

L'adozione per la nascita nel prisma dei diritti e doveri costituzionali

1. Introduzione

Parlare di adozione per la nascita significa ragionare di una delle possibili risposte alla delicatissima domanda sul destino degli embrioni crioconservati, domanda che preesisteva alla legge n. 40 del 2004 (basti ricordare che il Comitato Nazionale di Bioetica affrontava già il problema in un documento del 1996) ma che ha assunto una ben più ampia portata e contorni se vogliamo ancor più problematici per il numero di embrioni che sono stati prodotti e crioconservati a seguito della nota sentenza n. 151 del 2009 della Corte costituzionale, sentenza con cui è stato dichiarato incostituzionale il limite di creazione di tre embrioni e la prescrizione del loro contestuale impianto, che così ha riaperto la porta alla possibilità della creazione sovranumeraria di embrioni poi crioconservati perché non tutti destinati all'impianto.

L'adozione per la nascita, che sta diventando una possibile e concreta risposta a questo interrogativo, grazie anche ad alcune proposte di legge presentate in Parlamento, merita una particolare attenzione per la complessità, per l'eterogeneità e per la delicatezza dei profili che ne discendono. Attenzione però...stiamo parlando di una risposta e non di una soluzione al problema del destino degli embrioni crioconservati; la legge n. 40 aveva cercato di fornire una soluzione arginando il fenomeno della crioconservazione.

Quindi allo stato attuale l'unica cosa che ragionevolmente l'ordinamento può fare, è quella di dare una risposta che conservi lo spirito della legge n. 40 e che quindi abbia a cuore la tutela del concepito. In questo momento è importante essere positivamente propositivi, pur con occhi critici, costruttivamente critici perché si possa definire una disciplina esaustiva, costruita in modo tale anche da non prestare il fianco ad interventi giurisprudenziali demolitori. Proprio per questo occorre soffermarsi a ragionare su questa proposta, e soprattutto sulla rispondenza a quelli che sono alcuni diritti e doveri costituzionalmente rilevanti che riguardano tutti gli attori coinvolti in una simile circostanza: da una parte l'embrione stesso e dall'altra i genitori genetici e i genitori adottandi.

L'adozione per la nascita implica infatti innanzitutto il dover ragionare sulla situazione giuridica degli embrioni crioconservati, cercando di comprendere se sussista uno statuto costituzionale dell'embrione alla luce del quale devono essere vagliate le possibili soluzioni proposte alla domanda sul destino degli embrioni crioconservati. D'altra parte però non si può dimenticare che l'embrione, una volta che si sia proceduto con l'adozione per la nascita, prosegue un percorso di crescita e di sviluppo, anche se in un contesto familiare diverso da quello geneticamente originario. Quali quindi i diritti di questo figlio? E ancora, non si tralasci la situazione giuridica dei genitori genetici come di quelli adottandi. Vi sono dei doveri e dei diritti costituzionali che permeano queste situazioni e che definiscono i contorni dei rapporti derivanti dall'adozione?

Questo è il metodo, il percorso da seguire: quando si pensa ad un istituto in risposta ad un determinata fattispecie è necessario infatti domandarsi quali sono i

soggetti coinvolti, quali sono i diritti e doveri che vengono in risalto e quali sono le implicazioni su soggetti e diritti che scaturiscono da determinate scelte. Un ulteriore arricchimento potrebbe essere dato da uno sguardo aperto ad altre esperienze e ad altri ordinamenti che già da tempo si confrontano con le stesse domande.

2. La situazione giuridica dell'embrione.

Innanzitutto non si può prescindere dal cercare di ricostruire la situazione giuridica dell'embrione, ricostruzione che incide sia sul nome da conferire a questo istituto nascente sia sulla disciplina da applicare.

Definire l'embrione una persona o un bene, un mero aggregato cellulare implica infatti il sorgere di una serie di conseguenze fondamentali.

Qual è la situazione giuridica del concepito nel nostro ordinamento?

Una prima considerazione che possiamo svolgere riguarda la capacità giuridica del concepito, in una prospettiva prettamente civilistica. Il legislatore del 1942, quando ha redatto il codice civile, ha inserito nel dettato normativo alcune disposizioni che attribuiscono diritti al concepito: su tutte, l'art. 462 c.c. (capacità di successione *mortis causa*) e l'art. 748 c.c. (capacità di ricevere donazioni). Queste disposizioni vanno necessariamente lette in combinato disposto con l'art. 1 c.c. per cui «La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita». L'apposizione di questa condizione, se fa ritenere riconosciuta al nascituro una capacità giuridica "relativa", non comporta però automaticamente l'impossibilità di riconoscergli una soggettività giuridica e quindi la titolarità di altri diritti positivizzati in fonti diverse dal codice civile. Il fatto che l'acquisizione di questi diritti venga subordinata alla condizione della nascita risponde infatti ad una chiara e univoca *ratio* che è quella di offrire certezza ai traffici giuridici, trattandosi di diritti a contenuto patrimoniale.

La qualificazione giuridica del concepito può essere quindi ricercata anche altrove, e soprattutto in quelle normative che disciplinano fattispecie riguardanti l'inizio vita (PMA e aborto).

Il concepito nel nostro ordinamento è infatti esplicitamente tutelato sia dall'art. 1 della l. n. 194/1978 sia dall'art. 1 della l. n. 40/2004, ed è tutelato in forza di dati scientifici che riconoscono nell'embrione «una fase della sequenza esistenziale unitaria che identifica la vita di un essere umano». È la scienza stessa ad insegnarci che il processo ontogenetico dell'embrione si caratterizza per tre caratteri fondamentali: la coordinazione, la continuità e la gradualità.

La Costituzione invece sul punto rimane silente; scorrendo il testo costituzionale non si rinvencono richiami espliciti come troviamo in altri testi costituzionali europei tra cui la Costituzione irlandese e quella ungherese; questo non ha però impedito alla Corte costituzionale, interpellata in diverse occasioni su problematiche attinenti l'inizio della vita, di fornire una risposta positiva all'interrogativo sulla rilevanza costituzionale e quindi sulla tutelabilità dell'embrione. Le principali pronunce che meritano di essere ricordate (le sentenze della Corte costituzionale nn. 27 del 1975, 35 del 1997, 45 del

2005), sono tre pronunce che coprono un lasso di tempo di circa 30 anni durante i quali è sicuramente mutato il panorama sociale e scientifico ma nelle quali la Corte mantiene una posizione analoga: nella prima di queste (27/1975) la Corte riconosce che “la tutela del concepito ha un fondamento costituzionale, l’articolo 31, co. 2 impone espressamente la tutela della maternità e più in generale l’articolo 2 riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito”. Le altre due pronunce, di natura diversa perché erano volte a verificare l’ammissibilità dei referendum l’una sulla legge 194 e l’altra sulla legge 40, ribadiscono che si tratta di “norme costituzionalmente necessarie perché volte a garantire una tutela e a disciplinare diritti costituzionalmente rilevanti”.

È questo stesso riconoscimento che aveva in mente il legislatore nazionale quando ha tentato, sia pur in modo perfettibile (vista la complessità del tema che si nutre anche di elementi scientifici, filosofici e morali, oltre che giuridici), di disciplinare l’interruzione di gravidanza e la procreazione medicalmente assistita. Vero è che però questa tensione alla tutela del concepito sembra aver perso pregnanza a causa di alcuni interventi demolitori della stessa Corte costituzionale che, partendo da queste dichiarazioni di principio, quando ha dovuto operare il bilanciamento tra i diritti coinvolti, ha fatto prevalere la tutela della donna sulla base dell’argomentazione della prevalenza di diritti di chi è già persona rispetto ai diritti di chi persona non lo è ancora pienamente.

3. Le possibili risposte all’interrogativo sul destino degli embrioni crioconservati: in particolare adozione e donazione.

Così ricostruita la situazione giuridica del concepito, è rispetto ad essa, rispetto a questo statuto costituzionale dell’embrione che devono essere vagliate le possibili risposte al problema del futuro degli embrioni crioconservati. Ed è proprio questo riconoscimento che ci permette di escludere quali possibili risposte la distruzione e l’uso per ricerca, e ci pone di fronte all’alternativa tra le proposte dell’adozione per la nascita e della donazione, entrambe confluite in proposte di legge oggetto di discussione, dall’aprile 2012, nella Dodicesima Commissione Permanente Affari Sociali.

Soffermiamoci in particolare su queste ultime due.

Lo scheletro su cui si innestano le peculiarità delle singole proposte è il medesimo, oltretutto consentire che un embrione crioconservato – una volta dichiarato lo stato di abbandono – possa essere trasferito ad un’altra coppia perché questa possa procedere all’impianto.

Anche se in apparenza la distinzione tra le due opzioni possa sembrare puramente semantica, l’utilizzo del termine adozione o donazione ha implicazioni sostanziali che incidono direttamente sullo *status* dell’embrione e quindi, di conseguenza, sui diritti e doveri coinvolti nella fattispecie: incide sui diritti/doveri dei genitori genetici e di quelli che ricevono in donazione/adozione l’embrione, oltre che ovviamente sui diritti del concepito stesso.

La differenza non è solo nominalistica; è una scelta sostanziale! I termini che si utilizzano sono infatti spesso sintomatici delle concezioni che ne stanno a fondamento; se parlare di adozione vuol dire avere coscienza della situazione di abbandono in cui versa un essere umano (una visione sicuramente maggiormente personalista e quindi anche solidarista), parlare di donazione implica invece una oggettivizzazione, una reificazione dell'embrione che diventa un bene oggetto di una transazione, di un passaggio di proprietà, che non esige alcuna specifica tutela ma che viene gestito a seconda della volontà di donanti e donatari; parlando in termini contrattualistici le parti possono regolare a loro piacimento il trasferimento di proprietà, inserendo svariate clausole nell'accordo.

Quindi è nelle pieghe dell'alternativa donazione-adozione che si dipana la questione ontologica relativa all'identità giuridica dell'embrione. Se la donazione sottende una prospettiva contrattualistica che fa dell'embrione una *res*, un mero oggetto di un trasferimento di proprietà dipendente dalla volontà dei genitori genetici, l'adozione, all'opposto, si fonda sul riconoscimento dell'umanità dell'embrione che, in quanto persona, diventa il protagonista di una relazione radicata su una solidarietà sociale, un solidarietà analoga a quella espressa nella dinamica dell'adozione del minore.

Questo presupposto impatta sulla disciplina dell'istituto, producendo una serie di conseguenze giuridiche che hanno una rilevanza sostanziale.

4. Una parentesi di diritto comparato: gli Stati Uniti d'America.

Per comprendere meglio questo passaggio, questa interdipendenza, potrebbe rivelarsi utile il raffronto con altre esperienze e, in particolare, con quella statunitense, che è ormai a regime dal 1987, quando è diventato operativo, su iniziativa dell'Associazione Nightlight Christian Adoptions, il programma Snowflakes.

Le stesse problematiche che in tempi relativamente recenti il nostro ordinamento si è trovato ad affrontare sono oggetto negli Stati Uniti, già da moltissimi anni, di accese discussioni in sede legislativa, giurisprudenziale e dottrinale.

Nonostante la donazione degli embrioni sia divenuta una scelta di disposizione sempre più diffusa, si registrano numerose controversie che, in mancanza di una chiara direttiva federale - in particolare rispetto alla situazione giuridica dell'embrione - ha costretto i legislatori statali e i tribunali a risolvere i contenziosi con la sola arma della propria discrezionalità e del proprio prudente apprezzamento. Due sono gli interrogativi di fondo, tra loro collegati, che emergono.

Il primo, di respiro più ampio, riguarda lo statuto legale dell'embrione: l'embrione è un essere umano titolare di diritti o è solo un insieme di cellule, un oggetto di diritti e in particolare oggetto di un diritto di proprietà dei donatori del materiale genetico da cui deriva?

Il secondo interrogativo riguarda invece la disciplina applicabile a questo trasferimento di embrioni: quindi, è più opportuno parlare di donazione o di adozione di embrione e di conseguenza la disciplina applicabile a queste fattispecie deve essere attinta

dalla normativa che regola i contratti (*contract law*) o dalle norme che invece regolano l'adozione (*adoption law*)?

Rispetto al primo profilo (la situazione giuridica del concepito) bisogna sottolineare che la tacita devoluzione ai legislatori nazionali e alle singole corti della definizione dell'identità del concepito e del grado di tutela che deve essergli riconosciuta ha comportato, se possibile, un'incertezza ancor più profonda; basta scorrere la giurisprudenza e la normativa per verificare come le corti e i legislatori statali siano giunti a definizioni tra loro conflittuali. Se da una parte alcuni qualificano l'embrione come essere umano, altri invece lo identificano quale bene oggetto di proprietà, e altri ancora lo inseriscono in una sorta di categoria intermedia: *«preembryos are not, strictly speaking, either “persons” or “property”, but occupy an interim category that entitles them to special respect because of their potential for human life»*.

In particolare la giurisprudenza sembra per lo più abbracciare il secondo e il terzo approccio (bene oggetto di proprietà o categoria intermedia); fino ad oggi, la maggior parte dei casi che sono giunti all'attenzione delle autorità giudiziarie – e che avevano ad oggetto gli embrioni crioconservati - riguarda controversie insorte tra cliniche della fertilità e genitori biologici sulla titolarità della disponibilità degli embrioni o controversie nate nel corso di procedimenti di divorzio o in caso di morte di uno dei coniugi.

In *Kass v. Kass*, alla Corte d'appello di New York era stato chiesto di determinare i diritti delle parti coinvolte in un procedimento di divorzio rispetto alla disposizione di un embrione crioconservato. I coniugi Kass, infatti, quando si erano rivolti alla clinica per la creazione degli embrioni, avevano sottoscritto un modulo di consenso sul trattamento in cui si affermava che l'impianto degli embrioni sarebbe dovuto avvenire solo su accordo di entrambi i genitori e che in caso di divorzio questi avrebbero dovuto essere donati alla ricerca. Poco tempo dopo il divorzio la moglie aveva però chiesto la custodia degli embrioni per poter procedere con l'impianto; all'opposizione del marito, che d'altra parte sosteneva il suo diritto a non voler diventare padre, la Corte ha risposto facendo valere, sulla base della disciplina contrattuale, quanto contenuto nell'accordo sottoscritto dalle parti, disponendo quindi la donazione degli embrioni per la ricerca.

Il caso *York v. Jones* prendeva invece origine da una controversia tra una coppia e una clinica della fertilità incaricata di crioconservare alcuni embrioni, controversia che era insorta quando la coppia aveva deciso di trasferire i propri embrioni in un'altra struttura, incontrando l'opposizione della clinica. La Corte veniva chiamata a determinare a chi spettasse il diritto di gestire gli embrioni e affermava che l'accordo di crioconservazione sottoscritto dalle parti litiganti, definito come contratto di deposito, assumeva gli embrioni come proprietà personale dei donatori genetici - proprietà che era riconosciuta dalla clinica tramite la sottoscrizione dell'accordo -: quindi i donatori genetici, quali proprietari dell'embrione, avevano il diritto di chiederne la restituzione per poterne disporre.

Nel caso *Jeter v. Mayo clinic* (che ricorda la vicenda avvenuta circa un anno fa al San Filippo Neri) i protagonisti della controversia erano una coppia di genitori biologici che avevano intentato una causa per omicidio colposo nei confronti della clinica dove erano custoditi alcuni embrioni crioconservati, deceduti per una causa imputabile alla struttura. La Corte innanzitutto afferma che è compito dello stato definire l'identità giuridica

dell'embrione, così legittimando o meno inevitabili ricadute sulla disciplina della responsabilità penale. In secondo luogo affermava come fosse una forzatura speculativa riconoscere nell'embrione una persona umana a tutti gli effetti, dal momento che nel percorso evolutivo del concepito possono inserirsi una serie di variabili tali da non portare mai a compimento il processo di sviluppo.

Quello che mi preme far emergere tramite questi casi (che sono solo una infinitesimale porzione della giurisprudenza americana in tema) è come l'embrione venga per lo più considerato in una prospettiva meramente contrattualistica, quale vero e proprio bene oggetto di disposizione da parte dei genitori biologici.

Quello che temono la maggior parte dei giuristi statunitensi è che se si dovesse affermare la natura di persona umana dell'embrione si creerebbe un cortocircuito che metterebbe a repentaglio l'autonomia procreativa (e quindi la facoltà per la donna di interrompere la gravidanza) oltre che la possibilità di utilizzo degli embrioni per finalità di ricerca scientifica, possibilità entrambe ammesse ed estremamente sentite dai giuristi ma anche nell'opinione pubblica statunitense (basti pensare al famosissimo caso *Roe v Wade* in tema di aborto e alle grandi campagne sulle ricerca embrionale); anticipare la titolarità dei diritti del concepito ad un momento precedente la nascita, implica che questi diritti dovranno necessariamente essere bilanciati con i diritti dei genitori biologici e dovranno prevalere rispetto ad altri diritti quale quello alla ricerca.

D'altra parte però non tutta la giurisprudenza sembra allineata in questa direzione; ci sono infatti alcuni giudici che faticano a vedere l'embrione come un mero aggregato cellulare. Nel gennaio 2013 la Corte suprema dell'Alabama ha affermato che il concepito è a tutti gli effetti persona bisogna di protezione legale. Qui eravamo in un ambito differente perché si trattava di estendere anche ai non nati una legge dello Stato sulla messa in pericolo chimico. La corte non ha dubbi e condanna due donne per aver messo in pericolo la vita dei propri figli, non ancora venuti al mondo, attraverso l'uso di droghe legali.

Questa contraddittorietà fa emergere come anche negli ordinamenti che più valorizzano l'autodeterminazione al fondo si riconosca una certa dignità dell'essere umano in ogni stadio del suo sviluppo.

Per uscire da questo *impasse*, utilizzando una rischiosa inversione di metodo, alcuni autori in dottrina hanno proposto di dare un nome all'embrione, definendolo persona umana o oggetto di proprietà, a seconda della finalità con cui i genitori biologici decidono di disporne, prevalendo l'una o l'altra definizione a seconda che il destino dell'embrione sia l'adozione per la nascita ovvero la distruzione o la donazione alla ricerca. Come se lo statuto ontologico dell'embrione si definisse al di là di un dato oggettivo ma a seconda della volontà e delle scelte dispositive dei genitori biologici. È come se fossimo in una sorta di autodiritto il quale, invece che fondarsi su dati oggettivi, diventa relativo e personalizzabile.

Quello che abbiamo osservato fino ad adesso si riflette inevitabilmente anche sull'alternativa donazione-adozione, dove ancora una volta si frappone l'ostacolo di una mancata regolamentazione a livello federale oltre che a livello statale. La disciplina di questo istituto viene infatti lasciata all'autoregolamentazione delle singole organizzazioni e associazioni che gestiscono le tecniche ed erogano il servizio, per cui i giudici, una

volta investiti da eventuali controversie, si trovano costretti a districarsi nel dubbio di quale normativa applicare.

Ma come si realizzano effettivamente questi trasferimenti? Nella maggior parte dei casi la procedura che viene posta in essere si può più agilmente ricondurre alla disciplina della donazione. Il trasferimento dell'embrione si basa infatti su accordi privati (i c.d. *embryo adoption agreements*) che sono strumenti contrattualistici - a dispetto dell'utilizzo improprio del termine *adoption* -, strumenti quindi più vicini allo schema legale tipico della donazione, con cui genitori biologici e genitori adottivi (o sarebbe forse meglio dire genitori donatori) trasferiscono il possesso dell'embrione, regolando altresì una serie di profili collaterali.

Leggendo alcuni *embryo adoption agreements* ritroviamo limitazioni per la madre "adottiva" rispetto ad un'eventuale scelta abortiva, l'indicazione dei tempi entro cui la coppia donataria può procedere con l'impianto dell'embrione, l'imposizione dell'anonimato o della conoscibilità dei genitori biologici da parte del figlio, clausole con cui le coppie di genitori si vincolano a vivere a poca distanza, così da favorire un continuo rapporto del minore con i genitori genetici o con eventuali fratelli; in alcuni accordi addirittura si rinvengono delle vere e proprie clausole di reversibilità, cioè delle clausole che prevedono la restituzione dell'embrione alla coppia geneticamente genitrice, decorso un certo periodo di tempo senza che la coppia donataria abbia proceduto all'impianto.

Tutto questo però può comportare il sorgere di contenziosi per il mancato rispetto delle clausole contrattuali. A questo riguardo emblematico è il caso *Lambert v. McLaughlin*, in cui una coppia californiana (i Lambert) aveva donato alcuni embrioni crioconservati ad altra coppia (i McLaughlin) tramite *embryo adoption agreements*. Nell'accordo si prevedeva che i donatori, qualora non avessero proceduto all'impianto di tutti gli embrioni entro un anno dalla stipula dell'accordo, avrebbe dovuto rendere gli embrioni non utilizzati alla coppia donante. La controversia nasce quando, decorso l'anno, i Lambert, essendo venuti a conoscenza del fatto che i McLaughlin avevano fruito solo di due degli embrioni trasferiti, avevano chiesto la restituzione di quelli residui con l'intenzione di donarli ad un'altra coppia residente a poca distanza dalla loro abitazione. I McLaughlin dall'altra parte si oppongono, annunciando l'intenzione di procedere in un secondo momento all'impianto degli embrioni residui (l'impianto dei quattro embrioni sarebbe stato rischioso per la salute della donna per cui la coppia, d'accordo con il medico curante, aveva deciso di iniziare con una gravidanza gemellare per poi procedere in un secondo momento ad un altro impianto dei due embrioni residui).

Questo caso ci permette di capire, al di là dell'esito della controversia, come lo *status* personale del minore e la potestà genitoriale diventano oggetto di veri e propri contratti radicati sui desideri e sulle aspirazioni delle parti contraenti.

Questa centralità dell'aspetto volontaristico assurge inoltre ad elemento di discriminazione nella definizione della genitorialità, che con l'avvento delle tecnologie riproduttive è sempre più discussa e al centro dell'attività giurisdizionale; dal momento che le tecniche riproduttive spezzano il naturale rapporto genitoriale, si pone il problema di capire quando e sulla base di quali criteri determinare il rapporto parentale. E rispetto

a questo è interessante osservare come i giudici coinvolti nella soluzione del problema pongano sempre più in risalto, quale criterio per definire la maternità e la paternità, i desideri dei genitori - il c.d. *intent standard* -, ancora una volta quindi quasi ad eliminare l'altro fondamentale protagonista della relazione parentale (il figlio) e rimettendo la determinazione del rapporto alle intenzioni dei "genitori".

Delineato questo quadro mi pare emerga abbastanza chiaramente come questo modello, più attento alla componente volontaristica dei donanti e dei donatari, non risponda all'esigenza di tutelare i diritti del concepito che rimane soggetto estraneo al rapporto, destinatario passivo del declinarsi degli interessi dei genitori biologici e dei genitori donatari.

Anche quello stesso *special respect*, dai contorni un po' incerti, ondivaghi, che viene invocato nell'approccio dello *status* intermedio, sembra cedevole nella pratica della donazione, dove si va a delineare un modello in cui preponderanti sono gli elementi di disassamento, elementi che rivelano un'insussistente garanzia dei diritti del concepito a favore invece di una tutela talvolta ipertrofica dei diritti dei genitori.

5. L'adozione per la nascita: luci e ombre tra diritti e doveri costituzionali.

Posto quindi che il modello della donazione, un modello contrattuale, non corrisponde alle esigenze di tutela dell'embrione, il modello più adatto è invece quello personalista dell'adozione. Detto questo però, rispetto all'adozione, ci sono comunque alcuni profili di criticità - evidenziati anche nelle proposte di legge che sono state avanzate - su cui occorre soffermarsi. E su cui occorre soffermarsi avendo come stella polare proprio l'esigenza di tutelare il concepito e, a mio parere, non solo il concepito in una situazione di staticità, quasi come se ci soffermassimo, se prendessimo un fotogramma. Per usare un'immagine...Un fotogramma è solo una parte della pellicola cinematografica e il fotogramma di cui stiamo parlando è quello che rappresenta l'embrione abbandonato; ecco, questo è solo una parte della pellicola della vita e del percorso di crescita e sviluppo dell'embrione che da embrione diventerà prima bambino e poi un uomo. In particolare ci sono alcuni diritti e alcuni doveri costituzionali che non possono essere ignorati e che nella disciplina finora delineata potrebbero implicare risvolti particolarmente delicati.

Cerchiamo quindi di sviscerare alcuni di questi profili problematici prendendo spunto dalla disciplina così come attualmente presentata nei disegni di legge pendenti in Parlamento.

1. Come prende avvio la procedura per l'adozione? La procedura si dovrebbe aprire con la dichiarazione dello stato di abbandono degli embrioni. Stato di abbandono che potrebbe derivare da una rinuncia esplicita dei genitori biologici o dalla impossibilità di rintracciare i genitori dopo un periodo attualmente proposto di due anni. Già questo è un profilo di estrema delicatezza soprattutto per quanto riguarda la reversibilità o irreversibilità dello stato di abbandono perché il figlio non è oggetto di proprietà di cui i genitori possono decidere di disporre decidendo un giorno sì e un giorno no come disporne. Proprio per questo una volta dichiarato lo stato di abbandono questo

dovrebbe essere ritenuto – e questo aspetto va sottolineato – irreversibile, rischiando altrimenti di lasciare il destino dell’embrione ad una programmazione frutto di scelte dispositive dei genitori biologici.

2. A che condizioni si può adottare? Alcuni spingono per la previsione del segreto delle origini biologiche e quindi dell’anonimato dei genitori genetici. Questa previsione, se da un lato è comprensibile perché volta ad incoraggiare un’eventuale rinuncia esplicita da parte dei genitori biologici, dall’altra rischia di porsi in contrasto con alcuni diritti ma anche con alcuni doveri costituzionalmente riconosciuti. Per quanto riguarda i doveri, viene in risalto quel dovere genitoriale nei confronti dei figli che non ammette esoneri. La responsabilità genitoriale prevista dall’art. 30 Cost. si fonda su una dimensione naturale, sulla oggettività del fatto del concepimento, fatto che è slegato e indipendente dalla volontà dei genitori biologici e, a maggior ragione, da qualsiasi legame affettivo. La Costituzione stessa prevede inoltre che solo quando il genitore si riveli incapace allora la legge può subentrare con strumenti ausiliari, o meglio con strumenti sussidiari, come l’adozione, per tutelare il minore. Sull’altro fronte, sul fronte dei diritti, abbiamo il diritto del figlio a conoscere le proprie origini, diritto che si sviluppa nell’alveo di quel più ampio diritto allo sviluppo della propria identità e personalità e che include anche un profilo di tutela della salute. Recentemente si ricordi che l’Italia è stata condannata dalla Cedu, con la sentenza *Godelli v Italia*, che è tra l’altro divenuta definitiva, per la legge italiana sul parto anonimo che viola il diritto a conoscere le proprie origini. Quindi, prevedere un legge che prescriva l’anonimato dei genitori biologici si porrebbe già in partenza in contrasto con la Convenzione Europea dei diritti dell’uomo (art. 8). Una legge simile sarebbe poi forse incompatibile anche con lo stesso articolo 2 della Costituzione, che oltre ad essere il fondamento costituzionale per il riconoscimento della situazione giuridica del concepito, è disposizione volta a tutelare lo sviluppo della persona nel suo complesso.

3. Chi può adottare? Anche rispetto a questo profilo, alcuni in dottrina sostengono la necessità di estendere la platea dei possibili adottandi, rispetto a quella definita nella normativa sull’adozione. Si prevede in particolare la possibilità di adozione a single. Rispetto all’adozione monoparentale, rimane però lo stesso problema sostanziale che caratterizzava il punto precedente. Come nell’adozione ordinaria si è deciso di non permettere l’adozione a single, proprio a tutela della accoglienza all’interno di un nucleo familiare, ritenuto importante per lo sviluppo del minore, forse anche nel caso dell’adozione degli embrioni si dovrebbe non fermare il tempo della valutazione al momento attuale, al momento dell’abbandono dell’embrione di cui è incerto il destino ma cercare di avere cura anche dello sviluppo della vita di quell’embrione che ha avuto occasione grazie all’esito positivo della procedura di adozione e della relativa gravidanza.

4. Avvicinandosi verso le conclusioni, mi sia concesso un breve accenno ad altre due domande aperte che vorrei proporre per una riflessione. Primo aspetto: partendo dal presupposto che l’adozione per la nascita è una figura mista che ha in sé sia elementi dell’adozione che della procreazione medicalmente assistita, nel disciplinare l’istituto possiamo applicare le regole dell’adozione ordinaria? E quindi sarebbe opportuno prevedere tutte quelle procedure prescritte per l’adozione dirette a vagliare la capacità della famiglia di educare e di mantenere il minore? Forse in questo caso la valutazione

dovrebbe vedere ampliato il proprio oggetto, ricomprendendo la capacità della coppia di accogliere un figlio non geneticamente proprio ma biologicamente legato alla donna, cosa questa che comporta inevitabilmente uno squilibrio tra le due figure genitoriali.

In secondo luogo non ci si può non interrogare sul delicato rapporto tra scelta dell'embrione da adottare e diagnosi preimpianto. Alcune proposte legislative prevedono infatti, per la tutela dell'integrità psico-fisica della donna, un vero e proprio diritto di essere informata sulle condizioni bio-genetiche dell'embrione per poter scegliere di conseguenza. Così facendo si legittimerebbe normativamente la diagnosi preimpianto dell'embrione, rischiando di creare una contraddizione in un ordinamento dove il legislatore ha sempre negato la diagnosi proprio a tutela del concepito, anche controcorrente rispetto ad una giurisprudenza che apre sempre di più a tale strada.

6. Conclusioni.

In conclusione, sicuramente siamo di fronte ad un problema, quello del destino degli embrioni crioconservati, e l'adozione può essere una risposta e non una soluzione al problema. Il legislatore deve essere molto cauto nel disciplinare questo istituto e non può non tenere conto dei numerosi aspetti coinvolti e delle numerose ombre che attualmente circondano le stesse proposte depositate in Parlamento.

Dentro questa complessità però devono, a parere di chi scrive, restare due fondamentali punti fermi: da una parte, l'esistenza di alcuni diritti fondamentali che sono riconoscibili anche in capo al concepito e anche al figlio che nascerà grazie all'adozione (diritto alla vita ma anche il diritto allo sviluppo della propria personalità, il diritto a conoscere le proprie origini e il diritto alla salute). Dall'altra parte non bisogna dimenticare che il nostro tessuto costituzionale riconosce anche alcuni doveri e alcune sfere di responsabilità da cui non si può prescindere, quale la responsabilità genitoriale che naturalmente e oggettivamente discende dal fatto del concepimento.

È quindi alla luce di questi diritti e di questi doveri costituzionali che un legislatore accorto dovrebbe vagliare i profili che caratterizzano questa peculiare disciplina.