere gravi anomalie genetiche potrebbe essere considerevole. Infine, ci confronteremo con l'idea che sia giusto che sia la donna a decidere in merito agli embrioni in vitro perché la riproduzione assistita richiede un impegno e sacrifici diversi per gli uomini e le donne. La nostra conclusione sarà che non ci sono ragioni veramente convincenti per lasciare soltanto alla donna il diritto di decidere in merito al trasferimento degli embrioni prodotti in vitro, in quanto la nascita di un figlio non desiderato può arrecare un danno importante anche alla salute ed al benessere psico-fisico degli uomini. A questo aggiungeremo che l'uso degli embrioni in vitro contro o in assenza della volontà dell'uomo non è ammissibile perché rappresenta una violazione della sua autonomia e del suo diritto all'autodeterminazione. In altri termini, sosterremo che anche l'uomo dovrebbe avere il diritto di decidere sugli embrioni in vitro ed eventualmente anche opporsi alla richiesta della donna di impiegarli per finalità riproduttive. Tuttavia, siamo consapevoli che per le persone che hanno avviato un percorso di riproduzione medicalmente assistita, gli embrioni crioconservati possono acquistare col passare del tempo sempre maggiore valore. Per questa ragione, noi crediamo che la legge dovrebbe prevedere la possibilità per una persona di acconsentire all'eventuale richiesta di trasferimento degli embrioni da parte del partner con il quale ha prodotto gli embrioni, senza tuttavia essere obbligato a riconoscere il figlio ed a provvedere alle spese di mantenimento.¹⁹

¹⁸ M. P. IADICICCO, *Corpo e procreazione medicalmente assistita. I nodi ancora irrisolti della disciplina italiana*, in *Questione giustizia*, 2, 2016, pp. 238-249.

¹⁹ Non esistono solamente le coppie formate da un uomo e una donna: almeno per il momento, però, la legge 40/2004 permette soltanto alle coppie eterosessuali di avere accesso agli interventi di riproduzione assistita. Tuttavia, le nostre riflessioni hanno una validità più ampia e potrebbero essere applicate senza difficoltà anche ad un ordinamento giuridico molto più favorevole alle coppie dello stesso sesso.

2. CHI DECIDE SULL'EMBRIONE CRIOCONSERVATO?

Si potrebbe supporre che nelle scelte che riguardano gli embrioni in vitro sia giusto che la volontà della donna prevalga su quella dell'uomo perché la gravidanza e la nascita sono eventi possono mettere a rischio la sua salute. In base alla legge 40 del 2004, le persone che avviano un ciclo di riproduzione assistita hanno una responsabilità giuridica nei confronti degli embrioni che producono: hanno l'obbligo di non abbandonarli e devono procedere appena possibile al loro trasferimento in utero, tuttavia la salute della donna ha la priorità. La legge 40 riafferma la rilevanza dell'embrione già espressa dalla legge 194 che nel difendere il diritto alla procreazione responsabile «riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio (art. 1)». Anche la legge sulla riproduzione assistita riconosce a chiare lettere al concepito la natura giuridica di soggetto: «Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito (art. 1)». Tuttavia, sia la legge 40 che la legge 194 sull'interruzione di gravidanza sottolineano che, in caso di conflitto tra il valore e diritti dell'embrione e la sopravvivenza o la salute della donna²⁰, prevale il diritto alla salute della donna.²¹ La legge 194 permette l'interruzione di gravidanza entro i primi novanta giorni se essa mette a rischio la salute e/o la sopravvivenza della donna oppure l'embrione presenta gravi malformazioni oppure anomalie: «Per l'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni, la donna che accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito si rivolge ad un consultorio pubblico istituito (...) o a una struttura sociosanitaria a ciò abilitata dalla regione, o a un medico di sua fiducia (art. 4)». L'interruzione della gravidanza, inoltre, è consentita anche dopo i novanta giorni e fino a quando il feto non è vitale, se il prosieguo della gravidanza è pericolosa per la salute della donna: «L'interruzione volontaria della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata: a) quando la gravidanza o il parto comportino

²⁰ V. TIGANO, *De Dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla PMA*, in *Diritto pensale contemporaneo*, 8 maggio 2016 pp. 1-22, p. 6.

²¹ M. P. IADICICCO, *Corpo e procreazione medicalmente assistita. I nodi ancora irrisolti della disciplina italiana*, cit., p. 240; C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, 501-548. P. SANFILIPPO, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3-4, 2014, pp. 376-394.

un grave pericolo per la salute della donna; b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisico o psichica della donna (art. 6)». Al momento dell'approvazione, la legge 40 prevedeva che, dopo la fecondazione degli ovociti, il trasferimento degli embrioni nel corpo della donna dovesse avvenire il prima possibile. Tuttavia, la Corte Costituzionale ha stabilito che la rilevanza giuridica dell'embrione va considerata ma deve essere bilanciata anche con gli interessi della donna, per cui nessuna donna può essere costretta all'impianto degli embrioni se la gravidanza mette a rischio il suo benessere. Pertanto, l'art. 14, comma 3 della legge 40 dispone ora che il trasferimento degli embrioni freschi oppure crioconservati debba essere realizzato «senza pregiudizio della salute della donna».²²

Per altro, nel caso di rifiuto del trasferimento in utero degli embrioni malati, l'inapplicabilità dell'art. 6, comma 3 (relativa all'impossibilità da parte della coppia di revocare la volontà all'intervento di riproduzione assistita dopo il momento della fecondazione dell'ovocita), trova fondamento nell'art. 6, comma 4 della stessa legge 40, secondo cui «il medico responsabile della struttura può decidere di non procedere alla procreazione medicalmente assistita, esclusivamente per motivi di ordine medico-sanitario». Inoltre, l'art. 14, comma 3, obbligando gli operatori sanitari a rinviare la riproduzione e a crioconservare gli embrioni non trasferibili «per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione», permette alla donna di rifiutare il trasferimento in utero dell'embrione, di cui sia stata accertata la condizione patologica, laddove possa cagionare un pregiudizio alla sua salute psico-fisica.²³ L'art. 14, comma 3 non fa riferimento a possibili anomalie o malformazioni dell'embrione: la disposizione, però, è applicabile anche al caso di specie²⁴, in quanto anche eventuali patologie dell'embrione possono evidentemente incidere negativamente sul suo benessere. Quest'interpretazione, del resto, sembra avallata non soltanto dalle legge 194 (che permette l'aborto anche in presenza di gravi anomalie dell'embrione), ma anche dalla Consulta che anche recentemente ha ribadito l'incompatibilità del divieto di riproduzione assistita per coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili con il diritto

²² CORTE COSTITUZIONALE, sentenza n. 151 dell'8 maggio 2009.

²³ V. TIGANO, *De Dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla PMA*, cit. p. 5.

²⁴ Così E. DOLCINI, *Embrioni nel numero 'strettamente necessario'*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 52, 2, 2009, pp. 950-966, in particolare p. 962-963; O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009, p. 42-43, che opta per un'interpretazione ampia del concetto di "salute" della donna. Si ricordi, a tal proposito, che l'Organizzazione Mondiale della Sanità, nel Protocollo di costituzione del 22 luglio 1946, ha stabilito che la salute è «uno stato di completo benessere fisico, psichico e sociale, e non solo l'assenza di malattia o di infermità».

alla salute della donna.²⁵ Inoltre, un'ulteriore deroga all'art. 6, comma 3 sembra prevista dagli artt. 6, comma 4, e 14, comma 3 che giustifica la sospensione dei trattamenti, con il conseguente congelamento degli embrioni anche quando non è possibile accertare la loro condizione di salute, a causa ad esempio di una sopravvenuta impossibilità, previamente imprevedibile e permanente, di procedere alla biopsia.²⁶ In base, infatti, alla legge 40, l'assenza di adeguate informazioni sulla condizione degli embrioni legittimerebbe il rifiuto della donna al loro trasferimento, in quanto essa potrebbe «pregiudicare la serenità della gravidanza e quindi, la salute psichica, ed eventualmente fisica, della donna».²⁷ Del resto, il quinto comma dell'articolo 14, secondo cui «I soggetti di cui all'articolo 5 sono informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero», da leggersi in combinato disposto con l'articolo 6, comma 1, prevede per il medico un obbligo generale di informare la donna in ogni fase di applicazione delle tecniche di riproduzione assistita.²⁸

Si potrebbe, poi, contestare l'idea che la sospensione del trasferimento degli embrioni in vitro possa essere giuridicamente ammessa esclusivamente in relazione ad una situazione di pericolo per la salute della donna. Ad esempio, una limitazione di questo tipo non avrebbe senso se considerassimo la riproduzione assistita un trattamento per la cura della sterilità, perché in questo caso ci sarebbe evidentemente il diritto di rifiutarlo, altrimenti avremmo una violazione della libertà di disporre del proprio corpo e della libertà personale.²⁹ Si potrebbe, cioè, sostenere che non ammettendo la possibilità, dopo la fecondazione, di una revoca della volontà, la legge 40 prevede un'eccezione al principio di non vincolatività dei trattamenti sanitari ed è conflitto con i dettati costituzionali che statuiscono la libertà delle scelte sanitarie (art. 13 e 32 della Costit.) e con la Convenzione di Oviedo (art. 5), «formalizzando, de facto, una sorta di trattamento sanitario obbligatorio».³⁰ Si potrebbe discutere, inoltre, la rilevanza che il nostro ordinamento riconosce agli embrioni umani, in quanto l'ovocita fecondato non è

²⁵ CORTE COST., 11 novembre 2015 n. 229, con commento di A. VALLINI, *Ancora sulla selezione preimpianto: incostituzionale la fattispecie di selezione embrionale per finalità eugenetiche, ma non quella di embrionicidio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 21 dicembre 2015; A. VALLINI, *Gli ultimi fantasmi della legge '40: incostituzionale il (supposto) reato di selezione preimpianto*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, p. 62 ss..

²⁶ V. TIGANO, *De Dignitate non disputandum est?*, cit., p. 6.

²⁷ V. TIGANO, *De Dignitate non disputandum est?*, cit., p. 6.

²⁸ F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 384 ss.

²⁹ C. CASONATO, *La legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione d'impatto normativo*, in C. CASONATO, E. CAMASSA, *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Collana Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento, vol. nr. 47, 2005, p. 37.

³⁰ G. RICCI, P. DELBON, A. CONTI, A. SIRIGNANO, *Il difficile percorso normativo italiano sulla Procreazione Medicalmente Assistita: revisione della letteratura e stato dell'arte*, in *Clin Ter*, 166, 3, 2015, pp. e234-241, in particolare p. e237.

ontologicamente diverso da una cellula somatica o embrionale. Entrambe le cellule, del resto, non soltanto hanno un patrimonio genetico completo (cioè 46 cromosomi) in grado di svilupparsi - in presenza delle giuste condizioni - in un embrione e poi in un individuo adulto, ma sia la cellula uovo fecondata che la cellula del corpo possono essere considerati organismi o parti di un organismo.³¹ Se, allora, una cellula del corpo non è persona per quale ragione dovrebbe esserlo un ovocita fecondato?

Comunque, la questione che vogliamo discutere non riguarda la rilevanza che spetta all'embrione e tanto meno se la legge 40 viola il 'principio' di autodeterminazione, non permettendo l'abbandono degli embrioni.³² A noi interessa molto di più capire perché la legge 40 ammette la revoca del consenso al trasferimento soltanto quando è a rischio la salute della donna e non riconosce valore agli interessi degli uomini. Il fatto che il trasferimento degli embrioni prodotti in vitro possa avvenire soltanto nel corpo della donna spiega solamente perché la donna abbia un diritto all'interruzione di gravidanza e perché non possa essere sottoposta ad un intervento di riproduzione assistita (con trasferimento degli embrioni) contro la sua volontà. Non giustifica ancora, però, perché le decisioni sugli embrioni in vitro dovrebbero essere lasciate interamente alle donne e perché, dopo la fecondazione dell'ovocita, il consenso degli uomini non è più necessario. Una nascita non desiderata, del resto, può nuocere seriamente anche al benessere psicologico dell'uomo e problemi psicologici importanti possono avere a lungo termine conseguenze anche sulla salute fisica. A questo si aggiunga che l'uomo potrebbe aver cambiato partner, avere costruito una nuova famiglia, avere dei figli oppure vivere in un'altra città e non avere l'opportunità di seguire la nascita e la crescita del bambino. Oppure potrebbe trovarsi in una situazione economica difficile e le responsabilità anche 'economiche' nei confronti del bambino che nasce potrebbero incidere negativamente sulla sua qualità della vita. In brevissimo tempo, cioè, potrebbe trovarsi ad affrontare cambiamenti importanti che non aveva programmato ed essere costretto ad assumersi gravi responsabilità senza aver avuto modo di partecipare alla decisione. In altri termini, la legge 194 riconosce che la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità possono comportare un serio pericolo per la salute fisica o psichica della donna, in relazione non soltanto alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, ma anche alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento. Perché considerazioni

³¹ R.A. CHARO, *Every Cell Is Sacred: Logical Consequences of the Argument from Potential in the Age of Cloning*, in P. LAURITZEN (ed.), *Cloning and the Future of Human Embryo Research*, Oxford, 2001, pp. 82-92; E. KINGMA, *Lady Parts: The Metaphysics of Pregnancy*, in *Royal Institute of Philosophy Supplement*, 82, 2018, pp. 165-187.

³² C. MILLS, *Reproductive Autonomy as Self-Making: Procreative Liberty and the Practice of Ethical Subjectivity*, in *The Journal of Medicine and Philosophy*, 38, 6, December 2013, Pages 639-656; J. A. ROBERTSON, *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies*, Princeton (NJ), 1994.

analoghe a queste non dovrebbero valere anche nel caso della fecondazione assistita e soprattutto per gli uomini che in passato hanno pure acconsentito alla produzione e al congelamento degli embrioni soprannumerari e che però ora non desiderano più che vengano impiegati per la nascita di un bambino? È vero che la legge 194 attribuisce soltanto alle donne il diritto di decidere se interrompere la gravidanza, ma nel caso di revoca del consenso alla riproduzione da parte dell'uomo dopo la fecondazione dell'ovocita e/o la crioconservazione degli embrioni soprannumerari la donna non dovrebbe sottoporsi ad un aborto. Non ci sarebbe cioè nessun intervento chirurgico, nessuna anestesia e nemmeno l'aspirazione dell'embrione. Semplicemente, una volta prodotto, l'embrione non verrebbe impiegato e sarebbe crioconservato o, nel caso fosse già stato crioconservato, non verrebbe più scongelato ed impiegato per una PMA. Perché, allora, l'uomo non dovrebbe partecipare nelle decisioni che riguardano il trasferimento degli embrioni? Forse, nell'ambito della riproduzione, la salute dell'uomo conta meno di quella della donna? Oppure, anche se la salute e il benessere degli uomini sono importanti quanto quelli della donna, vanno considerati comunque anche altri aspetti che spiegano la ragione per cui, almeno dopo la fecondazione degli ovociti, gli uomini non possono più rivendicare alcun diritto sugli embrioni e perdono il diritto di revoca del consenso?

3. UN UOMO NON PUÒ DISPORRE DEGLI EMBRIONI CRIOCONSERVATI PERCHÉ HA ACCONSENTITO A PRODURLI?

Si potrebbe sostenere che, dopo la fecondazione, l'uomo perde qualsiasi diritto sugli embrioni a vantaggio della donna e non può opporsi al loro trasferimento, perché egli è causalmente responsabile della loro produzione. L'uomo, cioè, non era obbligato a produrli con i propri gameti o con quelli di un donatore, ha scelto, però, consapevolmente di avviare con la compagna un ciclo di riproduzione assistita: ora, pertanto, deve accettare che, visto che sono stati prodotti, questi embrioni vengano trasferiti. Un argomento analogo viene spesso presentato per giustificare la responsabilità morale dell'uomo nei confronti del bambino che nasce per errore o per un rapporto sessuale non protetto.³³ Anche la legge, inoltre, riconosce all'uomo la responsabilità del concepimento e dell'eventuale nascita, a prescindere da quali fossero le sue intenzioni al momento del rapporto. L'uomo, cioè, può anche aver sottovalutato la possibilità di mettere incinta la donna oppure ha preso seriamente in considerazione questo rischio ma, poi, durante il rapporto

³³ E. BRAKE, *Fatherhood and Child Support: Do Men Have a Right to Choose?*, in *Journal of Applied Philosophy*, 22, 2005, pp. 55-73, p. 61. Riguardo alla possibilità di criticare la scelta della donna di portare avanti la gravidanza contro la volontà dell'uomo, si veda E. DI NUCCI, *Fathers and abortion*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 39, 2014, pp. 444-458.

sessuale, qualcosa non ha funzionato a dovere: forse la passione ha preso il sopravvento o semplicemente non si è accorto che il profilattico si è rotto. La donna, poi, potrebbe averlo ingannato o aver impiegato in maniera fraudolenta i suoi spermatozoi. Per la legge questo non conta, l'uomo è comunque tenuto al riconoscimento e al mantenimento del bambino, in quanto ha fatto sesso con la madre e l'ha messa incinta, è cioè considerato responsabile del suo concepimento.

A livello normativo, però, la responsabilità nella produzione o nell'esistenza di un embrione non produce necessariamente una responsabilità a portare avanti il suo sviluppo fino alla nascita, altrimenti l'interruzione di gravidanza sarebbe sempre un venir meno agli obblighi che si hanno nei confronti del concepito. È evidente, per altro, che la donna è sempre causalmente responsabile della produzione dell'embrione. Rimanga incinta a seguito di un progetto genitoriale consapevole e lungamente ponderato, per un momento di passione oppure a seguito di una violenza, l'embrione viene pur sempre prodotto dalle sue cellule. Di fronte a questi ultimi scenari, si potrebbe obiettare che una donna non è responsabile della violenza sessuale che subisce e nemmeno dell'imperizia del partner o del cattivo funzionamento dei mezzi anticoncezionali. Ma allora nemmeno gli uomini dovrebbero essere considerati responsabili della gravidanza quando, ad esempio, vengono ingannati dalla propria compagna riguardo all'uso di anticoncezionali o alla probabilità di una gravidanza oppure i loro spermatozoi vengono impiegati per un'inseminazione a loro insaputa. Inoltre, anche quando la gravidanza - non importa se ottenuta sessualmente o con le tecniche riproduttive - è il risultato di una scelta lungamente ponderata, la legge permette comunque alla donna di abortire. Nel caso, invece, degli embrioni in vitro prodotti con interventi di riproduzione assistita (con o senza il ricorso a donatori), le donne non possono chiedere la loro distruzione e nemmeno possono destinarli alla ricerca³⁴: possono però rinviare il loro impiego, chiedere il loro congelamento e poi scegliere di non utilizzarli più. Il fatto, cioè, che la donna sia - senza alcuna ombra di dubbio - causalmente responsabile della loro produzione, non la obbliga al trasferimento degli embrioni o a portare avanti la gravidanza fino al termine fisiologico. Per quale motivo, allora, gli uomini dovrebbero avere una maggiore responsabilità nei confronti degli embrioni in vitro e, una volta prodotti, non potrebbero più ritornare sulla loro decisione e revocare il proprio consenso alla PMA, opponendosi, ad esempio, alla volontà della donna di trasferirli in utero e farli sviluppare?

³⁴ F. S. PORCELLI, *Sulla restituzione degli embrioni soprannumerari crioconservati*, in *Nuovo Diritto Civile*, II, 1, 2017, pp. 186-199. In altri termini, la donna ha il diritto di chiedere la distruzione degli embrioni soltanto dopo il suo trasferimento, perché soltanto nel caso della gravidanza sussisterebbe un conflitto tra diritto alla salute della donna e tutela dell'embrione.

Non dobbiamo dimenticare, poi, che se la donna sceglie di impiegare gli embrioni in vitro e la gravidanza ha successo, il suo partner ha una responsabilità anche economica nei confronti del bambino che nasce. Avendo un legame genetico con il nascituro o avendo comunque programmato la produzione degli embrioni, per la legge egli è il padre del bambino e di conseguenza deve provvedere anche al suo mantenimento. Anche a questo riguardo, l'ordinamento italiano riconosce agli uomini e alle donne diritti diversi. L'uomo, infatti, non ha alcuna possibilità di sottrarsi alle sue responsabilità giuridiche nei confronti del bambino che viene al mondo, perché, a differenza della donna, non può mai chiedere di non essere nominato. La donna, invece, può portare avanti la gravidanza e poi ha il diritto di partorire senza essere nominata. È vero che in caso di riproduzione medicalmente assistita la legge prevede il divieto di parto anonimo, ma è difficile immaginare che - al momento del parto - questa norma possa essere veramente applicata. Non ci sono segni particolari che permettono di riconoscere una donna che ha fatto ricorso alla riproduzione medicalmente assistita ed anche la sua gravidanza non è diversa dalle gravidanze cosiddette naturali. Inoltre, non c'è un registro nazionale che permetta ai ginecologi ed alle ostetriche di identificare in tempo reale le donne che si sono sottoposte ad un intervento di riproduzione medicalmente assistita e che poi sono rimaste incinta: ed anche se ci fosse un registro di questo tipo, l'intervento potrebbe essere praticato all'estero. È giusto che, al momento del parto, le donne abbiano il diritto di chiedere di non essere nominate: la nascita è un evento che cambia la vita e non tutte le persone possono essere pronte ad affrontare questo cambiamento. In questo modo, poi, possono essere tutelati maggiormente anche gli interessi di chi viene al mondo, che, almeno si spera, potranno contare su persone più preparate a prendersi cura di lui e del suo benessere. Quello che ci stiamo chiedendo è perché il nostro ordinamento non riconosca lo stesso diritto agli uomini. Per quale motivo, cioè, le donne dovrebbero avere il diritto di partorire il bambino in pieno anonimato ed, invece, gli uomini, una volta che un ciclo di riproduzione assistita è stato avviato e l'ovocita è stato fecondato, non possono più revocare il proprio consenso alla nascita ed hanno l'obbligo di riconoscere il bambino?

4. UN UOMO NON PUÒ DISPORRE DEGLI EMBRIONI CRIOCONSERVATI PERCHÉ PER UNA DONNA PUÒ ESSERE L'ULTIMA POSSIBILITÀ DI AVERE UN FIGLIO BIOLOGICO?

Si potrebbe affermare, inoltre, che nelle decisioni che riguardano gli embrioni in vitro è giusto che la volontà delle donne prevalga su quella degli uomini, in quanto gli uomini hanno la possibilità di avere un figlio biologico vita natural durante, mentre le donne dopo la menopausa possono avere un figlio biologico in

casi rarissimi e soltanto se in precedenza hanno provveduto a crioconservare i loro ovociti o parti del tessuto ovarico. Che la donna abbia una 'vita' riproduttiva molto più breve degli uomini è un fatto innegabile: dopo i 35 anni d'età la fertilità della donna si riduce sempre più e dopo i quarant'anni, a prescindere dalla tecnica impiegata per il concepimento, per una donna diventa sempre più difficile avere un bambino con i propri gameti. Dai 45 anni d'età in su le gravidanze e poi le nascite vengono considerate aneddotiche. Tuttavia, nemmeno questo è sufficiente a giustificare il diritto delle donne ad avere l'ultima parola sugli embrioni in vitro.³⁵

Una donna che desidera avere un figlio può ricorrere agli spermatozoi di un donatore: la legge 40 non permette alle donne single l'accesso alla riproduzione assistita, ma ci sono altri paesi dove invece la legge lo consente.³⁶ Per una donna single, l'adozione è una soluzione più complicata, ma anche questa è una strada percorribile: tuttavia, dopo aver superato una certa età ed in assenza di una relazione stabile, l'adozione è difficile. In Italia sono adottabili da single soltanto quei bambini che rientrano nelle adozioni speciali³⁷: tuttavia, un single può adottare all'estero e chiedere il riconoscimento dell'atto di adozione al Tribunale dei minori.³⁸ Una donna, poi, potrebbe avere un figlio dal proprio partner sessualmente o con la riproduzione assistita: il consenso del partner, però, è necessario, a prescindere da quale sia l'età e la condizione salute della donna. Perché allora il permesso del partner dovrebbe diventare superfluo una volta che l'ovocita è stato fecondato? La differenza non può dipendere dal fatto che nel caso degli embrioni prodotti in vitro gli spermatozoi sono stati già raccolti e, pertanto, l'uomo non deve essere sottoposto ad alcun trattamento invasivo. A prescindere, infatti, da come avvenga la raccolta degli spermatozoi (ad esempio, attraverso masturbazione, rapporto sessuale con l'impiego di profilattici o aspirazione dai testicoli), sarebbe, comunque, una violazione della sua autonomia e integrità costringere una persona a diventare genitore contro la sua volontà. Per altro, domani potrebbe diventare estremamente semplice ottenere gli spermatozoi di un'altra persona, in quanto qualsiasi cellula potrebbe essere trasformata in cellule staminali pluripotenti indotte (iPSC) e, di conseguenza, a partire da queste, in qualsiasi tipo cellulare che vogliamo, inclusi anche spermatozoi e ovociti. Non sarebbe comunque un crimine usare le cellule somatiche di una persona per un

³⁵ M. BAIOCCHI, *In utero*, Milano 2018.

³⁶ P. PRÄG, M. C. MILLS, *Assisted Reproductive Technology in Europe: Usage and Regulation in the Context of Cross-Border Reproductive Care*, in M. KREYENFELD, D. KONIETZKA (a cura di), *Childlessness in Europe: Contexts, Causes, and Consequences*, Cham, 2017, pp. 289-309, in particolare p. 298.

³⁷ LEGGE 184 del 1983, Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori: le adozioni speciali sono regolate dall'articolo 44.

³⁸ E. PESCE, *La lunga marcia verso l'adozione piena da parte del single: una decisione originale*, in *Famiglia e diritto*, 2, 2018, pp. 151-167.

intervento di PMA? Eppure basterebbe entrare in possesso di un capello oppure solamente di un pelo ed il gioco sarebbe fatto: i personaggi dello spettacolo o politici famosi potrebbero diventare genitori di decine o addirittura centinaia di bambini, in quanto ci sarebbero di sicuro tante persone che sognerebbero di avere un figlio da loro.³⁹

Inoltre, anche volendo riconoscere alle donne particolari prerogative nei confronti degli embrioni crioconservati, si potrebbero trovare soluzioni ad hoc che non penalizzino gli uomini che non vogliono bambini. Ad esempio, la legge potrebbe prevedere la possibilità per una persona di acconsentire all'eventuale richiesta di trasferimento degli embrioni da parte del partner con il quale ha scelto di produrre gli embrioni in vitro, senza tuttavia essere obbligato a riconoscere il bambino⁴⁰ ed a provvedere alle spese per il suo mantenimento.⁴¹ Per altro, nel caso in cui l'uomo potesse rinunciare alla responsabilità genitoriale, per lui sarebbe molto più facile accettare la richiesta da parte della donna di usare gli embrioni precedentemente prodotti.⁴² Sia nel caso inglese Evans contro Johnston⁴³ che in quello americano Davis contro Davis⁴⁴, entrambi i tribunali hanno assunto che la richiesta delle donne all'uso degli embrioni crioconservati non poteva essere accolta, in quanto la nascita avrebbe comportato per i loro ex compagni onori economici e una genitorialità forzata: «Tuttavia, questo non è necessariamente il caso, dal momento che i donatori di sperma non hanno alcun obbligo economico nei confronti dei bambini che nascono. Se fosse stato permesso al Signor Johnston di cambiare il suo stato legale in quello di donatore di spermatozoi, si sarebbe potuta considerare la questione della sofferenza psicologica separatamente dalle questioni relative alla responsabilità economica nei confronti del nascituro».⁴⁵

³⁹ A. SMAJDOR, D. CUTAS, *Artificial Gametes and the Ethics of Unwitting Parenthood*, in *J Med Ethics*, 40, 2014, pp. 748-751; NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Artificial Gametes*, a cura di A. Smajdor, D. Cutas, dicembre 2015, p. 14,

⁴⁰ A. SMAJDOR, *Deciding the Fate of Disputed Embryos: Ethical Issues in the Case of Natallie Evans*, in *Journal of Experimental & Clinical Assisted Reproduction*, 4, 2, 2007, pp. 1-6, p. 3.

⁴¹ Non esistono solamente le coppie formate da un uomo e una donna: almeno per il momento, però, la legge 40/2004 permette soltanto alle coppie eterosessuali di avere accesso agli interventi di riproduzione assistita. Tuttavia, le nostre riflessioni hanno una validità più ampia e potrebbero essere applicate senza difficoltà anche ad un ordinamento giuridico molto più favorevole alle coppie dello stesso sesso.

⁴² A. SMAJDOR, *Deciding the Fate of Disputed Embryos: Ethical Issues in the Case of Natallie Evans*, cit., p. 3.

⁴³ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Case of Evans v. The United Kingdom, Application no. 6339/05, STRASBOURG 10 April 2007.

⁴⁴ TENNESSEE SUPREME COURT, Davis v. Davis, 842 S.W.2d 588, 604 (Tenn. 1992); L. E. MURRAY, *Davis v. Davis: The Embryonic Stages of Procreational Privacy*, in *Pace Law Review*, 14, 2, 1994, pp. 567-596.

⁴⁵ A. SMAJDOR, *Deciding the Fate of Disputed Embryos: Ethical Issues in the Case of Natallie Evans*, cit., p. 3.

Una critica che si potrebbe avanzare contro questa nostra proposta è che non consideriamo adeguatamente i problemi psicologici che gli uomini potrebbero patire per la nascita di bambini dai loro gameti. È stato paventato, del resto, che i donatori di gameti o le persone che danno in adozione i propri bambini sarebbero condannati a vivere il resto della loro vita con il senso di colpa per aver abbandonato i figli.⁴⁶ Tuttavia, le persone interessate non sembrano considerare la donazione di gameti come una forma di genitorialità⁴⁷: al contrario, alcuni donatori ritengono che la loro donazione sia simile alla donazione di sangue.⁴⁸ È comprensibile, invece, che una persona abbia preoccupazioni nei confronti del benessere dei propri figli, ma non si diventa genitore semplicemente cedendo i propri gameti per un intervento di riproduzione assistita. Genitori sono le persone che si prendono cura del bambino e che contribuiscono nel tempo alla formazione del suo carattere e della sua personalità, a prescindere dal fatto che abbiano dato o meno il proprio genoma. Del resto, ognuno di noi ha connessioni genetiche importanti con un numero più o meno grande di persone (è per questa ragione che alcune persone preferiscono scegliere i donatori di gameti nella propria famiglia⁴⁹) ma non per questo ci consideriamo loro genitori oppure sentiamo per loro una responsabilità parentale. In ogni caso, non ci sarebbe il pericolo di limitare la libertà riproduttiva di nessuna persona, in quanto quegli uomini non interessati potrebbero sempre negare il proprio consenso al trasferimento degli embrioni.

5. È LA DONNA CHE PUÒ DECIDERE IN MERITO AGLI EMBRIONI CRIOCONSERVATI PERCHÉ È LEI CHE HA DATO IL CONTRIBUTO PIÙ IMPORTANTE PER LA LORO PRODUZIONE?

Si potrebbe sostenere, infine, che è giusto che sia la donna a decidere in merito al trasferimento gli embrioni prodotti in vitro perché la riproduzione assistita

⁴⁶ S. READER, *Abortion, Killing, and Maternal Moral Authority*, in *Hypatia*, 22, 1, 2008, pp. 132-49; L. CANNOLD, *Women, Ectogenesis, and Ethical Theory*, in *Journal of Applied Philosophy*, 12, 1, 1995, pp. 55-64; J. A. ROBERTSON, *Resolving Disputes over Frozen Embryos*, in *Hastings Cent. Rep.*, Nov/Dec 1989, pp. 7-12.

⁴⁷ A. MIETTINEN ET AL., *Attitudes of Anonymous and Identity-Release Oocyte Donors Towards Future Contact with Donor Offspring*, in *Human Reprod.*, 34, 4, 2019, pp. 672-678; M. KIRKMAN ET AL., *Gamete Donors' Expectations and Experiences of Contact with their Donor Offspring*, in *Human Reprod.*, 29, 4, 2014, pp. 731-738; G. FUSCALDO, *Gamete Donation: When does Consent Become Irrevocable*, in *Human Reproduction*, 15, 3, 2000, pp. 515-519.

⁴⁸ I. WALKER, P. BRODERICK, *The Psychology of Assisted Reproduction - or Psychology Assisting its Reproduction*, in *Australian Psychol.*, 34, 1999, pp. 38-44.

⁴⁹ ESHRE TASK FORCE ON ETHICS AND LAW including G. DE WERT, W. DONDORP, G. PENNING, F. SHENFIELD, P. DEVROEY, B. TARLATZIS, P. BARRI, K. DIEDRICH, *Intrafamilial Medically Assisted Reproduction*, in *Human Reproduction*, 26, 3, 2011, pp. 504-509.

richiede un impegno e sacrifici diversi per gli uomini e le donne.⁵⁰ Per avviare un percorso di riproduzione assistita, una coppia deve sottoporsi ad una serie di visite e analisi per permettere ai medici di conoscere la loro condizione di salute e decidere insieme a loro che cosa fare: se ricorrere ad una fecondazione con i propri gameti oppure, se la fertilità è bassa, con quelli di un donatore. Per l'uomo, però, le cose sono molto semplici: generalmente, per controllare la sua fertilità non sono necessari interventi invasivi, in quanto è sufficiente raccogliere il liquido seminale in un contenitore e farlo analizzare. Nel caso, poi, il volume, la viscosità, la mobilità e la morfologia ecc. degli spermatozoi non fosse buona, l'uomo può assumere integratori a base di zinco e acido aspartico e, se necessario, piccole quantità di cortisone. Una terapia a base di antiossidanti e la loro combinazione può migliorare la fertilità, agendo, tra l'altro, sulla concentrazione, il numero, la vitalità e la mobilità degli spermatozoi, senza avere conseguenze nocive. La donna, invece, deve sottoporsi ad una serie di ecografie transvaginali a distanza di pochi giorni l'una dall'altra per monitorare l'ovulazione, la condizione delle ovaie e lo spessore dell'endometrio, ad analisi del sangue per controllare i livelli ormonali e ad un'isteroscopia (inserimento nella vagina di una piccola telecamera) che permette di accertare la condizione dell'utero.⁵¹ In alcuni paesi è possibile ricorrere ad una maternità surrogata, ma in Italia non è permesso, per cui una donna che vuole avere un figlio con un intervento di riproduzione medicalmente assistita deve avere un utero che permette l'annidamento e lo sviluppo dell'embrione.⁵²

Inoltre, al fine di procedere alla fecondazione, si deve procedere alla raccolta dei gameti. Nelle situazioni più difficili, ad esempio aspermia, gli spermatozoi vengono prelevati con intervento chirurgico dal testicolo o dall'epididimo: altrimenti, essi possono essere raccolti dall'uomo attraverso masturbazione. Solitamente la raccolta degli spermatozoi avviene lo stesso giorno della fecondazione nel centro di riproduzione, ma può essere effettuata anche a casa o in qualsiasi altro luogo relativamente vicino alla clinica. Per la raccolta degli ovociti, la procedura è più lunga e molto più invasiva: innanzi tutto, si procede alla stimolazione follicolare per permettere alla donna, il giorno dell'ovulazione, di produrre un numero più alto di ovociti. In un ciclo regolare, infatti, soltanto un ovocita raggiunge la maturazione: grazie alla stimolazione ovarica, invece, altri ovociti, che altrimenti quel mese sarebbero destinati alla distruzione, vengono 'salvati'. La stimolazione dei follicoli avviene generalmente attraverso la somministrazione di ormoni endogeni (gonadotropina) per via intramuscolare o sottocutanea. In genere, i trattamenti di stimolazione ovarica non hanno effetti

⁵⁰ J. ANNAS, *The Shadowlands - Secrets, Lies, and Assisted Reproduction*, in *New England Journal of Medicine*, 339, 1998, pp. 935-939.

⁵¹ C. FLAMIGNI, *La procreazione assistita*, Bologna 2011.

⁵² E. MAZZONI, *In becco alla cicogna! Procreazione assistita: istruzioni per l'uso*, Biglia Blu 2016.

collaterali importanti, ma possono causare comunque leggeri disturbi della vista, vampate, emicranie e nausea. L'iperstimolazione ovarica, invece, può causare l'ingrossamento delle ovaie con la formazione di cisti e tensioni addominali e con accumulo di fluidi nella cavità addominale oppure pleurica. Le forme leggere non sono preoccupanti, ma quelle più gravi richiedono il ricovero immediato. Per questo, l'iperstimolazione ovarica è «una complicanza molto temuta, perché nelle forme più gravi può mettere a rischio la salute della donna».⁵³ Altri effetti come, ad es., sanguinamenti ed infezioni, molto raramente diventano preoccupanti.⁵⁴

Nella riproduzione eterologa, non vengono utilizzate gonadotropine esogene, cioè, farmaci ormonali che servono alla stimolazione ovarica, in quanto si ricorre alle cellule uovo di una donatrice. Per il trasferimento degli embrioni nell'utero, poi, si può rispettare il ciclo spontaneo della ricevente, in quanto gli ovociti oppure gli embrioni possono essere crioconservati ed impiegati successivamente. Se, però, la donna ricevente è già entrata in menopausa, devono essere somministrati (per via orale o per via trans dermica o vaginale) estrogeni e progesterone, ormoni che preparano l'endometrio a ricevere l'embrione. La preparazione endometriale è tollerata abbastanza bene ma può causare vari effetti collaterali tra cui rialzo pressorio, comparsa o aggravamento di cefalea, ipercoagulabilità e conseguenti eventi trombo-embolici, disturbi visivi, ittero. Riguardo alla riproduzione eterologa, i possibili eventi negativi sono da collegare soprattutto all'età della donna⁵⁵ e, come scrive Baiocchi, nel caso di trasferimento di più embrioni, c'è il rischio di gravidanze plurigemellare.⁵⁶

Dal quadro precedente emerge chiaramente che in genere un ciclo di riproduzione medicalmente assistita comporta per la donna un impegno fisico senza dubbio maggiore rispetto a quello richiesto ad un uomo. Anche semplicemente i rischi legati alla raccolta dei gameti riguardano il più delle volte soltanto la donna. Tuttavia, se i diritti sugli embrioni fossero direttamente proporzionali al 'contributo' dato alla loro produzione, molte persone che avviano una PMA non avrebbero alcun diritto nei confronti dei loro embrioni. Penso non soltanto alle coppie che ricorrono all'aiuto di donne che portano avanti la gravidanza e partoriscono al loro posto, ma anche agli scenari che domani potrebbero aprirsi con lo sviluppo di nuove tecnologie riproduttive. Ipotizziamo ad esempio che sia possibile ottenere spermatozoi e ovociti dalle proprie cellule somatiche e che, una volta prodotti, gli embrioni possano essere lasciati crescere per nove mesi in un utero artificiale. In questo caso, chi potrebbe rivendicare un diritto legittimo sugli embrioni prodotti in vitro? Le persone che sono responsabili della loro produzione (quelle, cioè, che chiedono di crearli perché desiderano

⁵³ M. BAIOCCHI, *In utero*, cit., p. 46.

⁵⁴ M. BAIOCCHI, *In utero*, cit., p. 76.

⁵⁵ M. BAIOCCHI, *In utero*, cit., p. 77.

⁵⁶ M. BAIOCCHI, *In utero*, cit., p. 77.

avere un bambino) sono quelle che contribuiscono meno o che non contribuiscono per niente alla loro formazione. Il contributo maggiore viene dai medici che trasformano le cellule somatiche in gameti o dai tecnici che controllano il funzionamento dell'utero artificiale e che monitorano per mesi lo sviluppo dell'embrione. Tuttavia, non sarebbe sbagliato lasciare l'ultima parola sugli embrioni prodotti agli operatori sanitari?

Inoltre, non si può negare che per raccogliere gli ovociti necessari per la produzione degli embrioni la donna deve sottoporsi ad una lunga serie di monitoraggi, trattamenti farmacologici ed interventi invasivi. Tuttavia, non sarebbe giusto misurare il contributo che le persone danno alla riproduzione medicalmente assistita soltanto sulla base delle visite e dei controlli a cui devono sottoporsi e dei farmaci che devono assumere.⁵⁷ L'uomo, ad esempio, potrebbe dare un contributo ugualmente importante al successo della fecondazione a livello psicologico, non facendo mai mancare alla propria compagna l'assistenza e il proprio sostegno. Non può prendere le gonadotropine al posto della donna, ma può accompagnarla alle visite e alle analisi e sostituirla in compiti familiari o professionali per permetterle di affrontare la gravidanza con meno fatica. Inoltre, da parte dell'uomo ci può essere un importante investimento economico: è vero che la PMA è erogabile dal servizio nazionale e che pertanto i cittadini possono adesso accedere a queste prestazioni nella medesima maniera in cui ottengono anche tutti gli altri servizi sanitari oppure assistenziali erogati dallo stato. Tuttavia, nel pubblico le liste di attesa per un intervento di riproduzione assistita possono essere lunghe e di conseguenza, chi desidera avere un figlio e ha già raggiunto una certa età potrebbe scegliere di rivolgersi al privato. Questo significa che i costi per la riproduzione assistita potrebbero raggiungere 'cifre' considerevoli. Anche la donna ovviamente può avere un lavoro e un reddito, ma ci possono essere situazioni in cui la donna non lavora oppure lavora ma può contribuire meno dell'uomo alle spese per la riproduzione medicalmente assistita. Anche se, poi, l'uomo non contribuisse economicamente, egli potrebbe aver investito molto a livello psicologico: le speranze, le perplessità, le paure delle persone che avviano un percorso di riproduzione assistita non si possono misurare con precisione e/o quantificare, ma per le persone possono avere comunque un costo importante. Insomma, è sbagliato pensare che nella PMA gli uomini possano avere solamente un ruolo marginale.

⁵⁷ Del resto, se si adottasse questo criterio, quando una coppia si separa i bambini dovrebbero essere necessariamente affidati alla madre che ha sostenuto il peso fisico maggiore per la loro nascita. J. A. ROBERTSON, *Resolving Disputes over Frozen Embryos*, cit., p. 7.

6. CONCLUSIONI

Non meritano, invece, di essere presi in considerazione eventuali argomenti che, ad esempio, volessero collegare i diritti della donna sugli embrioni in vitro ad una loro maggiore responsabilità verso i bambini e la famiglia. Si tratterebbe, infatti, di argomenti sessisti che partono dall'idea che ci siano differenze ontologiche o 'naturali' tra i 'generi' e, poi, a partire da queste presunte differenze, traggono conclusioni di ordine morale e giuridico. Non è nemmeno sostenibile, inoltre, che gli uomini non possano rivendicare alcun diritto sugli embrioni in vitro, perché le tecniche di riproduzione assistita rappresentano sempre una forma di violenza sessuale.⁵⁸ Per prima cosa, è discutibile che le tecniche di riproduzione assistita vadano a vantaggio soltanto degli uomini e che le donne, che chiedono di ricorrere ad essa, siano sempre manipolate ed oppresse dai maschi. Accusare, cioè, le donne che intendono avere un figlio con la PMA di non essere autonome o di essere vittime del patriarcato significa non essere in grado di comprendere che non esiste la donna, ma persone diverse: argomenti di questo tipo, poi, non sembrano rispettare minimamente le preferenze delle persone coinvolte. Anche ammesso, poi, ma non concesso che la riproduzione assistita sia una forma di violenza sessuale, non si comprende perché l'uomo dovrebbe perdere qualsiasi diritto sugli embrioni in quanto nemmeno con lo stupro, nel nostro ordinamento, viene meno il diritto dell'uomo al riconoscimento del figlio: «Fuori del matrimonio il puro legame biologico fonda non soltanto una responsabilità per le conseguenze di un atto procreativo voluto o casuale, ma l'acquisto della funzione di padre del procreato: il compagno occasionale, e, se ci si ferma alla lettera della legge, perfino chi fa violenza ha titolo di riconoscere il figlio, e trova un ostacolo solo in una opposizione della donna, peraltro superabile con provvedimento del Tribunale dei minori».⁵⁹

A questo punto emerge chiaramente che non ci sono ragioni sufficientemente convincenti per lasciare che soltanto la donna abbia il diritto di decidere in merito al trasferimento degli embrioni prodotti ed, in caso, crioconservati. Quando la riproduzione medicalmente assistita è richiesta soltanto da una donna (ma in Italia questo è vietato dalla legge 40/2004) e non, invece, da una coppia, non ci sono ragioni per coinvolgere altri individui. Nella PMA sono coinvolte molte persone: ad esempio, sono necessari gli operatori sanitari e il personale che collabora al funzionamento del centro di riproduzione assistita con compiti e responsabilità diversi. Tuttavia, è la donna che sceglie di avviare la procedura che ha come risultato la produzione degli embrioni: per questo, è giusto che soltanto lei abbia il diritto di decidere se trasferirli nel proprio corpo (se domani la maternità

⁵⁸ V. MARGREE, *Neglected or Misunderstood: The Radical Feminism of Shulamith Firestone*, London, 2018.

⁵⁹ P. ZATTI, *I nuovi orizzonti del diritto di famiglia*, in G. Ferrando, M. Fortino, M. Ruscello (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia. Famiglia e matrimonio*, Volume I, Milano 2011, p. 56.

surrogata fosse permessa, la gravidanza potrebbe essere portata avanti da altre donne) oppure rimandare il trasferimento ad un altro momento e poi eventualmente decidere di lasciarli congelati per sempre. Le cose cambiano se alla produzione degli embrioni in vitro partecipano anche altre persone: in questo caso, si tratta di una scelta condivisa e pertanto anche loro dovrebbero avere il diritto di decidere sul loro destino. Per questo, i centri di riproduzione assistita dovrebbero prevedere un consenso congiunto per procedere al loro trasferimento e, nel caso in cui gli embrioni fossero stati crioconservati, al loro scongelamento. La donna potrebbe avere ragioni importanti per voler impiegare gli embrioni prodotti, ad esempio, potrebbe essere già entrata in menopausa, ma questo non le dà un diritto di prevaricare sulla volontà dell'uomo.

Alla luce, comunque, dei grandi cambiamenti avvenuti negli ultimi decenni nell'ambito della nascita una nuova legge potrebbe prevedere la possibilità per una persona di acconsentire all'eventuale richiesta di trasferimento degli embrioni senza essere obbligato a riconoscere il figlio ed a provvedere alle spese di mantenimento.⁶⁰ In questo modo, si riconoscerebbero agli uomini e alle donne gli stessi diritti sugli embrioni prodotti e non si ignorerebbe il fatto che nel tempo gli embrioni possono acquistare per le persone un valore diverso. Non sono, però, soltanto le donne che col tempo possono attribuire agli embrioni un valore sempre maggiore. Gli embrioni soprannumerari potrebbero essere l'ultima possibilità di avere un figlio biologico anche per gli uomini che si sono sottoposti ad interventi chirurgici (ad esempio, interventi demolitivi in seguito a neoplasie) o che sono diventati aspermatici o i cui spermatozoi non possono più essere impiegati per la riproduzione. In questi casi, vale il discorso precedente a parti invertite: le donne, cioè, dovrebbero avere la possibilità di riconoscere agli uomini l'uso degli embrioni, senza però essere obbligate al riconoscimento dei bambini. Affinché comunque uno scenario di questo tipo possa realizzarsi pienamente dovrebbe essere modificata la parte della legge sulla riproduzione assistita che prevede il divieto di maternità surrogata o gestazione per altri⁶¹, in quanto gli uomini avrebbero bisogno di una donna che porti avanti la gravidanza al loro posto.

⁶⁰ Non esistono solamente le coppie formate da un uomo e una donna: almeno per il momento, però, la legge 40/2004 permette soltanto alle coppie eterosessuali di avere accesso agli interventi di riproduzione assistita. Tuttavia, le nostre riflessioni hanno una validità più ampia e potrebbero essere applicate senza difficoltà anche ad un ordinamento giuridico molto più favorevole alle coppie dello stesso sesso.

⁶¹ G. FERRANDO, *Gravidanza per altri, impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità e interesse del minore. Molti dubbi e poche certezze*, in *GenIUS*, 2, 2017, pp. 12-19; M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI, *Riproduzioni e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Studi di Genere, Convegni n. 5, CIRSDe, Torino 2018; D. DANNA, *"Fare figli per altri è giusto": Falso!*, Roma-Bari 2017.