

Abstract dell'intervento di
Giacomo D'Amico*
L'anonimato nella donazione di gameti fra indicazioni provenienti dal diritto comparato
e principi desumibili dall'ordinamento

II Tavola rotonda
La protezione dei soggetti coinvolti: anonimato, percorsi di consenso informato
Roma, 5 giugno 2014

Il tema dell'anonimato nella donazione di gameti costituisce uno degli ambiti in cui maggiormente si apprezza la necessità di un approccio che tenga conto dei diversi (ed in parte confliggenti) interessi costituzionalmente rilevanti (sul punto, sentenza n. 45 del 2005 e ordinanza n. 347 del 1998 della Corte costituzionale). In particolare, nel caso di specie sono configurabili il diritto del nato da fecondazione eterologa a conoscere le proprie origini genetiche, il diritto (e, a seconda dei casi, l'obbligo) all'anonimato del donatore/donatrice, il diritto della coppia, che ha fatto ricorso alla procreazione eterologa, all'anonimato del donatore/donatrice.

Con questi problemi occorrerà confrontarsi quando saranno rese note le motivazioni che hanno indotto la Corte costituzionale a dichiarare l'illegittimità costituzionale degli artt. 4, comma 3, 9, commi 1 e 3, e 12, comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40. Pertanto, ad oggi non è possibile desumere né se la Corte costituzionale affronterà – sia pure incidentalmente – il tema oggetto di questo intervento, né di quali tra i parametri evocati dai rimettenti si sia servita per pervenire alla declaratoria di incostituzionalità.

Si può invece presumere che la Corte abbia escluso che la dichiarazione di illegittimità costituzionale determini un vuoto normativo, almeno nella misura in cui siffatto vuoto sia “costituzionalmente intollerabile”, nel senso che non sia colmabile con il ricorso ad una normativa concernente profili secondari o di rango regolamentare (ad es. con un mero aggiornamento delle linee guida di cui all'art. 7 della legge n. 40 del 2004). D'altra parte, a ridimensionare l'*horror vacui* può forse bastare quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 49 del 2005, nella quale, dichiarando l'ammissibilità del *referendum* abrogativo sulle norme oggi dichiarate illegittime, ha precisato che «non può dirsi che la eventuale abrogazione delle disposizioni oggetto del quesito sia suscettibile di far venir meno un livello minimo di tutela costituzionalmente necessario, così da sottrarsi alla possibilità di abrogazione referendaria».

Tornando al tema oggetto di questo intervento, se la Corte costituzionale dovesse decidere di non prendere posizione sul problema dell'anonimato della donazione di gameti, sarà necessario interrogarsi circa la possibilità di rinvenire nell'ordinamento giuridico italiano alcuni principi applicabili al caso di specie. Ciò non toglie che il legislatore possa sempre intervenire per dettare una disciplina organica delle modalità di donazione dei gameti, a condizione che sia rispettato il *decisum* della pronuncia del Giudice delle leggi. In questa prospettiva pare utile il ricorso al diritto comparato per tentare di comprendere se, al di là dell'inevitabile differenza dei modelli normativi adottati nei singoli Stati, siano configurabili “percorsi comuni” di regolamentazione della materia. Peraltro, il metodo della comparazione fra ordinamenti può risultare proficuo anche in caso di inerzia del legislatore interno, perché fornisce all'interprete un quadro dei diversi interessi in gioco e dei loro possibili bilanciamenti.

In particolare, l'analisi delle diverse opzioni legislative consente di evidenziare come, negli Stati dotati di una normativa che ammette il ricorso alle tecniche di procreazione eterologa, le soluzioni adottate in merito all'anonimato del donatore di gameti coprono l'intero arco delle possibili scelte, passando da un modello (si pensi alla Spagna) che garantisce fortemente

* Professore associato di diritto costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Messina e assistente di studio alla Corte costituzionale.

l'anonimato del donatore/donatrice ad uno (Regno Unito) che invece vieta l'anonimato (a partire dalle donazioni effettuate successivamente all'aprile 2005).

In ogni caso, anche nei Paesi in cui è assicurato, in modo rigoroso, l'anonimato del donatore, sia per quanto attiene alla sua identità sia in relazione ai suoi "dati non identificativi", questo principio incontra dei limiti in caso di pericolo per la salute del figlio, con la conseguenza che i medici possono accedere alle informazioni non identificative necessarie a tal fine (così in Francia e in Spagna). Di particolare interesse è, sul punto, la sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo n. 116 del 1999, che ha ritenuto compatibile l'anonimato del donatore – proprio perché non assoluto – con quanto prescritto dall'art. 39, comma 2, della Costituzione spagnola, secondo cui «[...] La legge potrà consentire l'accertamento della paternità».

Nel Regno Unito, invece, il divieto dell'anonimato è in parte attenuato dalla necessità di un'espressa richiesta da parte del figlio ad un'apposita *Authority*, affinché possano essere fornite le informazioni necessarie ad identificare il donante; di conseguenza, la conoscenza di quest'ultimo è subordinata al fatto che il figlio sia stato informato dai propri genitori delle modalità del suo concepimento. Una soluzione analoga è adottata in Germania, sebbene la legge sulla tutela dell'embrione del 1990 non si occupi della fecondazione eterologa, che quindi non è vietata (con la sola eccezione dell'ovodonazione). Al riguardo soccorrono le Linee guida formulate nel 2006 dal Consiglio scientifico dell'Ordine nazionale dei medici, nelle quali si prevede che, in caso di ricorso alla tecnica eterologa, il medico sottoponga alla coppia un documento recante, tra l'altro, l'identità del donatore, il consenso di quest'ultimo alla comunicazione dei propri dati al figlio, nonché una clausola che esonera il medico dall'obbligo di segretezza nel caso in cui il figlio chieda di conoscere i dati personali del donatore.

Se questi sono i modelli giuridici invalsi in alcune delle più importanti democrazie europee, si tratta, a questo punto, di vedere se nell'ordinamento italiano sia desumibile un principio che possa applicarsi in materia, pur in assenza di una specifica normativa per il caso della fecondazione eterologa.

Utile indicazioni in questa direzione possono trarsi dall'art. 18, comma 2, della legge 1 aprile 1999, n. 91, in materia di prelievi e di trapianti di tessuti e di organi, il quale stabilisce che «Il personale sanitario ed amministrativo impegnato nelle attività di prelievo e di trapianto è tenuto a garantire l'anonimato dei dati relativi al donatore ed al ricevente»; dall'art. 4, comma 3, della legge 6 marzo 2001, n. 52, ed ora dall'art. 90 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, secondo cui «Il donatore di midollo osseo [...] ha il diritto ed il dovere di mantenere l'anonimato sia nei confronti del ricevente sia nei confronti di terzi»; dall'art. 14 del d.lgs. 6 novembre 2007, n. 191, in materia di donazione, approvvigionamento, controllo, lavorazione, conservazione, stoccaggio e distribuzione di tessuti e cellule umani, in virtù del quale «Tutti i dati, comprese le informazioni genetiche, raccolti ai sensi delle disposizioni vigenti e del presente decreto ed ai quali abbiano accesso terzi, sono resi anonimi in modo tale che né il donatore né il ricevente siano identificabili»; e dall'art. 3, comma 9, del d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 16 secondo cui «Il prelievo di tessuti e cellule da donatore vivente è effettuato in un contesto che ne garantisca la salute, la sicurezza e la tutela dei dati personali».

A queste indicazioni, desumibili da leggi relative alla donazione di tessuti e organi umani ma non alla specifica donazione di gameti, occorre aggiungere quanto affermato dalla Corte costituzionale in una recente pronuncia concernente il diritto all'anonimato della madre naturale, nel caso di adozione del figlio, e il contrapposto diritto di quest'ultimo a conoscere le proprie origini (sentenza n. 278 del 2013). In questo caso la Corte, pur sottolineando la perdurante attualità della *ratio* della norma che garantisce l'anonimato della madre, ha eliminato il carattere di irreversibilità di questa scelta, rimettendo al legislatore il compito di determinare le modalità idonee ad assicurare che la madre possa essere interpellata per un'eventuale revoca di siffatta decisione.

La pronuncia in parola, che riguarda una fattispecie diversa da quella qui esaminata, può rilevare ai nostri fini sia per addurre argomenti a sostegno dell'anonimato nella donazione di gameti, evidenziando gli elementi di differenza (non pochi e non facilmente superabili), sia per

sostenere la tesi opposta, ritenendo che il diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche non possa essere del tutto sacrificato.

L'esistenza nell'un caso, e non in quello della donazione di gameti, della decisione della madre di portare a termine una gravidanza, pur dichiarando, al momento della nascita, di non voler essere nominata, sembra marcare una profonda differenza fra le due ipotesi, con la conseguenza che quanto affermato dalla Corte nella sentenza n. 278 del 2013 ben può essere compatibile con il principio del rigoroso anonimato nella donazione di gameti, quale sembra dedursi dal quadro normativo sopra preso in esame; anonimato, che comunque non deve impedire al personale medico di acquisire tutte le informazioni necessarie a garantire la salute del figlio.