

**MAURIZIO BALISTRERI**

Senior Assistant Professor in Moral Philosophy  
Department of Philosophy and Educational Sciences  
University of Turin  
[maurizio.balistreri@unito.it](mailto:maurizio.balistreri@unito.it)

## IL DIRITTO ALLA REVOCA DEL CONSENSO DEL DONATORE DI GAMETI: UN APPROFONDIMENTO DELLE QUESTIONI BIOETICHE

### ABSTRACT

Con la sentenza n. 162/2014, la Corte Costituzionale ha sancito l'illegittimità del divieto di riproduzione con gameti di un donatore previsto dalla legge n. 40/2004. La Corte rileva che il divieto di fecondazione eterologa viola il diritto fondamentale delle persone di autodeterminarsi nella sfera più intima ed intangibile della persona.

Per usare i gameti di un donatore a fini riproduttivi c'è bisogno naturalmente del suo consenso. Nelle scelte che riguardano la riproduzione e la nascita la normativa esistente riconosce alle persone il diritto di ritornare sui loro passi anche quando si sono impegnate con terzi e hanno avviato il concepimento di una nuova persona sessualmente oppure attraverso un intervento di riproduzione assistita.

Noi sosteniamo che questo diritto si applica anche al donatore di spermatozoi e di ovociti e che, di conseguenza, il diritto di revoca del consenso vale anche dopo la fecondazione della cellula uovo e fino al trasferimento dell'embrione.

### PAROLE CHIAVE

Donazione, gamete, consenso, riproduzione assistita, diritti.

### ABSTRACT

With sentence n. 162/2014, the Constitutional Court sanctioned the illegitimacy to forbid reproduction with gametes from a donor as per law n. 40/2004. The Court reveals that the ban on donor assisted reproduction violates people's basic right to self-determination in their most intimate, intangible sphere. To use a donor's gametes for reproduction, his consent is of course needed. In choices regarding reproduction and birth, existing norms recognize people's right to return to their practice even when they are engaged in third parties and have launched the conception of a new person sexually or via an assisted reproduction intervention. We maintain that this right also applies to spermatozooids and eggs donor and consequently the right to revoke consent is also true after egg cell sterilization and up to embryo transfer.

### KEY WORDS

Donation, Gamete, Consent; Assisted Reproduction; Rights.

## 1. INTRODUZIONE

In linea con l'articolo 5 del nuovo codice deontologico delle professioni infermieristiche («L'Infermiere si attiva per l'analisi dei dilemmi etici e contribuisce al loro approfondimento e alla loro discussione. Promuove il ricorso alla consulenza etica e al confronto, anche coinvolgendo l'Ordine Professionale»), questo articolo intende avviare una riflessione sul diritto alla revoca del consenso da parte dei donatori di gameti a partire da un confronto con l'attuale normativa riguardante la riproduzione medicalmente assistita e l'interruzione di gravidanza.

Con la sentenza n. 162/2014, la Corte Costituzionale ha sancito l'illegittimità del divieto di riproduzione con gameti (spermatozoi e ovociti) di un donatore previsto dalla legge n. 40/2004. La Corte rileva che il divieto di fecondazione eterologa viola il diritto fondamentale delle persone di autodeterminarsi nella sfera più intima, intangibile e, di conseguenza, incoercibile della persona. Non potendo, cioè, accedere a fini riproduttivi agli spermatozoi e agli ovociti di un donatore, le coppie che non riescono ad avere un figlio ses-

come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare. Conseguentemente, le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango (sentenza n. 332 del 2000).

La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera.

In tal senso va ricordato che la giurisprudenza costituzionale ha sottolineato come la legge n. 40 del 2004 sia appunto preordinata alla 'tutela delle esigenze di procreazione', da contemperare con ulteriori valori costituzionali, senza peraltro che sia stata riconosciuta a nessuno di essi una tutela assoluta, imponendosi un ragionevole bilanciamento tra gli stessi.

Inoltre, per la Corte costituzionale, il divieto di fecondazione eterologa viola il diritto alla salute dei cittadini, in quanto non permette alle famiglie di accedere, attraverso il ricorso ai gameti di un donatore, ai trattamenti sanitari che evitano la trasmissione al nascituro di importanti patologie, nel rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati e tenendo conto - scrive ancora la Consulta - «anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati (sentenza

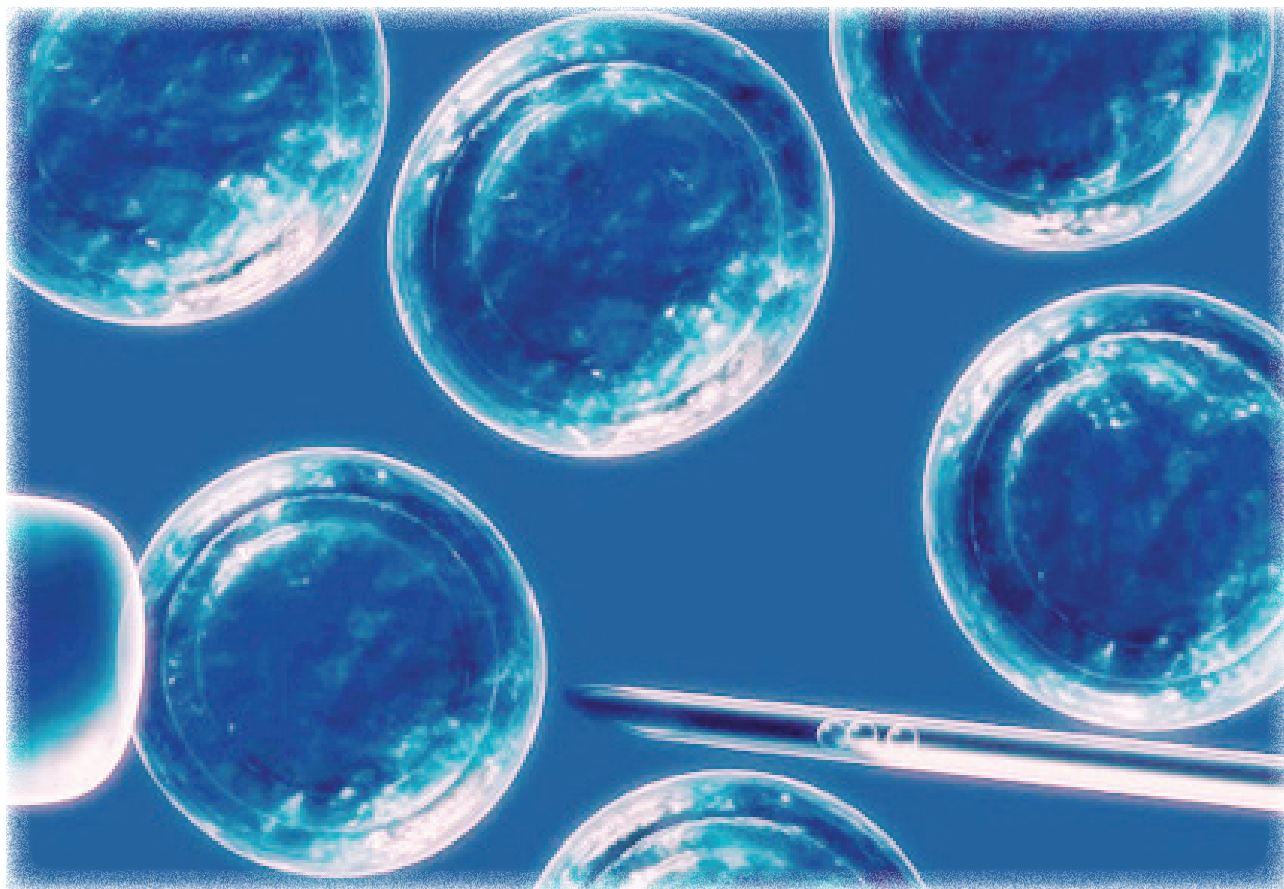
n. 8/2011), anche in riferimento all'accertamento dell'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela nei termini nei quali essa si impone alla luce della nozione sopra posta».

Questo significa che qualsiasi decisione in ambito terapeutico, incluse quelle che riguardano la na-

sualmente o/e a partire dai propri gameti, sarebbero private del diritto fondamentale alla piena realizzazione della vita privata e familiare.

Deve anzitutto essere ribadito - si scrive nella sentenza - che la scelta [...] di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che,





scita, non può che essere di competenza della responsabilità del medico che, in piena autonomia, e comunque con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali<sup>1</sup>, fermo restando il potere degli organi legislativi di intervenire in modo conforme ai precetti costituzionali.

Con questo, però, non si intende assecondare una soggettivazione della nozione di salute, «né di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici, bensì di tenere conto che la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarla vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango».

La possibilità di avviare una procedura di riproduzione assistita con i gameti di un donatore solleva una serie di questioni morali e bioetiche sulle quali esiste ormai un'ampia letteratura.

È stato sostenuto, ad esempio, che l'accettabilità

morale della procedura sarebbe discutibile, in quanto essa comporterebbe per il nascituro una moltiplicazione delle figure genitoriali<sup>2</sup> e minaccerebbe la stabilità della coppia permettendo solo ad una persona di diventare genitore.<sup>3</sup> Soltanto una persona, infatti, contribuirebbe alla nascita del bambino con i propri gameti, l'altro partner sarebbe sostituito nel concepimento e nella genitorialità da un anonimo donatore.

<sup>2</sup> F. D'AGOSTINO, *Bioetica*, Giappichelli, Torino 1996, p. 140: «(...) ci limiteremo ad osservare come non possa apparire etico che il desiderio di genitorialità di una coppia venga a trovare soddisfazione attraverso una pratica che obiettivamente indebolisce l'identità personale del figlio destinato a nascere, creandogli – almeno potenzialmente – una molteplicità di referenti esistenziali, diversi se non conflittuali tra loro»; per una prospettiva diversa, che sottolinea l'assenza di evidenze scientifiche relative ad eventuali danni per i bambini che nascono con i gameti di un donatore o di una donatrice, si veda S. GOLOMBOK, *Modern Families: Parents and Children in New Family Forms*, Cambridge University Press, Cambridge 2015.

<sup>3</sup> S. VEGETTI FINZI, *Volere un figlio. La nuova maternità fra natura e scienza*, Mondadori, Milano 1997, p. 218.

<sup>1</sup> CORTE COSTITUZIONALE, sentenza n. 151 del 2009.

Alcuni autori, poi, hanno sostenuto che anche i donatori di spermatozoi e ovociti avrebbero nei confronti dei nascituri una responsabilità parentale, che essi prendono troppo alla leggera, in quanto essi trasmettono volontariamente il proprio patrimonio genetico ad un'altra persona.<sup>4</sup>

Inoltre, la fecondazione eterologa non soltanto trasferirebbe ulteriormente l'atto della generazione fuori dall'ambito dell'agire umano, per porlo nell'ambito del fare e della tecnologia, ma aprirebbe anche la porte a pratiche che promuovono e alimentano lo sfruttamento delle persone. Il riferimento non è soltanto alla donatrice che sarebbe sottoposta ad interventi di stimolazione ovarica che potrebbero a lungo andare mettere a rischio la sua fertilità ed il suo benessere.

Con la possibilità, infatti, di ricorrere agli ovociti di una donatrice, anche le coppie gay possono avere un figlio con l'aiuto di donna disposta a portare avanti la gestazione per loro.<sup>5</sup>

In questo modo, anche il bambino che nasce non sarebbe più al riparo dal possibile sfruttamento, in quanto potrebbe essere 'comprato' a piacimento ed allontanato per sempre dalla partoriente.

Lasciando da parte, poi, le obiezioni più generali nei confronti della riproduzione assistita, la fecondazione eterologa solleva una serie di importanti questioni che riguardano l'opportunità di permettere al nascituro, una volta mag-

<sup>4</sup> G. FUSCALDO, Genetic Ties: Are They Morally Binding?, in «Bioethics», 20(2), 2006, pp. 64-76; D. BENATAR, The unbearable lightness of bringing into being, in «Journal of Applied Philosophy», 16,2, 1999, pp. 173-80; J. L. NELSON, Parental obligations and the ethics of surrogacy: a causal perspective, in «Public Affairs Quarterly», 5, 1991, pp. 49-61; T. BAYNE, Gamete Donation and Parental Responsibility, in «Journal of Applied Philosophy», 20, 1, 2003, pp. 77-87;

<sup>5</sup> D. DANNA, "Fare figli per altri è giusto": Falso!, Roma-Bari 2017; D. DANNA, Maternità. Surrogata? Nel bazar della vita: il prezzo di un figlio? Trattabile, Asterios, Trieste 2017. Per una prospettiva diversa sulla gestazione per altri, C. BOTTI, Riproduzione, soggettività e relazioni, in «Leggendaria», 115, gennaio 2016, pp. 20-27; 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, CIRSD, Torino 2018; B. PEZZINI, Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri, in «Costituzionalismo.it», 1/2017, pp. 1-245; 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.



giorenne, di conoscere l'identità del donatore<sup>6</sup>, il diritto delle coppie sugli embrioni da loro prodotti (ad esempio, hanno il diritto di chiedere la loro distruzione o di destinarli alla ricerca scientifica?), la possibilità per il partner di porre un veto alla richiesta di trasferimento in utero dell'embrione (oggi, almeno in Italia, il marito o compagno non può opporsi alla richiesta della partner, ma, ci si potrebbe chiedere, è giusto?), il numero di embrioni producibili a partire dagli spermatozoi e dalle cellule uovo

<sup>6</sup> D. ROSANI, Il diritto a conoscere le proprie origini nella fecondazione eterologa: il caso italiano e l'esperienza estera, in «BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto», n. 1/2016, pp. 211-238; I. de MELO-MARTÍN, 2014, The Ethics of Anonymous Gamete Donation: Is There a Right to Know One's Genetic Origins?, in «The Hastings Center Report», 44(2), 2014, pp. 28-35; COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa, 25 novembre 2011.



di una persona<sup>7</sup> e, infine, i limiti di età più appropriati per le persone che desiderano avere un figlio per PMA. Manca ancora, invece, una riflessione in merito al diritto delle persone a revocare il loro consenso all'impiego degli spermatozoi e degli ovuli donati per gli interventi di riproduzione assistita.

Per usare i gameti di un donatore a fini riproduttivi c'è bisogno naturalmente del suo consenso. Quando, però, il consenso di un donatore di spermatozoi e di ovociti diventa irrevocabile? In medicina, il consenso può sempre essere revocato in qualsiasi momento della procedura: prima

<sup>7</sup> K. WRIGHT, *Limiting Offspring Numbers: Can We Justify Regulation?*, in S. GOLOMBOK et al., *Regulating Reproductive Donation*, Cambridge: Cambridge University Press 2016, pp. 185-206; T. FREEMAN et al., *Sperm Donors Limited: Regulating Offspring Numbers in Reproductive Donation*, in S. GOLOMBOK et al., *Regulating Reproductive Donation*, cit., pp. 165-184.

dell'inizio del trattamento, anche durante oppure prima del termine del trattamento.

Questo, però, vale anche nel caso della donazione per gli interventi di riproduzione assistita o da un certo momento in poi della procedura il consenso alla donazione diventa irrevocabile? Nel caso, poi, della donazione di spermatozoi e ovociti, quando ha termine la procedura? Con la raccolta dei gameti (spermatozoi e ovociti) oppure con il concepimento dell'embrione?

Ma ci si può spingere anche oltre e considerare il punto di non ritorno il momento in cui il trasferimento dell'embrione viene programmato oppure viene portato a termine.

Questo articolo intende contribuire ad avviare una riflessione sul diritto giuridico di revoca del consenso da parte dei donatori di spermatozoi e ovociti a partire da un confronto con la normativa esistente riguardante la riproduzione medicalmente assistita e l'interruzione di gravidanza.

## ■ 2. GAMETI (SPERMATOZOI E OVOCITI) PER LA DONAZIONE

I gameti possono essere donati da qualsiasi persona che non abbia superato un certo limite d'età, sia in "buone" condizioni di salute e abbia il desiderio di aiutare altre persone ad avere un bambino. La donazione può riguardare sia gameti a fresco che spermatozoi e ovociti crioconservati per un futuro intervento di riproduzione medicalmente assistita, ma poi non più utilizzati.

I motivi per crioconservare i gameti vanno dal desiderio di poter successivamente disporre di ovociti e spermatozoi ancora di buona qualità e che non risentano del passare del tempo, alla volontà di conservare le proprie capacità riproduttive prima di un trattamento demolitore.

Per le persone, poi, che avviano un ciclo di riproduzione medicalmente assistita, la crioconservazione dei gameti oppure degli embrioni prodotti permette di avere un'ulteriore opportunità di avere un figlio, nel caso in cui il primo trasferimento di embrioni non avesse successo. Nel caso più fortunato, la coppia può continuare a conservare i propri gameti o embrioni, ma, a volte in cambio di una riduzione delle spese di PMA, può anche decidere di donarli.

La legge 40 non permette alle persone di donare

i propri embrioni per interventi di riproduzione, la donazione di gameti invece, dopo le sentenze della Corte Costituzionale, è consentita.

Al momento in Italia la donazione di gameti freschi è vietata, in quanto devono essere ancora recepiti i criteri di selezione dei donatori e le analisi di laboratorio<sup>8</sup> previste per i donatori secondo quanto previsto dall'allegato III della direttiva 2006/17/CE.<sup>9</sup>

Tuttavia, sia gli embrioni che gli spermatozoi e gli ovociti possono essere importanti dall'estero; inoltre, al posto dei gameti, possono essere usati ovociti già prodotti per la riproduzione, ma in sovrannumero.

In assenza delle linee guida relative agli screening e ai test necessari per la donazione, la legittimità giuridica della pratica è molto discus-

<sup>8</sup> L'art. 1 dello Schema del Presidente della Repubblica (del 4 aprile 2019) recante Regolamento di attuazione della Direttiva 2012/39/UE della Commissione, del 26 novembre 2012 che modifica la Direttiva 2006/177CE per quanto riguarda determinate prescrizioni tecniche relative agli esami effettuati su tessuti e cellule umani afferma che le analisi di laboratorio servono a riconoscere fattori rilevanti che possono servire ad individuare e ad escludere persone la cui donazione può mettere a rischio la salute degli altri, la loro stessa salute (ad esempio, superovulazione, possibili reazioni avverse alla somministrazione di sedativi o rischi associati al prelievo di ovociti oppure conseguenze psicologiche). Inoltre i donatori devono risultare negativi ai test dell'HIV1 e 2, HCV, HBV e sifilide. I donatori di sperma, poi, devono risultare negativi anche al test della clamidia.

<sup>9</sup> Nel 2010 l'Italia non ha recepito l'allegato III, in quanto all'epoca la legislazione italiana vietata la riproduzione assistita eterologa. La direttiva 2006/17/CE è stata recepita dall'ordinamento italiano con il decreto legislativo del 25 gennaio 2010, n.16 recante "Attuazione delle direttive 2006/17/CE e 2006/86/CE che attuano la direttiva 2004/23/CE Per quanto riguarda le prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento e il controllo dei tessuti e cellule umani, nonché per quanto riguarda le prescrizioni in tema di rintracciabilità, la notifica di reazioni ed eventi avversi gravi e determinate prescrizioni tecniche per la codifica, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzioni di tessuti e cellule umani"; gli allegati a tale decreto legislativo hanno, dunque, già recepito gli allegati alla direttiva 2006/17/CE. Tuttavia, il decreto legislativo 25 gennaio 2010, n. 16 nel recepire l'allegato III della direttiva 2006/17/CE – che disciplina i criteri di selezione e gli esami di laboratorio richiesti per i donatori di cellule riproduttive – ha effettuato un recepimento 'parziale', perché non ha introdotto le prescrizioni previste ai punti 3 e 4 dell'allegato medesimo che riguardano per l'appunto i criteri di selezione e gli esami di laboratorio richiesti per i donatori di cellule riproduttive.

tibile, ma casi di *egg sharing* sono già testimoniati.<sup>10</sup>

Ovviamente ci sono differenze importanti tra donazione di gameti e donazione di embrioni. Innanzi tutto, nella donazione di embrioni sono coinvolte due persone: la persona dalla quale provengono gli spermatozoi e quella alla quale invece appartengono gli ovociti poi fecondati. In futuro gli embrioni impiegati nella riproduzione potrebbero essere ottenuti dal genoma di un numero superiore di persone o soltanto da una persona, ma per il momento embrioni di questo tipo (con uno o più 'genitori') vengono prodotti soltanto per finalità di ricerca. Nella donazione di gameti, invece, fino alla fecondazione, è coinvolta soltanto una persona.

Questa è la differenza più importante rispetto alla donazione di embrioni in vitro già prodotti: «ci possono essere differenze di opinione riguardo a quali interessi dovrebbero avere la precedenza in caso di disaccordo (cioè, se quelli della donna oppure dell'uomo), ma resta il fatto che ci sono due parti che hanno creato l'embrione e con un qualche interesse nell'embrione prodotto».<sup>11</sup> Inoltre, i donatori di embrioni non producono gli embrioni perché vogliono essere donatori, ma perché desiderano avere un bambino e donano i loro embrioni perché i primi interventi di riproduzione assistita hanno avuto successo e non vogliono provare ad avere altri bambini oppure perché non hanno avuto successo e non deside-

<sup>10</sup> Secondo i dati nazionali relativi al periodo 2014-2016, gli ovociti impiegati per riproduzione eterologa provengono per il 97,4% da ovociti crioconservati di banca estera e per il 2,6% da ovociti freschi prodotti nei centri di riproduzione assistita. Nel caso degli spermatozoi donati, il 78,5% proviene da banche estere. MINISTERO DELLA SALUTE, Relazione del Ministro della salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita (legge 19 febbraio 2004, n. 40, articolo 15) relativamente all'attività centri PMA nell'anno 2016 e all'utilizzo dei finanziamenti (artt. 2 e 18) nell'anno 2017, trasmessa al Parlamento il 28 giugno 2018. Per un quadro generale della fecondazione assistita in Europa, 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.

<sup>11</sup> L. FRITH, E. BLYTH, The point of no return: Up to what point should we be allowed to withdraw consent to the storage and use of embryos and gametes?, in «Bioethics», 2019, pp. 1-7, p. 2.

rano riprovare con gli embrioni crioconservati. Anche i donatori di gameti possono avere avviato precedentemente un percorso di procreazione medicalmente assistita e aver deciso soltanto in seguito di condividere i loro gameti: tuttavia, la scelta di donare può essere fatta anche a prescindere da un progetto genitoriale.<sup>12</sup>

### ■ 3. COSA DICE LA LEGGE?

Dopo la fecondazione degli ovociti o concepimento, gli embrioni prodotti possono essere immediatamente trasferiti oppure crioconservati per un successivo trasferimento oppure abbandonati, ma le persone che hanno chiesto la loro produzione non possono chiedere la loro distruzione. In base, comunque, al comma 3 dell'articolo 6 della legge 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita, le persone che avviano un programma di riproduzione assistita possono revocare il proprio consenso al concepimento fino al momento della fecondazione.<sup>13</sup> A nostro avviso questo vale anche per coloro che decidono di donare i propri gameti. Del resto, come la Corte Costituzionale ha riaffermato anche recentemente nella sentenza 162/2014 sulla fecondazione eterologa, le scelte che riguardano la riproduzione non sono coercibili, posto che non entrino in conflitto e non vulnerino altri valori costituzionalmente protetti, in quanto riguardano per loro natura la sfera più intima ed intangibile della persona umana. È vero, per altro, che la donazione è un atto che comporta la cessione irrevocabile di qualcosa: tuttavia, la donazione di sperma e di ovociti non è paragonabile alla donazione di qualsiasi altra cosa, in quanto attraverso l'impiego di questi gameti può venire al mondo una persona. Noi disapproviamo le persone che promettono di donare qualcosa, ma poi non mantengono. Allo stesso modo criticiamo coloro che chiedono indietro quello che prima hanno donato, a meno che nel frattempo la situazione non sia cambiata e non sia accaduto nulla di così rilevante. A volte, però, può essere molto difficile, se non impossibile mantenere i propri

<sup>12</sup> G. FUSCALDO, Gamete donation: when does consent become irrevocable?, in «Human Reproduction», vol.15 no.3, 2000, pp. 515-519.

<sup>13</sup> Legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante norme in materia di procreazione medicalmente assistita.



propositi: per i donatori, poi, può essere difficile immaginare come si sentiranno una volta che hanno donato i propri gameti e la possibilità di trasmettere il loro codice genetico diventerà più concreta. È proprio questo il motivo per cui si chiede al donatore di non prendere le cose 'alla leggera' e di ragionare su quello che promette tenendo conto delle conseguenze per le altre persone: più il donatore alimenta grandi aspettative maggiore sarà la disapprovazione nei suoi confronti. Tuttavia, nelle scelte che riguardano la ri-

produzione la normativa esistente riconosce alle persone il diritto di ritornare sui loro passi anche quando si sono impegnate con terzi e anche dopo aver avviato il concepimento di una nuova persona sessualmente o con riproduzione assistita. Perché allora, con la donazione dei gameti, una persona perderebbe per sempre questo diritto? Se, però, consideriamo le cose da questa prospettiva, il diritto di revoca del consenso da parte del donatore di gameti sembra andare anche oltre il momento della fecondazione dell'ovocita. Del resto, la legge non obbliga le persone a far nascere l'embrione che hanno prodotto. Secondo l'art. 1 della legge 40 l'embrione merita protezione giuridica dal momento del concepimento, ma la tutela dell'embrione va sempre bilanciata con il diritto alla salute della donna e, in caso di conflitto, la salute della donna prevale sempre sulla tutela dell'embrione.<sup>14</sup> Una donna, pertan-

<sup>14</sup> Al momento dell'approvazione, la legge 40 prevedeva che, dopo la fecondazione degli ovociti, il trasferimento degli embrioni dovesse avvenire appena possibile nel corpo della donna. Tuttavia, la Consulta ha stabilito che la rilevanza giuridica dell'embrione va considerata ma deve essere bilanciata anche con altri interessi, quali ad esempio quelli 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 crioconservati vada realizzato appena possibile, «senza pregiudizio della salute della donna». Corte Costituzionale, sentenza n. 151 dell'8 maggio 2009.

to, non può essere sottoposta ad una riproduzione assistita contro la sua volontà, in quanto una gravidanza forzata potrebbe mettere a rischio il suo benessere psico-fisico.<sup>15</sup> La gravidanza, ad esempio, potrebbe essere incompatibile con la sua età oppure potrebbe aggravare una condizione di salute già precaria e provocare nel tempo gravissime complicazioni. 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»<sup>16</sup>, permette alla donna di rifiutare il trasferimento in utero dell'embrione, di cui sia stata accertata la condizione patologi-

<sup>15</sup> M. P. IADICICCO, *Corpo e procreazione medicalmente assistita. I nodi ancora irrisolti della disciplina italiana*, in «Questione giustizia», 2, 2016, pp. 238-249, in particolare 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*, in «Diritto penale contemporaneo», 3-4, 2014, pp. 376-394.

<sup>16</sup> «Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data di trasferimento, da realizzare non appena possibile», articolo 14, comma 3, legge 40 del 2004.





ca, laddove possa cagionare un pregiudizio alla sua salute psico-fisica.<sup>17</sup> Anche ammesso poi che il trasferimento dell'embrione avvenga contro la sua volontà e l'impianto abbia successo, la donna sarebbe costretta all'interruzione di gravidanza. A questo si aggiunge che la donna potrebbe non essere preparata ad una maternità e che la nascita di un bambino potrebbe cambiare anche le sue aspirazioni e i suoi progetti per il futuro. Per questo, la legge 40 prevede che, dopo la loro produzione, il trasferimento degli embrioni debba essere realizzato appena possibile («Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data di trasferimento, da realizzare non appena possibile», articolo 14, comma 3, legge 40 del 2004), ma «senza pregiudizio della salute della donna».<sup>18</sup>

Se, però, la salute della donna è importante e può anche giustificare un rinvio della riproduzione, con conseguente congelamento ed eventualmente abbandono degli embrioni prodotti, per quale motivo il donatore non dovrebbe avere un diritto di revoca fino al loro trasferimento? Il loro trasferimento potrebbe comunque compromettere il suo benessere psicologico e questi problemi poi potrebbero a lungo termine mettere a rischio anche la salute fisica. Gli uomini e le donne che hanno scelto di donare potrebbero trovarsi di fronte agli stessi scenari. Ad esempio, potrebbero essere passati anche alcuni anni dalla produzione degli embrioni e nel frattempo la donatrice potrebbe essersi sposata o avere una famiglia e dei bambini e avere, ad esempio, un atteggiamento profondamente diverso nei confronti dell'ovodo-



nazione. Oppure il suo atteggiamento non è cambiato per niente e vorrebbe ancora condividere i suoi ovociti con persone che desiderano avere un figlio ma non ci riescono sessualmente, ma il proprio partner oppure i suoi bambini potrebbe pensarla anche diversamente. Inoltre, quanto vale per la donatrice, potrebbe valere - per analogia - anche per il donatore. A distanza di anni, la vita e i progetti del donatore potrebbero essere completamente diversi oppure, anche se dal momento della donazione o della fecondazione non è passato molto tempo, l'uomo potrebbe avere nel frattempo cambiato idea sulla donazione e considerare ora intollerabile che qualcun altro possa vivere e crescere un bambino con il proprio patrimonio genetico.

Ad esempio, potrebbe percepire la donazione come una sorta di tradimento oppure di abbandono nei confronti della persona che viene al mondo, oppure potrebbe temere che per il nascituro potrebbe essere una condanna essere privato dalla nascita del proprio genitore 'biologico'.<sup>19</sup> Anche nel suo caso, cioè, un trasferimento degli embrioni forzato ovvero contro la sua volontà non soltanto, potrebbe rappresentare una grave violazione della sua libertà riproduttiva, ma potrebbe minacciare sia le sue relazioni personali che il suo benessere psico-fisico.

Infine, un eventuale divieto di revoca del consenso per i donatori prima del trasferimento degli embrioni sarebbe incompatibile con il principio giuridico di non vincolatività dei trattamenti sa-

<sup>17</sup> 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 penale contemporaneo», 8 maggio 2016 pp. 1-22, p. 5.

<sup>18</sup> Dopo la fecondazione, invece, la legge non prevede la possibilità di revoca del consenso per l'uomo. Un uomo, cioè, può avviare con la propria compagna un percorso di riproduzione assistita e può anche cambiare idea e revocare il proprio consenso dopo la consegna degli spermatozoi, nel caso di una riproduzione eterologa, dopo l'acquisto o la consegna dello sperma di un donatore. Non può farlo, invece, dopo che l'ovocita della partner o della donatrice è stato fecondato.

<sup>19</sup> 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.



nitari che vale sia per gli atti inerenti la propria persona che per quelli relativi agli interessi di terzi. In altri termini, il divieto sarebbe in palese conflitto con i dettati costituzionali che statuiscano la libertà delle scelte sanitarie (art. 13 e 32 della Costituzione italiana) e con la Convenzione di Oviedo (art. 5), «formalizzando, de facto, una sorta di trattamento sanitario obbligatorio».<sup>20</sup>

Del resto, la donazione dello sperma e degli ovociti è un trattamento sanitario che prende avvio con la raccolta dei gameti, ha un momento importante nella fecondazione dell'ovocita e termina con il trasferimento degli embrioni, prodotti in vitro, nell'utero di una donna. Dato, pertanto, che in medicina, il consenso può essere revocato in qualsiasi momento della procedura - prima dell'inizio del trattamento, anche durante oppure prima del termine del trattamento - soltanto con il momento del trasferimento il consenso alla donazione diventa irrevocabile.

#### ■ 4. LA REVOCA DEL CONSENSO E LA LEGGE SULL'INTERRUZIONE DI GRAVIDANZA

Dal momento che legge 40 riconosce che la salute della donna prevale sulla rilevanza giuridica dell'embrione e giustifica la revoca del consenso da parte sua ad un intervento di riproduzione assistita, a livello giuridico anche il donatore di

<sup>20</sup> 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 «Clinical Therapeutics», 166, 3, 2015, pp. e234-241, in particolare p. e237.

sperma e di ovociti sembra possedere lo stesso diritto. È vero, per altro, che la legge 194 del 1978 sull'interruzione di gravidanza<sup>21</sup> prevede che il consenso dell'uomo alla riproduzione diventi irrevocabile al momento della fecondazione dell'ovocita: tuttavia, la situazione che si realizza con la produzione degli embrioni in vitro non è equiparabile alla condizione che vive una donna che rimane incinta attraverso un rapporto sessuale. La legge 194/1978 permette l'interruzione di gravidanza entro i primi novanta giorni se essa mette a rischio la salute e/o la sopravvivenza della donna o l'embrione presenta gravi 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 [...]» (art. 4).

L'aborto, inoltre, è consentito anche dopo i novanta giorni e fino a quando il feto non è vitale, se il prosieguo della gravidanza è incompatibile con la sopravvivenza o 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 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

<sup>21</sup> Legge 22 maggio 1978, n. 194 Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza.

pericolo per la salute fisico o psichica della donna» (art. 6). In base a quanto previsto dalla legge 194 sull'interruzione della gravidanza, il diritto di abortire spetta esclusivamente alla donna, in quanto l'uomo non può costringerla a sottoporsi ad un intervento chirurgico o farmacologico perché non vuole avere un figlio. Per lo stesso motivo, la decisione se continuare la gravidanza riguarda soltanto la donna: l'uomo, cioè, può essere anche contrario all'idea di avere un figlio, ma è soltanto la donna che decide.

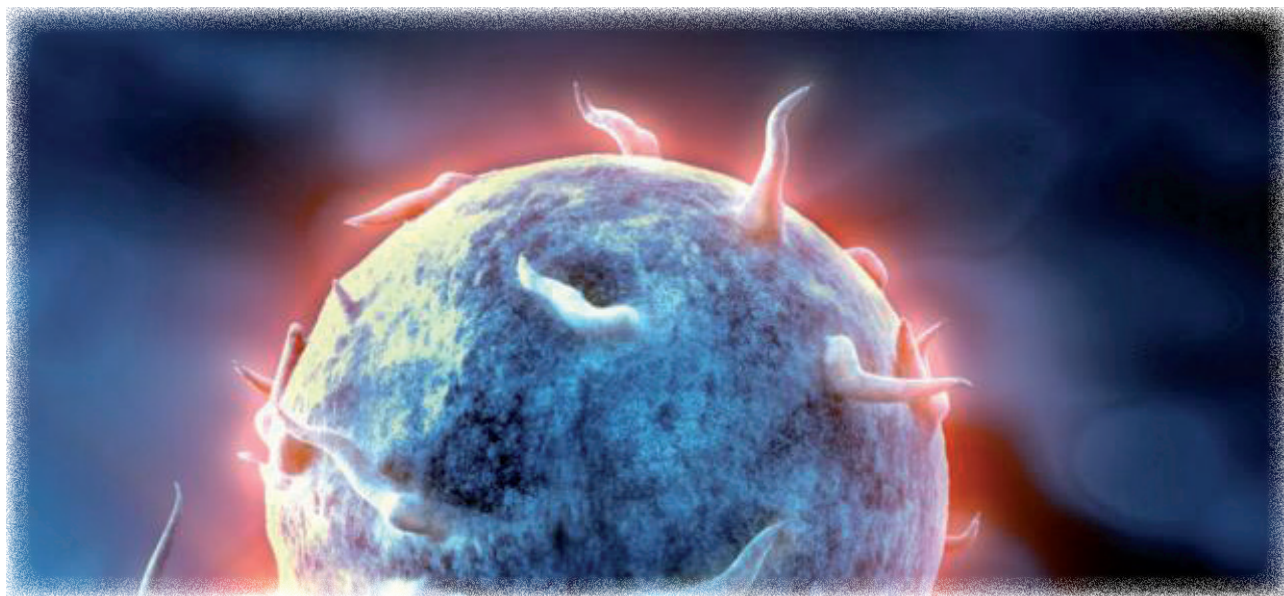
Tuttavia, per la questione che stiamo affrontando e che riguarda il diritto del donatore alla revoca del consenso all'uso dei suoi gameti, il riferimento alla legge sull'aborto è inappropriato, in quanto dopo la fecondazione e casomai dopo il congelamento degli embrioni, una eventuale cambiamento della sua volontà non comporterebbe una limitazione della libertà della donna. Non ci sarebbe cioè nessun intervento chirurgico, nessuna anestesia e nemmeno l'introduzione nel corpo della donna di uno strumento che permette l'aspirazione dell'embrione. Semplicemente, una volta prodotto, l'embrione non verrebbe impiegato e sarebbe crioconservato. oppure se l'embrione è già stato precedentemente crioconservato non verrebbe più scongelato. Oggi l'aborto può avvenire anche per via farmacologica, ma in caso di revoca del consenso da parte del donatore per la donna non ci sarebbero nemmeno farmaci da prendere. La legge 40/2004 non permette alle persone di disporre come voglio-

no degli embrioni prodotti in vitro e nemmeno consente loro di destinare gli embrioni soprannumerari alla ricerca. In ogni caso, riconoscere al donatore il diritto di opporre un veto al trasferimento degli embrioni non equivarrebbe a riconoscergli un diritto a disporre come vuole di loro o a chiedere la loro distruzione. Le cose sarebbero diverse: l'embrione rimarrebbe congelato e non sarebbe più utilizzato.

A questo si aggiunga che il riferimento alla legge sull'interruzione di gravidanza sembra avvalorare più la tesi del diritto del donatore ad una revoca del consenso all'uso degli embrioni prodotti che un diritto della donna ricevente a impiegare gli embrioni contro la volontà del donatore. Perché, infatti, dopo la fecondazione, la donna ha sempre il diritto di interrompere una gravidanza, mentre il donatore, dopo la produzione degli embrioni, non potrebbe più cambiare idea?

È vero che il donatore di gameti sceglie liberamente di contribuire alla produzione degli embrioni, ma perché questo gli dovrebbe far perdere il diritto di revocare il consenso dopo la fecondazione?

La legge permette di abortire, anche quando la gravidanza - non importa se ottenuta sessualmente o con le tecniche riproduttive - è il risultato di una scelta libera e consapevole. Nel caso, inoltre, degli embrioni in vitro prodotti attraverso interventi di riproduzione assistita, le donne non possono chiedere la loro distruzione oppure destinarli alla ricerca, possono comunque rin-



viare il loro impiego e poi chiedere la loro crioconservazione *sine die*: «In tal modo la tutela accordata all'embrione, nell'ottica della descritta ragionevolezza costituzionale, non dovrebbe intaccare quel nucleo essenziale del diritto all'autodeterminazione di cui devono necessariamente godere coloro i quali hanno fornito i gameti che lo hanno generato».<sup>22</sup> Tuttavia, se il fatto che la donna sia responsabile per la produzione degli embrioni in vitro, non la obbliga a rimanere incinta e poi a portare avanti la gravidanza fino al termine fisiologico, perché allora, i donatori di gameti dovrebbero avere una maggiore responsabilità nei loro confronti e, una volta prodotti e vicini al trasferimento, non potrebbero più rivedere la loro decisione?

## ■ 5. GLI INTERESSI DELLA COPPIA PREVALGONO SU QUELLI DEL DONATORE?

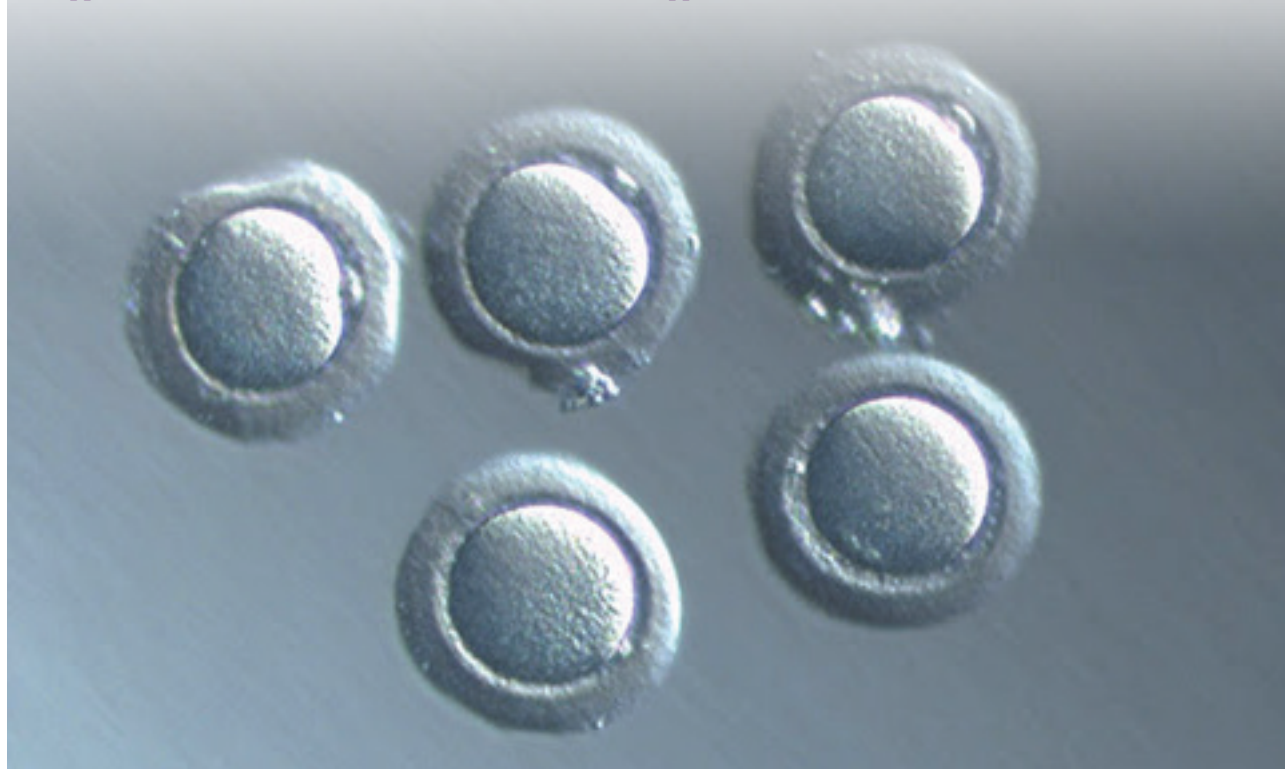
Nemmeno un eventuale interesse della coppia ad impiegare gli embrioni prodotti con i gameti di un donatore sembra sufficiente a far venire meno

il diritto del donatore a revocare il proprio consenso. In questo caso, infatti, si verrebbe a creare tra il donatore dei gameti e la coppia una situazione analoga a quella che si produce quando i partner sono in disaccordo sull'uso degli embrioni.

In alcuni precedenti giuridici riguardanti il disaccordo della coppia sugli embrioni prodotti, le corti hanno riconosciuto il diritto delle persone a revocare il consenso all'uso degli stessi o verosimilmente di opporsi al desiderio della partner di usare gli embrioni per la riproduzione assistita. Nel caso Davis contro Davis, dopo che nella sentenza di primo grado la custodia degli embrioni prodotti era stata affidata a Mrs Davis perché nel migliore interesse degli embrioni stessi, la Corte di appello aveva rivisto la sentenza riconoscendo all'uomo il diritto di veto e precisando che gli embrioni non sono cellule come le altre, ma non meritano il rispetto delle persone.<sup>23</sup> La Corte Suprema del Tennessee invece ha sancito che le persone coinvolte nella produzione degli embrioni hanno il diritto di opporsi al trasferimento in utero degli embrioni, "a meno che il partner non abbia altro

<sup>22</sup> F. S. PORCELLI, Sulla restituzione degli embrioni soprannumerari crioconservati, in «Nuovo Diritto Civile», II, 1, 2017, pp. 186-199.

<sup>23</sup> L. E. MURRAY, Davis v. Davis: The Embryonic Stages of Procreational Privacy, in «Pace Law Review», 14, 2, 1994, pp. 567-596.



ragionevole modo di riprodursi senza gli embrioni in questione».<sup>24</sup> E la stessa conclusione è stata raggiunta dai giudici europei nel caso di Evans contro Johnston, in quanto al diritto della Evans di diventare genitore biologico di un figlio non è stato riconosciuto maggior peso rispetto al diritto del partner, Johnston, di non diventare genitore:

Per quanto riguarda il bilanciamento raggiunto tra i diritti confliggenti delle parti al trattamento IVF previsti dall'articolo 8, la Grande Camera [...] ha una grande simpatia per la richiedente [...] - tuttavia, [...] non ritiene che il diritto della richiedente al rispetto della decisione di diventare genitore in senso genetico debba essere considerato più importante del diritto di J. al rispetto della sua decisione di non avere un figlio geneticamente correlato con lui.

La Corte riconosce che sarebbe stato possibile per il Parlamento regolare la situazione in modo diverso. La Grande Camera ritiene che, data la mancanza di consenso europeo su questo punto, il fatto che le norme interne fossero chiare e portate all'attenzione della ricorrente e che abbiano raggiunto un giusto equilibrio tra gli interessi in conflitto, non vi è stata violazione di articolo 8 della Convenzione.<sup>25</sup>

Naturalmente per le persone coinvolte la frustrazione sarebbe grande, se gli embrioni prodotti con i gameti di un donatore sono per loro l'ultima occasione per sperare di avere un figlio biologico. Davanti ad uno scenario come questo si può facilmente immaginare la loro profonda delusione: si trovano ad un passo dal trasferimento degli embrioni e improvvisamente tutto si ferma. Tuttavia, per avere un figlio sessualmente con un'altra persona, c'è bisogno del suo consenso. Perché le cose dovrebbero cambiare quando la fecondazione avviene attraverso un intervento di PMA? Avere un figlio contro la volontà di un'altra persona è comunque una violazione della sua autonomia, anche se la fecondazione dell'ovocita non

avviene sessualmente. Per altro, se nel caso degli interventi di riproduzione medicalmente assistita applicassimo regole meno stringenti riguardo al consenso dei partecipanti e/o dei donatori di gameti, questo aprirebbe le porte a conseguenze molto gravi per il nostro diritto alla libertà riproduttiva.

Domani, infatti, potrebbe diventare molto facile ottenere spermatozoi di altre persone, in quanto qualsiasi cellula somatica potrebbe essere trasformata in staminali e poi in gameti.<sup>26</sup> Diremmo forse che non sarebbe un crimine rendere le persone (non soltanto gli uomini ma anche le donne) genitori contro la loro volontà o a loro insaputa, appropriandosi delle loro cellule? Basterebbe trovare o entrare in possesso di un capello o un pelo per provare a farlo: politici e star dello spettacolo potrebbero diventare genitori di decine o addirittura centinaia di bambini, in quanto ci sarebbero di sicuro tante persone che sognerebbero di avere un figlio con loro.<sup>27</sup>

Per altro, l'eventuale revoca del consenso da parte del donatore potrebbe essere per la coppia coinvolta molto meno drammatica rispetto alla situazione che abbiamo descritto più sopra. La revoca, infatti, potrebbe avvenire immediatamente dopo la fecondazione degli embrioni e, per la produzione di nuovi embrioni, la coppia potrebbe di nuovo ricorrere ai propri gameti. Anche se, poi, gli embrioni sono stati già crioconservati, potrebbero non essere passati così tanti anni dalla fecondazione degli ovociti o la produzione degli embrioni potrebbe essere avvenuta con gli ovociti di una donatrice e l'uomo potrebbe avere ancora spermatozoi normali e utilizzabili.

Naturalmente per le persone che vogliono avere un figlio ma non possono averlo sessualmente e a partire dai loro gameti, lo scenario cambierebbe completamente con la possibilità, a cui abbiamo già accennato, di ottenere spermatozoi e ovociti dalle proprie cellule somatiche. In questo caso, per altro, l'eventuale revoca del consenso da par-

<sup>24</sup> G. FUSCALDO, Gamete donation: when does consent become irrevocable?, cit., p. 515. TENNESSEE SUPREME COURT, Davis v. Davis, 842 S.W.2d 588, 604 (Tenn. 1992).

<sup>25</sup> European Court of Human Rights, Grand Chamber, Evans v. United Kingdom, 43 E.H.R.R. 21, Strasburgo 10 aprile 2007. Riguardo a questo caso, 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.

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> A. SMAJDOR, D. CUTAS, Artificial gametes and the ethics of unwitting parenthood, in «J Med Ethics», 40, 2014, pp. 748-751.

te del donatore non sarebbe più un problema perché la coppia avrebbe comunque una riserva inesauribile di spermatozoi e ovociti e perché, comunque, non avrebbe più bisogno di ricorrere ai gameti di un donatore.

Si può, poi, anche immaginare che alcune coppie che ricorrono alla riproduzione assistita con i gameti di un donatore potrebbero, in caso di revoca del consenso da parte del donatore dopo la fecondazione, considerare estremamente grave non impiegare gli embrioni e abbandonarli. Ma nemmeno questo può dare alla coppia il diritto di prevalere sugli interessi del donatore. Altrimenti dovremmo mettere in discussione il diritto della donna ad interrompere la gravidanza, almeno quando il partner ritiene che l'embrione vada trattato come persone dal concepimento.

## ■ 6. CONCLUSIONI

Non si può negare che la donazione degli spermatozoi e degli ovociti alimenti aspettative importanti. Le persone che ricorrono alla riproduzione eterologa contano sui gameti dei donatori perché non riescono ad avere un bambino sessualmente o comunque con i propri spermatozoi ed ovociti. Pertanto, se il donatore potesse revocare improvvisamente il proprio consenso dopo la fecondazione degli embrioni o in prossimità di un loro trasferimento, essi subirebbero una grave frustrazione. È vero che un'eventuale revoca del consenso da parte del donatore non comprometterebbe le loro possibilità di avere un bambino con un intervento di riproduzione assistita, in quanto il centro di riproduzione potrebbe trovare un altro donatore senza alcuna difficoltà. Tuttavia, la coppia dovrebbe rinviare il concepimento e, in caso di fallimento dei successivi tentativi, potrebbe restare con il dubbio che forse le cose sarebbero potute andare diversamente. Anche se, però, l'eventuale revoca del consenso da parte del donatore (di spermatozoi ed ovociti) avesse conseguenze negative sulle persone che vogliono avere un bambino, questo non sembra comunque sufficiente a giustificare un'irrevocabilità della donazione. Innanzi tutto, noi non vietiamo per legge ogni cosa che riteniamo moralmente disapprovabile, perché allora dovremmo vietare al donatore la possibilità di revocare il suo consenso? Inoltre, nelle scelte che

riguardano la riproduzione e la nascita la normativa esistente riconosce alle persone il diritto di ritornare sui loro passi anche quando si sono impegnate con terzi e hanno avviato il concepimento di una nuova persona sessualmente o con riproduzione assistita. Anche dopo la fecondazione dell'ovocita e la produzione di un embrione, le donne possono scegliere di interrompere la gravidanza o rifiutare il trasferimento in utero degli ovociti fecondati. Per altro, l'eventuale revoca del consenso da parte del donatore dopo la fecondazione non comporterebbe per le persone interessate una frustrazione necessariamente maggiore rispetto a quella che le persone possono patire quando il partner cambia progetto e sceglie di rinviare il concepimento, interrompere una gravidanza o non chiedere più il trasferimento degli embrioni. Perché allora un donatore di spermatozoi o di ovociti non dovrebbe avere lo stesso diritto? Per quale motivo, cioè, dopo la fecondazione il consenso alla donazione dovrebbe essere irrevocabile?

