

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
Facoltà di Giurisprudenza
Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria

Dottorato di Ricerca in
Diritto Penale Italiano, Comparato e Internazionale
XXV Ciclo

LA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA
AL BANCO DI PROVA DEL
GIUDICE NAZIONALE E SOVRANAZIONALE

Coordinatore:
Chiar.mo Prof. Francesco VIGANO'

Tutor:
Chiar.mo Prof. Emilio DOLCINI

Tesi di dottorato di
Alessandra VERRI
Matr. n. R08566

Anno accademico 2012-2013

Ai miei nonni

INDICE

CAPITOLO I

IL DIRITTO A DIVENTARE GENITORI? UN DIFFICILE BILANCIAMENTO TRA INTERESSI COSTITUZIONALMENTE GARANTITI

1.	Premessa	1
2.	Il diritto a diventate genitori?	4
3.	Le diverse questioni in gioco: un difficile bilanciamento dei valori in gioco	10
4.	Qualche nozione scientifica	15
4.1.	Il processo riproduttivo	16
4.2.	L'identità e lo statuto dell'embrione umano	17
4.2.1.	Lo statuto ontologico	19
4.2.2.	Lo statuto morale	31
4.2.3.	Lo statuto giuridico	33
4.3.	Le diverse tecniche di PMA	35
4.4.	La diagnosi genetica pre-impianto	40

CAPITOLO II

LA LEGGE 19 FEBBRAIO 2004, N. 40 CONTENENTE NORME IN TEMA DI PROCREAZIONE ASSISTITA. UN PRIMO ESAME

1.	Le fonti nazionali in tema di PMA: legislazione e giurisprudenza precedenti al 2004	43
2.	Le fonti sovranazionali	49
3.	L'iter parlamentare della legge n. 40/2004	52
4.	La legge 19 febbraio 2004 n. 40 contenente «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita». Finalità e principi ispiratori	57
5.	I rapporti fra la legge n. 40/2004 e la legge n. 194/1978	65
6.	I requisiti oggettivi: sterilità e consenso informato	68
7.	I requisiti soggettivi: i destinatari delle tecniche di PMA	76
8.	Lo statuto giuridico del nato in seguito a PMA	85

9.	Le strutture autorizzate e la responsabilità del centro	87
10.	Il <i>referendum</i> abrogativo del 12 e 13 giugno 2005	89
11.	Le sanzioni penali e amministrative: un quadro di estrema durezza	94
12.	La responsabilità del medico	97
13.	Il turismo procreativo: qualche dato statistico e un primo bilancio sugli effetti prodotti dalla legge	102

CAPITOLO III

IL LIMITE MASSIMO DEI TRE EMBRIONI, L'OBBLIGO DI UN UNICO E CONTEMPORANEO IMPIANTO DI TUTTI GLI EMBRIONI PRODOTTI E IL DIVIETO DI CRIONCONSERVAZIONE PRIMA E DOPO LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 151 DEL 2009

1.	La disciplina precedente al 2004	112
2.	La disciplina contenuta nella legge n. 40/2004	113
3.	La sentenza della Corte costituzionale dell'8 maggio 2009 n. 151	123
3.1.	Il fatto	123
3.2.	La decisione	128
4.	Il nuovo art. 14 dopo l'intervento della Consulta	137
5.	Uno sguardo alla disciplina degli altri Paesi europei	144

CAPITOLO IV

L'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE E LEGISLATIVA IN TEMA DI DIAGNOSI GENETICA PREIMPIANTO

1.	Argomenti a favore e contro la praticabilità della PGD	150
2.	La disciplina contenuta nella legge n. 40/2004 e nelle Linee guida	158
3.	Le diverse pronunce della giurisprudenza nazionale in tema di PDG	165

3.1.	L'ordinanza del Tribunale di Catania del 3 maggio 2004	165
3.2.	La pronuncia del Tribunale di Cagliari	170
3.2.1.	L'ordinanza del giudice cagliaritano del 16 luglio 2005	170
3.2.2.	L'ordinanza della Corte costituzionale del 25 ottobre 2006	173
3.2.3.	La sentenza del Tribunale di Cagliari del 24 settembre 2007	175
3.3.	L'ordinanza del Tribunale di Firenze del 19 dicembre 2007	183
3.4.	La sentenza del TAR del Lazio del 21 gennaio 2008 e le nuove Linee guida	188
3.5.	L'intervento della Corte costituzionale dell'8 maggio 2009 n. 151	192
3.6.	Le ordinanze dei Tribunale di Bologna e Salerno del 2009 e 201	193
4.	La giurisprudenza di Strasburgo: il caso Costa et Pavan c. Italia	199
5.	I riflessi della giurisprudenza sovranazionale nell'ordinamento italiano: l'ordinanza del 9 novembre 2012 del Tribunale di Cagliari e quella del 23 settembre 2013 del Tribunale di Roma	209
6.	Uno sguardo alla disciplina degli principali Paesi europei	217

CAPITOLO V

IL DIVIETO DI FECONDAZIONE ETEROLOGA: TRA IRRAGIONEVOLEZZE LEGISLATIVE E APERTURE GIURISPRUDENZALI

1.	La disciplina contenuta nella legge n. 40/2004	222
2.	Argomenti a favore e contro della fecondazione eterologa. Alla ricerca di una plausibile <i>ratio</i>	230
3.	La giurisprudenza della Corte Edu sul caso austriaco:: la pronuncia della prima sezione del 1° aprile 2010	238
3.1.	Il caso	238
3.2.	La decisione dei giudici di Strasburgo	241
4.	Le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale dei Tribunale di Firenze, Catania e Milano del 2010	245
5.	La decisione del 3 novembre 2011 della Grande Camera sul caso austriaco	251
6.	L'ordinanza della Corte costituzionale n. 150 del 2012	257
7.	Le successive ordinanze di rimessione dei tre giudici di merito in attesa di una pronuncia decisoria del giudice delle leggi	259
8.	Uno sguardo alla disciplina dei principali Paesi europei	265

CONCLUSIONI

Quale futuro per la legge n. 40/2004? Prospettive *de iure condendo* 273

BIBLIOGRAFIA 278

CAPITOLO I

IL DIRITTO A DIVENTARE GENITORI?
UN DIFFICILE BILANCIAMENTO TRA
INTERESSI COSTITUZIONALMENTE GARANTITI

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il diritto a diventare genitori? - 3. Le diverse questioni in gioco: un difficile bilanciamento di valori in gioco. - 4. Qualche nozione scientifica. - 4.1. Il processo riproduttivo. - 4.2. L'identità e lo dell'embrione umano. - 4.2.1. Lo statuto ontologico. - 4.2.2. Lo statuto morale. - Lo statuto giuridico. - 4.3. Le diverse tecniche di PMA . - 4.4. La diagnosi genetica preimpianto.

1. Premessa.

I grandi progressi compiuti negli ultimi decenni dalle scienze mediche e biologiche, che hanno permesso di realizzare attività fino a pochi decenni fa impensabili (come creare *in vitro* embrioni umani, impiantarli nell'utero della donna per fini procreativi, congelarli, sottoporli a interventi manipolatori per fini scientifici, terapeutici o eugenetici) danno vita a uno dei capitoli più controversi della discussione bioetica¹.

Le capacità dell'uomo e le quasi infinite possibilità di intervento offerte dalle nuove acquisizioni della scienza, riconducendo nel dominio della volontà e della responsabilità individuale decisioni che prima non vi appartenevano, hanno cercato di dare una risposta anche a due tra i più sentiti problemi di questo tempo: l'infertilità di coppia e la sterilità individuale².

Non tutto ciò che la scienza può fare è, tuttavia, di per sé accettabile sul piano etico e giuridico. Di fronte alla crescente diffusione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita come rimedio all'incremento esponenziale della sterilità/infertilità³, che consentono il superamento dei limiti naturalistici oggettivi e soggettivi, al fine di salvaguardare beni fondamentali dell'uomo, il legislatore italiano - come quello di molti Paesi europei - ha ritenuto opportuno e doveroso intervenire in questa delicata materia, ponendo limiti e regole, che definiscano e delimitino i nuovi spazi di libertà e autonomia conquistati dall'uomo grazie allo sviluppo della scienza e della medicina.

¹ Così si esprime il Comitato nazionale per la Bioetica nel suo parere sul tema «Identità e statuto dell'embrione umano» del 22 giugno 1996, consultabile sul sito <http://www.governo.it/bioetica>. Per una definizione del termine

² Così FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, p. 278.

³ La percentuale della popolazione europea affetta da problemi di sterilità e infertilità si aggira oggi intorno al 18%-22% del totale.

Risulta, infatti, di immediata evidenza come il tema della procreazione medicalmente assistita coinvolga, prima ancora che il diritto, la medicina, l'etica, la religione e la politica.

Disciplinare tematiche interdisciplinari, connotate da rilevanti problemi di natura etica e riguardanti i diritti fondamentali della persona, è, però, un compito tanto arduo quanto ineludibile per il diritto e, a maggior ragione, lo è in un campo, quale quello della procreazione medicalmente assistita (d'ora in avanti PMA), in cui esiste da tempo una vivace e complessa discussione, alimentata dai continui e costanti progressi scientifici e tecnologici in campo medico, dalle difficoltà di ordine tecnico derivanti dal continuo e rapido progresso delle scienze che ha reso difficile ogni definizione di concetti sottoposti a continui mutamenti di significato, nonché dalla crescente gravità e diffusione del fenomeno della sterilità e infertilità umana.

Il rischio che corre il giurista, il quale si accinga ad affrontare questo tema è, infatti, quello di lasciarsi condizionare dalle proprie personali convinzioni, spesso di stampo ideologico; per il giurista italiano le difficoltà sono state inoltre accentuate dalla circostanza che egli si è trovato a dover fare i conti con una legislazione in generale inadeguata rispetto alle novità costituite dalle scoperte medico-scientifiche⁴, in quanto elaborata in un momento in cui era difficile immaginare i rilevanti progressi che sarebbero stati compiuti di lì a pochi anni.

Se alcuni Paesi di fronte al sorgere dei nuovi problemi hanno saputo affrontare, sia pure in modo non sempre organico e sistematico, con leggi *ad hoc* le emergenze più acute, in Italia per diversi anni il dibattito in tema di fecondazione assistita è rimasto per lo più confinato entro i confini angusti delle cerchie ristrette di alcuni intellettuali interessati alle nuove prospettive, nonché delle commissioni etiche e solo raramente è stato fatto oggetto di attenzione da parte delle istituzioni pubbliche, in particolare di quelle legislative.

Le ragioni di questo ritardo sono facilmente intuibili: alla divergenze in tema di valutazione morale di certi comportamenti, determinata dall'impossibilità di esprimere giudizi e opinioni oggettive sulla liceità di determinate prassi, si deve aggiungere la consapevolezza che la frantumazione del potere politico parlamentare tipico del nostro Paese avrebbe reso pressoché impossibile raggiungere intese sulla maggior parte dei problemi aperti⁵.

Il vivace dibattito che si è sviluppato nel nostro Paese all'indomani dell'introduzione della legge sulla PMA ha confermato così che, come spesso accade nei temi di natura bioetica, non esiste tuttora un accordo, non solo sulle questioni "nuove" che i progressi della scienza medica hanno fatto emergere (come l'ammissibilità della fecondazione eterologa o l'esistenza di un "diritto" alla procreazione), bensì anche sulle questioni "vecchie" (è il caso della definizione di embrione e dell'inizio della vita umana), su

⁴ Si pensi anche alla materia dei trapianti o a quella del trattamento del dolore.

⁵ In questo senso GROSSO, *Fecondazione artificiale in vitro e problemi di rilevanza giuridico-penale*, in *Bioetica*, 1994, p. 48. Per un esame delle proposte di legge governative e dei dibattiti parlamentari si veda *infra* cap. II, par. 3.

cui molti credevano che la nostra società civile avesse ormai raggiunto un accordo. Molte sono, infatti, ancora le questioni in gioco su cui permangono visioni assai differenti e mal conciliabili⁶.

Come vedremo analiticamente nel prosieguo di questo lavoro, il legislatore nazionale nel disciplinare un fenomeno - quello della PMA - dalle dimensioni sempre più vaste⁷, con i suoi inevitabili risvolti sui diritti fondamentali della persona, ha, tuttavia, subito fortemente i condizionamenti provenienti dal mondo cattolico, dando vita ad una sorta di legge confessionale, al punto da essere subito etichettata come «oscurantista» e «medioevale»⁸.

Fatte queste sommarie premesse cerchiamo ora di circoscrivere il campo della nostra analisi.

Benché, come detto, la dottrina pressoché unanime abbia evidenziato, oltre a numerose lacune e imprecisioni tecniche, non pochi profili di illegittimità costituzionale⁹ (in particolare sotto il profilo del principio di laicità, di ragionevolezza e del diritto alla salute) della disciplina contenuta nella legge n. 40/2004¹⁰, concentreremo la nostra attenzione solo su alcuni di essi, che riteniamo i più rilevanti, limitandoci ad accennare alle altre problematiche¹¹.

Si affronteranno tre temi. Il primo riguarda l'originario divieto, contenuto nei commi 2 e 3 dell'art. 14 della legge n. 40/2004, di produrre per ogni ciclo di trattamento di PMA un numero di embrioni superiore a tre, nonché l'obbligo di trasferire contemporaneamente tutti gli embrioni prodotti, a cui era originariamente correlato il divieto di crioconservazione e di soppressione degli embrioni prodotti

⁶ Cfr. MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione dei beni giuridici*, in *Legisl. pen.*, 2005, p. 345, il quale evidenzia come la legge n. 40/2004 tocchi «temi nevralgici del rapporto fra tutela penale e diritti e libertà fondamentali, progresso scientifico e sua regolamentazione giuridica; laicità dello Stato e pluralismo etico-ideologico».

⁷ Le tecniche di fecondazione artificiale hanno permesso in circa trent'anni la nascita di oltre un milione e mezzo di bambini in tutto il mondo, di cui decine di migliaia anche in Italia. Si tratta, quindi, di un fenomeno non solo diffusissimo, ma anche socialmente accettato.

⁸ Cfr. BARTOLINI, *La procreazione assistita è legge*, in *Guida al diritto*, 2004, p. 14.

⁹ Esula, invece, dalla presente trattazione il tema della violazione della libertà di ricerca scientifica (art. 33 Cost.) connesso al divieto di produzione di embrioni umani ai fini di ricerca o di sperimentazione salvo si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative (art. 13, comma 2).

Sul tema si veda DOLCINI, *La legge sulla procreazione assistita: quali prospettive dopo il referendum del 12 luglio 2005*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 107.

¹⁰ In particolare i restanti dubbi di legittimità costituzionale riguardano:

- gli artt. 1, comma 2 e 4 comma 1 che limitano il ricorso alla PMA ai casi di accertata infertilità o sterilità non diversamente rimuovibile, restringendo così ad ingiuste restrizioni non solo il diritto a procreare, bensì anche a quello alla salute psico-fisica dei soggetti coinvolti.

- l'art. 5, che limita l'accesso alla PMA alle sole coppie di maggiorenni, nonostante il minore ultrasedicenne possa riconoscere il figlio naturale e il minore emancipato sia ammesso al matrimonio. Qualche perplessità ha destato anche l'esclusione delle donne non coniugate, né conviventi dall'accesso alle tecniche medesime, considerato che non è previsto alcun controllo per le coppie di fatto circa l'effettività e la stabilità della convivenza, in violazione dell'art. 3 Cost.

- l'art. 6, comma 3 che vieta la revoca del consenso all'inseminazione dopo la fecondazione dell'ovulo per cui il medico dovrebbe procedere all'impianto anche contro la volontà della donna in chiara violazione con l'art. 32, ultimo comma Cost., secondo cui la legge non può in ogni caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana, sebbene la legge non preveda nessuna sanzione;

- l'art. 13 che vieta qualsiasi sperimentazione sugli embrioni, salvo le ricerche collegate alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione.

¹¹ Per una disamina più ampia e sistematica dei diversi profili di illegittimità costituzionale si veda VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004, p. 65.

(comma 1); il secondo riguarda l'implicito divieto (ricavato dagli artt. 13 e 14), anche esso gravemente lesivo di interessi costituzionalmente garantiti di primaria importanza, di effettuare la diagnosi genetica preimpianto, che è stato però recentemente rimosso grazie all'intervento di giudici sovranazionali e nazionali; da ultimo, il divieto tuttora esistente di praticare forme di procreazione di tipo eterologo, di cui all'art. 4, comma 3 della legge, che rappresenta pressoché un *unicum* nel panorama legislativo europeo.

Verificato che l'utilizzo da parte del legislatore dello strumento penalistico non è in linea con i moderni criteri di politica criminale (in particolare con i canoni di offensività, ragionevolezza, proporzionalità e sussidiarietà), in quanto nessun bene giuridico di rilevanza costituzionale risulta offeso per effetto delle pratiche di PMA e premesso che gli strumenti tecnici utilizzati dai giudici per ricondurre a costituzionalità le diverse norme incriminate sono l'interpretazione conforme a Costituzione e la questione di legittimità costituzionale, nel corso del presente lavoro si metteranno in luce per ciascuno dei tre punti ora enunciati i diversi profili di illegittimità costituzionale, evidenziando, in particolare, come nel corso degli ultimi anni alcuni di essi siano stati corretti grazie alle diverse pronunce della giurisprudenza nazionale e sovranazionale, mentre altri siano rimasti pressoché immutati, ed esaminando infine quali prospettive vi siano per rimediare.

Tuttavia, prima di fare ciò, sembra necessario interrogarsi in merito all'esistenza o meno di un "diritto a procreare" (sia naturalmente che artificialmente), nonché esaminare i diversi valori che vengono in gioco quando si parla di PMA, ed il loro possibile bilanciamento in caso di conflitto nel quadro dei principi costituzionali di riferimento; successivamente si illustreranno brevemente i contenuti della legge n. 40/2004, analizzando le disposizioni maggiormente controverse, nonché gli effetti da essa prodotti in questi dieci anni, non senza tralasciare di fornire al lettore alcune indicazioni di carattere tecnico scientifico sui termini utilizzati che si rendono necessari al fine di comprendere le diverse problematiche.

Si metterà, altresì, in luce il rapporto fra la legge *de qua* e la disciplina dell'aborto e si stabilirà un confronto con le norme presenti nei principali Paesi europei, dovendosi misurare la razionalità di una legge necessariamente, oltre che in rapporto con principi e regole dell'ordinamento interno, anche sul piano della "concorrenza" fra ordinamenti, dove è più che mai auspicabile un intervento volto a raggiungere, nel contesto europeo, una posizione comune.

2. Il diritto a diventare genitori?

Prima di esaminare la legge n. 40/2004, che come ogni legge in tema di PMA implica delicatissime questioni in tema di libertà individuali (libertà procreativa e suo fondamento, diritto alla terapia, consenso informato, autonomia medica nella scelta terapeutica), diritti fondamentali della persona (diritto alla vita e alla salute, diritto all'autodeterminazione, diritto a creare una famiglia), libertà della ricerca scientifica, ecc., occorre in via preliminare interrogarsi in merito all'esistenza o meno di un "diritto a procreare",

inteso sia in senso negativo come interesse a non procreare sia in senso positivo come interesse a procreare¹².

In effetti, riconosciuto che compito del diritto è anche quello di garantire a ciascun soggetto l'interesse ad autodeterminarsi liberamente nelle scelte procreative, senza interferenze illegittime da parte dello Stato¹³, in un modello statale pluralistico che si ispiri alla tutela massima della libertà individuale e si astenga dal proporre una propria concezione etica ed ideologica, ogni individuo risulta titolare di un diritto a procreare, che appartiene al *genus* delle libertà, che può esprimersi sia in senso negativo sia in senso positivo.

Seppur l'espressione "diritto alla procreazione" non compaia fra i diritti espressamente riconosciuti dalla Carta costituzionale, né tra quelli menzionati nel codice civile, così come modificato dalla riforma del 1975, che si limita a disciplinare i rapporti che derivano dalla procreazione, ossia i rapporti fra genitori e figli (art. 30 Cost.) e a tutelare la maternità e la famiglia (artt. 29, 31 e 37 Cost.), né trovi fondamento in alcuna norma internazionale, la procreazione deve essere riconosciuta come oggetto di un diritto dell'individuo costituzionalmente riconosciuto.

La rilevanza costituzionale dell'interesse positivo a procreare trova il suo fondamento innanzitutto nell'art. 2 Cost., laddove si riferisce ai diritti individuali dell'uomo, in quanto norma aperta a comprendere ogni nuovo diritto, seppur non menzionato espressamente dalla Carta costituzionale¹⁴.

La scelta di un individuo di procreare, che risponde al bisogno fondamentale dell'uomo di continuare la propria persona, si configura, pertanto, come un diritto fondamentale dell'individuo, espressione di libertà e autonomia dello stesso, a cui solo compete la scelta sull'*an, quantum* e sul *quando* procreare, che incontra un unico limite nella necessità di rispettare altri valori costituzionalmente garantiti.

Tale diritto, per quanto riguarda le norme interne, può ricavarsi, oltre che dall'art. 2 Cost., anche dagli artt. 29, 30 (relativo al dovere dei genitori di mantenere, educare ed istruire i figli) e 31 Cost. (relativo alla tutela della famiglia e protezione della maternità), che riconoscono il diritto di costituire una

¹² Circa questo aspetto si veda in dottrina MARTINI, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Editoriale scientifica, 2006, p. 14 s. Sul diritto alla procreazione, fra i molti, si veda MILAN, *Aspetti giuridici della procreazione assistita*, Padova, 1997, p. 85 ss. e SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, Milano, 1984, p. 21 ss.

¹³ Questo significa che non spetta allo Stato, secondo i propri interessi, pianificare le nascite, o la sterilizzazione obbligatoria, sanzionare la generazione oltre un certo numero di figli, o escludere o limitare il diritto alla procreazione per determinate categorie di persone, o, al contrario, imporre ai cittadini la generazione di figli.

¹⁴ Il fatto che la vicenda procreativa (sia per quanto riguarda il momento del concepimento, sia per quello che attiene all'interruzione di gravidanza) rappresenti un momento fondamentale di sviluppo della persona umana, così come tutelato dall'art. 2 Cost., è tra l'altro dimostrato dalla legge sull'interruzione volontaria di gravidanza, la quale prevede che la donna coniugata possa decidere di interrompere la gravidanza, non solo senza chiedere il consenso del marito, ma anche senza informarlo. L'art. 5 della l. n. 194 prevede, infatti, che il coinvolgimento del padre al procedimento previsto per l'interruzione della gravidanza possa avvenire solo sul consenso della donna. In relazione a questa norma la giurisprudenza costituzionale ha respinto la questione d'incostituzionalità alla luce del principio d'uguaglianza degli artt. 29 e 30 Cost., riaffermando così la ragionevolezza della scelta politico-legislativa di lasciare la donna unica responsabile della decisione (Corte cost., ord., 31 marzo 1988, n. 389, in *Giur. it.*, I, 1, c. 1073 ss., con nota di DE CUPIS, *L'aborto di donna coniugata*) e dimostrando di fatto come il nostro ordinamento scelga di non intervenire nella vicenda procreativa che rimane vicenda essenzialmente ed esclusivamente attinente all'area dei diritti individuali.

famiglia e che prevedono la tutela della filiazione, nonché dall'art. 13 Cost., che, garantendo ampiamente la libertà personale, tutela indirettamente anche la libertà di procreare.

Una significativa conferma dell'esistenza di un diritto a procreare può trarsi dalla sentenza n. 332 del 2000, in cui la Corte costituzionale¹⁵ ha annullato la previsione dell'essere «senza prole» fra i requisiti necessari per essere reclutati nel Corpo della Guardia di Finanza, rinvenendo in essa una ingiustificabile «limitazione del diritto a procreare, o di diventare genitore» e, quindi, ritenendola in «contrasto con i fondamentali diritti della persona, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, tutelando l'art. 2 della Costituzione l'integrità della sfera personale della stessa e la sua libertà di autodeterminarsi nella vita privata».

Il diritto alla procreazione è inoltre espressamente riconosciuto dall'art. 1 della l. n. 194/1978, recante «Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza», il quale prevede che «lo Stato garantisce il diritto alla procreazione, cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità...». Tale espressione, dettata in tema di tutela della maternità e di interruzione volontaria della gravidanza, è però usata, come vedremo, non tanto per qualificare la procreazione come oggetto di un vero e proprio diritto, ma piuttosto per escludere possibili interferenze da parte di pubbliche autorità, in omaggio al principio generale del riconoscimento di un potere di autodeterminazione dei soggetti (in questo caso la donna) in ordine alla procreazione.

La facoltà di formare una famiglia e di avere quindi una prole è riconosciuta, inoltre, seppur implicitamente, anche da numerose convenzioni internazionali cui l'Italia ha aderito, e che vengono in rilievo *ex art.* 117, primo comma, Cost.

Fra queste possiamo ricordare l'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, secondo il quale uomini e donne hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione e l'art. 23 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, che, proclamando in modo solenne il diritto di ogni essere umano di fondare una famiglia, indirettamente e implicitamente riconosce anche il diritto di avere una propria discendenza, il che presuppone che anche la stessa procreazione sia degna di tutela.

La configurabilità di un diritto a procreare si evince, infine, anche dall'art. 8¹⁶ e dall'art. 12¹⁷ della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che riconosce ad ogni soggetto il diritto al rispetto alla vita privata e familiare.

Da quanto detto emerge che, anche se non esistesse una norma di legge in proposito, lo stesso diritto sussisterebbe comunque e potrebbe essere rinvenuto, non solo nei principi delle Carte dei Diritti

¹⁵ Corte cost., sentenza 24 luglio 2000 n. 332, consultabile all'indirizzo <http://www.giurcost.org>.

¹⁶ A norma dell'art. 8 Cedu, comma 1 «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza».

¹⁷ A norma dell'art. 12 Cedu «Uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tal diritto». Secondo tale norma anche le coppie di fatto godrebbero dunque del diritto di fondare una famiglia, ossia di avere una prole. Questo diritto è invece negato alle coppie omosessuali e alle persone sole. Si ricordi che la società democratica prefigurata dal Consiglio d'Europa e quindi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo si caratterizza per il livello minimo di restrizioni alla libertà individuali.

dell'Uomo che affermano il diritto dell'uomo a formare una famiglia, ma altresì nell'enunciazione costituzionale dei diritti inviolabili dell'uomo¹⁸.

Accertato dunque che la procreazione costituisce un diritto fondamentale dell'individuo e che ogni legge che condizioni o limiti tale libertà procreativa è indiziata di illegittimità costituzionale perché incide su diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.), sorge ora il problema di comprendere se nel nostro ordinamento il soggetto abbia un diritto a procreare soltanto in forma naturale o anche con mezzi artificiali, ossia se lo stesso sia titolare di una pretesa nei confronti dello Stato a che questi metta a sua disposizione le necessarie tecniche procreative artificiali affinché sia realizzato il suo diritto alla procreazione.

A questo quesito si suole rispondere negativamente sulla base del fatto che, mentre nel caso di procreazione naturale l'interesse alla genitorialità costituisce l'oggetto di un diritto di libertà, la procreazione artificiale, che è scissa completamente dall'esercizio del diritto fondamentale alla sessualità, è condizionata alla realizzazione di diversi interessi e diritti appartenenti anche a soggetti distinti dai genitori. In altre parole, mentre la procreazione naturale è esercizio di una libertà che l'ordinamento garantisce, il desiderio di avere un figlio con l'intervento medico chiama in causa l'ordinamento giuridico che deve predisporre le necessarie ed opportune tutele di tutti i soggetti coinvolti nelle tecniche procreative, compreso il concepito che è il soggetto più debole e indifeso¹⁹.

L'individuo non è pertanto titolare di un diritto alla prole da soddisfarsi ad ogni costo e non può rivendicare la procreazione artificiale come esercizio di un diritto, né verso i medici, né verso lo Stato²⁰.

La dimensione costituzionale della procreazione artificiale è da rinvenire piuttosto nella tutela della salute di colui che richiede il trattamento di PMA: le tecniche di fecondazione assistita vanno dunque considerate non come strumentali ad un diritto di libertà, bensì come manifestazione del diritto alla salute costituzionalmente tutelato *ex art. 32 Cost.*, intesa non come semplice assenza di malattia, ma come benessere fisico, psichico e sociale dell'individuo.

Per comprendere appieno tale affermazione è doveroso ricordare che la PMA è una tecnica che costituisce una *species* dei trattamenti medici riguardanti le funzioni sessuali e i processi riproduttivi, con

¹⁸ Cfr. su questo aspetto approfonditamente MARTINI, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 27 s., il quale precisa come questo riconoscimento sia principalmente nei termini di una libertà negativa, espressione di quella autodeterminazione nella sfera privata che si ricava dall'art. 13 Cost., ed il cui esercizio non può essere limitato dall'esterno. Non si ravvisano, invece, secondo lo stesso A. gli estremi di un vero e proprio diritto positivo cui corrisponde un obbligo di pubblico supporto alla realizzazione dell'interesse a procreare. Il diritto di avere dei figli non motiva pertanto un dovere pubblico di contribuire alla sua realizzazione tramite la messa a disposizione di determinati procedimenti artificiali nel caso di impedimento naturale.

¹⁹ Sull'ampio dibattito dottrinale in merito ad un preteso "diritto" alla procreazione assistita anche come diritto fondamentale si veda FORDER, *La procreazione assistita nel quadro dei diritti dell'uomo*, in *Pol. dir.*, 1999, p. 351 ss.

²⁰ Secondo TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica nella prospettiva del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 510 «che si debba riconoscere una libertà di fabbricazione, a proprio nome, degli uomini anche ricorrendo alla potenza genetica altrui, appare veramente affermazione priva di fondamento. Nessuno può pretendere che la società consenta di creare per conto proprio uomini nuovi ricorrendo ad ogni mezzo che la tecnica può offrire!».

la particolarità, come si dirà meglio nel prosieguo²¹, che le tecniche in oggetto non sono volte a ripristinare la funzione organica compromessa, bensì solo a surrogarla artificialmente²².

In altre parole, le tecniche di PMA non vanno considerate come una nuova forma di riproduzione alternativa rispetto a quella naturale, bensì come un trattamento sanitario a tutti gli effetti²³, volto a sopperire ad alcune alterazioni dell'organismo, ossia un «intervento medico strumentale, sostitutivo e residuale, avente finalità terapeutica»²⁴, con la precisazione che il concetto di “terapeuticità” va inteso nel campo della PMA in un’accezione ampia, in quanto le diverse metodiche consentono solamente di aggirare il problema della sterilità/infertilità, ma non di curarla, ripristinando l’originaria funzione riproduttiva compromessa. La sessualità e la procreazione sono, infatti, funzioni dell’organismo umano che, come tutte le altre, possono essere ostacolate da patologie o invalidità e per le quali si riconosce un diritto all’assistenza medica quale espressione del più generale diritto alla salute.

La prestazione di pratiche di fecondazione assistita rientra, dunque, nel più generale obbligo dello Stato di garantire il diritto fondamentale e primario riconosciuto e garantito dall’art. 32 Cost.²⁵ e da altre fonti internazionali²⁶, divenendo doverosa nei casi di sterilità o infertilità del soggetto richiedente.

A tale proposito sembra opportuno accennare qui alla complessa problematica inerente alle condizioni soggettive di accesso alle tecniche di PMA, in quanto, come meglio si dirà analizzando la legge n. 40/2004, quest’ultima preclude il ricorso alla fecondazione assistita a determinate categorie di soggetti.

Come è stato ben affermato, ogni qualvolta il legislatore esercita «una discrezionalità selettiva nella prestazione e nell’autorizzazione di questa tipologia di trattamenti [ciò] si traduce nella violazione del diritto alla salute del cittadino»²⁷. Questa discrezionalità selettiva del legislatore, che nega l’assistenza sanitaria, non in ragione di limiti tecnici-medici, bensì in base a mere considerazioni “di valore” (ad esempio inerenti al tipo di progetto familiare) a soggetti affetti da sterilità o infertilità, realizza «una disparità di trattamento non solo irragionevole, ma particolarmente “disdicevole, perché realizzata “approfittando”, per così dire, di una di quelle situazioni di minorità fisica e di disegualianza sostanziale

²¹ Cfr. *infra* cap. II, par. 4.

²² Su questa parte cfr. ampiamente VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012, p. 40 ss.

²³ Il tratto caratterizzante di tale relazione sanitaria è costituito dal fatto di riguardare non un paziente solo, bensì una coppia e anche parti staccate del loro corpo, ossia i gameti. In questo senso VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 217.

²⁴ Cfr. CANESTRARI, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico tra valori ideali e opzioni ideologiche*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 1094.

²⁵ Questa dimensione teleologica sembra riconosciuta dalla stessa l. n. 40/2004, che già nella sua intitolazione qualifica i trattamenti disciplinati come di carattere “medico” (procreazione “medicalmente” assistita). Nel comma 2 dell’art. 1 poi si oppongono alla PMA «altri metodi *terapeutici*», lasciando intendere come la pratica in esame sia ascrivibile alla categoria dei metodi terapeutici, insieme alle altre.

²⁶ Si veda l’art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea secondo cui «ogni individuo ha diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell’attuazione di tutte le politiche ed attività dell’Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana». Sul tema cfr. CAMPIGLIO, *La procreazione medicalmente assistita nel quadro internazionale e transnazionale*, in CANESTRARI, FERRANDO, MAZZONI, RODOTÀ, ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, volume del *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ, ZATTI, Milano, 2011, tomo 2, p. 1479 ss.

²⁷ Così VALLINI, *Illecito concepimento*, cit., p. 42.

che ai sensi degli artt. 3, comma 2, e 32 Cost., dovrebbero al contrario sollecitare una compensazione positiva»²⁸.

In altre parole, ogni qualvolta la legge preclude l'accesso alle tecniche di PMA ad un soggetto affetto da sterilità o infertilità essa si espone, per ciò solo, ad una possibile valutazione di incostituzionalità per violazione con il parametro costituito dall'art. 32 Cost.

Al contrario, è da ritenersi legittimo un eventuale rifiuto legale di prestazione da parte delle strutture pubbliche nei casi in cui non vi sia da rimediare a situazioni che implicano una menomazione organica, tale da ostacolare il processo riproduttivo, dal momento che non esiste un "diritto" ad avere un figlio inteso come pretesa giuridicamente garantita e attivabile a riprodursi (da parte, ad esempio, di donne in menopausa, soggetti omosessuali, vedove che vogliono un figlio dal marito defunto, ecc.)²⁹.

Concludendo, pur riconoscendo che siffatte pretese di genitorialità vanno ricondotte anch'esse alla generale libertà di procreare costituzionalmente tutelata, e in quanto tali possono essere soddisfatte privatamente, esse non possono, tuttavia, essere oggetto di specifici diritti positivi a carico dello Stato.

I restanti divieti e limiti contenuti nella legge n. 40/2004 - quelli cioè che attengono a situazioni a vario titolo patologiche - vengono invece giustificati dai difensori di tale normativa in ragione del fatto che la PMA è una pratica di natura medica, che necessita, a differenza del concepimento naturale, *di un impegno, anche da un punto di vista economico, da parte delle pubbliche istituzioni richiedendosi, oltreché attrezzature e ambienti idonei, anche una complessa attività di persone (l'équipe) diverse da quelle naturalmente coinvolte nel processo procreativo.*

Lo Stato, dunque, con riguardo a queste pratiche potrebbe rifiutarsi di offrire il proprio supporto nella misura in cui esulano da quelle per lui doverose ai sensi dell'art. 32 Cost., nonostante vi sia in gioco una libertà di procreare anch'essa di rilievo costituzionale.

A tale proposito autorevole dottrina ha, però, osservato come «ammesso e non concesso tuttavia che il coinvolgimento necessario del personale medico possa costituire una valida ragione per imporre limiti e divieti qualitativi alla formazione di famiglie tramite la procreazione, per evitare discriminazioni irragionevoli bisognerebbe estendere allora gli stessi limiti e divieti almeno a tutti gli altri casi in cui si renda necessario un intervento medico (terapie ormonali, interventi chirurgici per rimediare a situazioni di infertilità, ecografie, ecc.)»³⁰.

Un'altra questione, anch'essa delicata e complessa, riguarda poi l'individuazione degli interessi che possono limitare siffatti diritti e libertà fondamentali³¹, *in primis* il diritto alla salute riproduttiva e la

²⁸ Cfr. VALLINI, *Illecito concepimento*, cit., p. 42 ss.

²⁹ Essi, in altre parole, sono dei comportamenti che l'ordinamento non tutela perché non apprezza e non approva e pertanto non sono oggetto di un diritto, ma che, in virtù del principio personalistico (che comporta la non ingerenza dello Stato nella sfera persona), esso è tenuto a tollerare nella misura in cui non costituiscono un illecito. La legge tollererebbe, perciò, questi comportamenti se oggetto di scelte private circa la propria sessualità e riproduzione, ma vieta però ogni ausilio dall'esterno alla realizzazione di essi che sono solo tollerati.

³⁰ Così VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 35 s.

³¹ In questo senso VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 49, il quale sottolinea come «il diritto alla salute riproduttiva, così come la libertà di procreare, non possono risolversi, rispettivamente, in una pretesa o in una autonomia assoluta e "sregolata", ma devono cedere ad un compromesso con altre istanze

libertà a procreare e che giustificano l'inflizione di una sanzione che incide sulla libertà personale tutelata dall'art. 13 Cost., ma di ciò si darà conto quando si analizzeranno nel dettaglio le tre principali questioni illegittimità costituzionale afferenti la legge.

3. *Le diverse questioni in gioco: un difficile bilanciamento di valori in gioco.*

Ogni legge in tema di PMA è accompagnata al suo nascere e spesso anche successivamente da grandi polemiche e discussioni, poiché, come si è detto, affronta questioni di enorme rilievo, quale il rapporto fra tutela penale e diritti e libertà fondamentali, i progressi nel mondo scientifico, la laicità dello Stato e il connesso pluralismo etico-ideologico, ma soprattutto investe il tema dei rapporti fra diritto alla salute e alla maternità consapevole della donna da un lato e diritti del nascituro dall'altra e, quindi, come vedremo a breve analiticamente, in ultima analisi la problematica connessa all'inizio della vita umana³².

I valori umani primari che vengono in gioco quando si parla di PMA, secondo la maggioranza della dottrina³³, sono essenzialmente i seguenti:

1) il diritto della coppia alla procreazione di un figlio (diritto già peraltro riconosciuto dall'art. 1 della l. 194/1978), quale forma di manifestazione della personalità individuale *ex art. 2 Cost.*;

2) il diritto della coppia alla prestazione del consenso alla PMA, quale espressione del generale principio di autodeterminazione che si pone al centro delle questioni di bilanciamento, tanto che, per alcuni³⁴, esso costituisce ostacolo al riconoscimento della capacità giuridica dell'embrione. Tale valore si manifesta nel potere della donna di interrompere la gravidanza, pur subordinatamente a condizioni, modi e tempi previsti legislativamente e di rifiutare l'impianto dell'embrione realizzato *in vitro*;

3) il diritto della donna sottoposta alle tecniche di PMA alla salute (art. 32 Cost.) e alla maternità consapevole (art. 31, comma 2 Cost.);

4) i diritti del concepito, quali il diritto alla vita, alla salute, alla dignità umana, all'intangibilità del patrimonio genetico, al pieno sviluppo della personalità e ad avere una famiglia bigenitoriale, ossia una famiglia composta da due genitori di sesso diverso, biologici e legali, che trova le sue basi sul piano essenzialmente antropologico e psicologiche. La tutela del concepito viene ricondotta, quindi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, a quella dei diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti e garantiti dall'art. 2 Cost., a cui vanno aggiunti, secondo altri, l'aspettativa del concepito di nascere sano, ricavato dagli artt. 2 e 32 Cost.³⁵ e, più in generale, dal valore della dignità umana³⁶;

altrettanto o più nobili, in quanto nessun diritto, e a maggior ragione una libertà negativa, può essere esente da limiti».

³² Cfr. MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione dei beni giuridici*, cit., p. 345.

³³ Si veda per tutti MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, in *Legisl. pen.*, 2005, p. 326 s.

³⁴ V. GIACOBBE, *Il concepito come persona in senso giuridico*, Torino, 2003, p. 256.

³⁵ Cfr., ad esempio, CASSANO, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, Milano, 2002, p. 2 ss.

5) la libertà della ricerca scientifica, sancito dagli artt. 9 e 33 Cost., e il diritto alla salute inteso a livello della collettività, in quanto il progresso delle tecniche genetiche rappresenta un potenziale strumento di forte miglioramento delle condizioni della collettività in generale, in particolare per quanto riguarda l'eliminazione delle patologie ereditarie³⁷.

In sostanza, quindi, i valori che vengono in gioco quando si parla della l. n. 40/2004 gravitano intorno a tre principali centri di interessi: il concepito (vita, dignità umana, salute, pieno sviluppo della personalità), i genitori ("diritto" alla procreazione come diritto della personalità, diritto della salute corredato dalla necessità di un consenso informato) e la collettività (interesse alla continuazione della specie e all'integrità complessiva dei suoi componenti, nonché corresponsabilità nella soluzione dei problemi attinenti alla genetica umana)³⁸.

Compito primario del legislatore è, dunque, quello di procedere ad una regolamentazione della materia nel quadro dei valori e dei principi costituzionali di riferimento, componendo i diversi interessi in gioco e assicurando un livello minimo di tutela ad ognuno di essi³⁹.

Data la complessità del quadro dei valori di riferimento e l'impossibilità di stabilire in termini assoluti una gerarchia fra questi, non è, però, scontato quali siano le scelte legislative in materia di PMA conformi a Costituzione⁴⁰.

Effettuare in modo corretto tale bilanciamento di valori e principi costituzionali è operazione di primaria importanza, in quanto la costituzionalità di una legge dipende in prima battuta da un'attenta ponderazione su quale sia, nella fattispecie innanzi alla quale ci si pone, il valore da considerare "recessivo" e quale, invece, quello "dominante", nonché dalla garanzia che al secondo venga attribuita salvaguardia rispetto al primo con esso confliggente. Tutti i dubbi di costituzionalità di una legge derivano invero da un discutibile bilanciamento tra i diversi diritti, interessi e valori che, necessariamente e inevitabilmente, si fronteggiano e si scontrano nella regolamentazione della materia.

In altre parole, al fine di comporre i diversi valori che vengono in gioco, occorre utilizzare le c.d. "tecniche di bilanciamento", quale criterio di composizione che consente di stabilire, con riferimento ad una certa fattispecie, se un certo valore o principio sia prevalente o recessivo rispetto ad un altro, dovendo, in tal ultimo caso, essere limitato in ragione della salvaguardia del principio costituzionale con

³⁶ Cfr. BALDINI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione per valori: alla ricerca di un bilanciamento tra istanze di libertà e istanze di giustizia*, in ID (a cura di), *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, Torino, 2004, p. 125 ss.

³⁷ Così RIMOLI, *Bioetica, diritti del nascituro, diritti delle generazioni future*, in NANIA, RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, Torino, 2001, p. 341.

³⁸ In questo senso SESSA, *Dalla bioetica al biodiritto: irrazionalità e simbolismo negli esiti di una legislazione emergenziale in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 914 s.

³⁹ Si comprende, allora, che, come peraltro affermato dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza 28 gennaio 2005 n. 45, una legge sulla fecondazione assistita sia «costituzionalmente necessaria». Cfr. *infra* cap. II, par. 10.

⁴⁰ V. CELOTTO, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione*, in CELOTTO, ZANON (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Ai margini di una legge controversa*, Milano, 2004, p. 60.

esso confliggente. Solo così si potrà, infatti, controllare se il legislatore ha esercitato la propria discrezionalità in maniera corretta, alla luce del generale canone di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*

Come vedremo, parlando dei tre punti maggiormente controversi della legge n. 40/2004, premesso che il bilanciamento dei diversi interessi confliggenti è operazione che spetta in via esclusiva al legislatore, al giudice costituzionale spetta comunque sempre il compito di sindacarne la ragionevolezza, cosa che in effetti ha fatto (anche se non sempre) a partire dalla sentenza n. 151 del 2009, in cui per la prima volta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di un aspetto centrale dell'intera legge n. 40/2004⁴¹.

Un'indicazione sicuramente utile su come effettuare il bilanciamento in tema di PMA può essere rinvenuto nella giurisprudenza costituzionale in tema di aborto, in cui la Corte ha affermato che «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute propria di chi è già persona, come la madre e la salvaguardia dell'embrione che persona ancora deve diventare»⁴² e che il bilanciamento fra diritti fondamentali in questione «quando siano entrambi esposti a pericolo, si trova nella salvaguardia della vita e della salute della madre, dovendosi peraltro operare in modo che sia salvata, per quanto possibile, la vita del feto»⁴³. Dunque, secondo il *dictum* del giudice delle leggi, la vita e la salute del concepito non possono mai prevalere sui valori, spesso contrapposti, della vita e della salute della madre, almeno fino a quando sussiste l'immedesimazione del concepito nel corpo della madre.

⁴¹ In un tale contesto di interessi confliggenti, ma tutti meritevoli di tutela, come è stato osservato (SESSA, *Dalla bioetica al biodiritto*, cit., p. 914), sarebbe stata «necessaria l'adozione di una normativa razionale, laddove la razionalità giuridica, votata al giusto equilibrio tra valori contrapposti, deve attuarsi in una disciplina che si riveli capace di aiutare i consociati nelle loro scelte, avendo cioè la forza di non scegliere per essi, ma di tradursi essenzialmente nella ricerca di soluzioni che non promuovano una generale illiceità eticamente fondata ovvero una diffusa liceità laicista delle tecniche di fecondazione assistita, quanto piuttosto la individuazione di un percorso che, orientato da criteri giuridici, ne selezioni i margini per una loro possibile adozione all'interno di scelte individuali libere e responsabili, nel pieno rispetto di quella "laicità" costituzionale emergente dai valori fondamentali di riferimento. Ed è proprio l'affermazione di una tale laicità costituzionale, connessa al principio di uguaglianza, colto tanto nella sua accezione allargata riferibile al controllo di ragionevolezza, quanto nel suo nucleo "forte" di divieto di ogni discriminazione che, trovando conferme continue anche nella evoluzione della giustizia costituzionale, impone una corretta realizzazione di quelle opzioni assiologiche di tipo normativo-fondamentali votate al superamento dello stato confessionale nell'ambito di un ordinamento statale che, diversamente da quello propugnato dal legislatore del 1930, diventa luogo di confronto potenziale a garanzia di tutte le e istanze sociali, per una loro coesistenza oggettiva e lontano da prevaricazioni reciproche. Lo stato laico, così deve contrapporsi non solo allo stato confessionale, ma anche a quello etico, dal momento che esso non è latore di una propria concezione assiologica, ma garante di ogni possibile istanza in concorso con le altre, definendosi più per differenza che per adesione».

⁴² Corte cost., sentenza 18 febbraio 1975 n. 27, in *Foro it.*, 1975, I, p. 515, con la quale la Consulta ha dichiarato per la prima volta l'illegittimità costituzionale dell'art. 546 c.p. (aborto di donna consenziente), «nella parte in cui non prevede che la gravidanza possa venire interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo fisico o psichico, non altrimenti evitabile per la salute della donna». Cfr. *infra* cap. II, par. 5.

⁴³ Corte cost., sentenza 10 febbraio 1997 n. 35, consultabile all'indirizzo <http://www.giurcost.org>, con la quale i giudici delle leggi hanno dichiarato inammissibile la richiesta di *referendum* popolare per l'abrogazione di alcune parti della legge 22 maggio 1978, n. 194, in quanto «la Costituzione non consente di toccare mediante l'abrogazione, sia pure parziale, della legge 23 maggio 1978, n. 194, [...] quel nucleo di disposizioni che attengono alla protezione della vita del concepito quando non siano presenti esigenze di salute o di vita della madre, nonché quel complesso di disposizioni che attengono alla protezione della donna gestante: della donna adulta come della donna minore di età, della donna in condizioni di gravidanza infratrimestrale come della donna in condizioni di gravidanza più avanzata». Cfr. *infra* cap. II, par. 5.

Tuttavia, analizzando la legge in questione, già da una sua veloce lettura, appare chiaramente come il legislatore, anziché comporre un ragionevole bilanciamento dei diritti di tutti i soggetti coinvolti nelle pratiche di PMA, abbia operato una scelta di natura ideologica.

Nonostante, infatti, la normativa *de qua*, su un piano programmatico di intenzioni, abbia affermato di voler salvaguardare i «diritti di tutti i soggetti coinvolti», nei fatti ha però tenuto in considerazione unicamente i diritti del solo concepito, accordando una tutela assoluta ed incondizionata alle aspettative di cui è titolare quest'ultimo, sacrificando così inevitabilmente diritti di rilevanza costituzionale equivalente, se non addirittura superiore, facenti caso a persone già venute ad esistenza.

Tale precisa scelta gerarchica deriva a sua volta da una precisa opzione in tema di valutazione di inizio della vita umana, che è stata collocata dallo stesso legislatore al momento del concepimento. Compiuta questa scelta la gerarchizzazione del diritto alla vita rispetto a tutti gli altri potenzialmente confliggenti appare esserne la naturale e obbligata conseguenza.

Analizzando più da vicino le scelte fatte dal legislatore emerge, infatti, come un posto di primo piano spetti al diritto alla vita dell'embrione fin dal momento del suo concepimento, nonché al diritto del concepito ad avere una famiglia composta da due genitori di sesso diverso che abbiano già fatto una scelta consapevole rispetto alla loro convivenza. A tali valori, posti al primo gradino della scala gerarchica, sono stati posposti sia il c.d. "diritto a diventare genitori", sia la tutela della salute della donna, ecc., che sarebbero invece favoriti ove il legislatore avesse ammesso, non solo la fecondazione eterologa, ma anche la formazione di un numero più alto di embrioni rispetto a quelli che devono poi essere obbligatoriamente impiantati, ossia tre.

Questa prevalenza accordata in modo incondizionato alle aspettative di cui è titolare il concepito, a cui si accompagna un insieme di divieti anche penalmente sanzionati volti a tutelare la vita *in fieri*, riflette scelte ideologiche di fondo compiute dal legislatore che chiaramente mal si conciliano con i presupposti di uno Stato di diritto⁴⁴, nella misura in cui quest'ultimo dovrebbe garantire il pluralismo ideologico, riservando la sanzione penale solo nei casi in cui si verifichi una lesione o una messa in pericolo di un bene giuridico socialmente rilevante e non, invece, nel caso di violazione di meri precetti etici⁴⁵.

Come è stato ben osservato, il legislatore del 2004 «gerarchizza valori e interessi, più che bilanciarli, cosicché il diritto alla vita dell'embrione prevale sulla libertà di ricerca, la tutela della famiglia prevale sul diritto individuale alla procreazione e opera con una serie di divieti molto netti nei confronti delle

⁴⁴ Sottolinea ZANON, *Introduzione*, in *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 8, come «la necessità che ogni legge che affronti temi eticamente sensibili debba ispirarsi ad un sano *self-restraint* lontano da inutili proclami ideologico-culturali, è probabilmente mancata al legislatore del 2004 che ha tentato di rimediare con l'emanazione delle Linee guida che contengono delle disposizioni in parziale contrasto con alcune norme della legge».

⁴⁵ Nel senso di ritenere la prevalenza accordata in modo assoluto alle aspettative del concepito come mera copertura ideologica di norme volte a sanzionare la violazione di meri precetti etici, in contrasto con i presupposti fondamentali dello Stato di diritto, vale a dire «la garanzia del pluralismo ideologico, la neutralità assiologica del diritto ed il principio di dannosità sociale dell'illecito penale, che come tale presuppone la lesione o l'esposizione a pericolo di beni giuridici socialmente rilevanti, non già la mera violazione di precetti etici si veda, fra i tanti, MANNA, *La tutela penale della vita in fieri*, cit., p. 346; *contra* EUSEBI, *La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico?*, in *Legisl. pen.*, 2005, p. 357 ss.

fattispecie che ha ritenuto sprovviste di un adeguato valore sociale o, comunque, di un valore superiore al bene tutelato»⁴⁶.

A ciò si aggiunga che la presenza di numerosi divieti all'uso delle tecniche di PMA produce come effetto, secondo l'interpretazione della dottrina più sensibile ai diritti delle donne, quello di degradare il corpo di queste ultime a «luogo pubblico su cui legiferare», a «puro contenitore dell'embrione»⁴⁷, trascurando le ragioni della donna e l'indispensabile apporto che quest'ultima ha nel rendere possibile la nascita di un nuovo individuo, unica alla quale spetta in assoluta autonomia la decisione di mettere a disposizione il proprio corpo per renderlo possibile.

In questo quadro già complesso si inserisce anche il principio di precauzione⁴⁸.

Il dibattito sul contenuto di tale importante principio è ancora in corso, mancando ad oggi un'accezione pienamente condivisa fra gli interpreti⁴⁹, ferma restando però la sua fondatezza giuridica.

In mancanza di una nozione certa si ritiene che esso vada inteso in conformità alla nozione giurisprudenziale proposta dalla Corte di giustizia della Comunità europea, secondo cui in presenza di un'incertezza scientifica sulle conseguenze negative di un'attività o di una tecnica, queste ultime «non possono né essere proibite, né essere limitate al di sotto del livello per il quale i rischi sono stati accettati

⁴⁶ Così D'AMICO, *Riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice? (in margine alla prima decisione sulla l. n. 40 del 2004)*, in *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 48 ss.

⁴⁷ COSTANTINI, *Il caso Catania: una lotta per il diritto*, in *Bioetica*, 2004, p. 281.

⁴⁸ Secondo l'accezione generale tale principio fa sì che l'assenza di certezze (tenendo conto delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento disponibili) circa eventuali effetti nocivi che potrebbero scaturire da alcune applicazioni biotecnologiche comporti un atteggiamento di cautela e persino di astensione dagli interventi che potrebbero determinarli.

L'applicazione del principio di precauzione richiede tre elementi chiave: l'identificazione dei potenziali rischi; una valutazione scientifica, realizzata in modo rigoroso e completo sulla base di tutti i dati esistenti e la mancanza di una certezza scientifica che permetta di escludere ragionevolmente la presenza dei rischi identificati.

A livello europeo il principio di precauzione è stato ufficialmente adottato come uno strumento di decisione nell'ambito della gestione del rischio in campo di salute umana, animale o ambientale.

Nonostante tale principio sia stato principalmente applicato per questioni ambientali, la Commissione Europea ha specificato che il campo di applicazione non è limitato a questo tipo di questioni, ma comprende tutte le situazioni in cui si identifichi un rischio ma non vi siano prove scientifiche sufficienti a dimostrarne la presenza o l'assenza o a determinare adeguati livelli di protezione.

Tra le più importanti applicazioni c'è quella della sicurezza alimentare, concetto visto nel contesto ampio di protezione della salute. La legge quadro in materia di sicurezza alimentare (Regolamento EC No. 178/2002) riporta il principio di precauzione come uno degli strumenti da utilizzare per assicurare un elevato livello di protezione dei consumatori.

A livello internazionale, il principio è riconosciuto dall'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), in particolare nell'Accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie (SPS) e nell'Accordo sugli ostacoli tecnici al commercio (TBT). Nell'ambito di questi accordi, uno Stato membro dell'OMC ha il diritto di porre delle barriere all'importazione basandosi sul principio di precauzione allorquando siano identificati rischi ambientali o sanitari su cui non c'è certezza scientifica. Gli accordi tuttavia ribadiscono il principio che tali misure debbano considerarsi provvisorie e che lo Stato che le attua deve fare lo sforzo di ottenere tutte le informazioni necessarie per completare la valutazione del rischio entro un termine ragionevole. Esso è stato poi riconosciuto in molteplici disposizioni normative. Innanzitutto trova una sua base costituzionale nell'art. 27, comma 2 Cost., secondo cui «l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva». Questo principio è stato poi positivizzato in una serie di disposizioni processuali, poste a garanzia di vari diritti, come ad esempio l'art. 530, commi 2 e 3 c.p.p., oppure l'art. 667 commi 1 e 2 c.p.p.

⁴⁹ Nella Comunicazione sul principio di precauzione del 2 febbraio 2000 la Commissione europea afferma che «[...] in altri termini la portata del principio di precauzione è collegata all'evoluzione giurisprudenziale che, in qualche modo, è influenzata dai valori sociali e politici che prevalgono in una società [...]».

o previsti, ma devono poter ricevere una regolazione giuridica»⁵⁰. In altri termini, il principio di precauzione, così inteso, si limiterebbe a sancire la necessità che un'attività come la procreazione assistita o la sperimentazione sugli embrioni debba essere regolata, ma non anche la sua regolamentazione debba avere “un certo contenuto”.

Tale principio va poi applicato insieme al principio di proporzionalità e pertanto la fissazione di misure protettive all'interno della regolamentazione deve essere sufficiente a raggiungere lo scopo prefissato, ma non eccessiva rispetto a questo.

Come si dirà meglio in seguito l'utilizzo di metodi artificiali, anziché naturali, per procreare non comporta però la lesione di alcun bene giuridico, salvo individuare quest'ultimo nella dignità e naturalità della procreazione⁵¹.

4. *Qualche nozione scientifica.*

Per comprendere appieno le diverse questioni e problematiche di carattere giuridico che la legge n. 40/2004 pone all'interprete, ci sembra necessario fornire preliminarmente qualche nozione di carattere tecnico-scientifico sul processo riproduttivo, nonché sulle diverse metodiche legate alla PMA⁵² e, infine, accennare alla complessa questione dello statuto dell'embrione umano, in quanto nel corso del tempo il complesso di quelle metodiche che oggi conosciamo con il nome di tecniche di PMA, non solo si sono evolute dal punto di vista tecnologico e scientifico, ma anche da un punto di vista terminologico.

Si deve fin da ora avvertire però che al penalista, il quale si accinga a studiare per la prima volta il tema della fecondazione assistita al fine di analizzarne i profili di maggior problematicità dal punto di vista giuridico e, in particolare, penalistico, si presentano due ostacoli preliminari strettamente collegati fra di loro, ossia la difficoltà insista nella materia in quanto necessariamente tecnica e un'informazione che in molti casi è ideologicamente orientata, già sul piano scientifico.

Con riferimento a questo secondo aspetto deve, infatti, osservarsi come il penalista non possa contare su un punto di riferimento scientifico solido perché è la stessa comunità scientifica ad essere divisa sul punto. Tale situazione è fonte di grande disorientamento per l'interprete al quale mancano dati certi da cui partire per un'analisi esegetica delle norme della legge che si accinge a studiare. Ci si riferisce, in particolare, ai concetti di persona ed embrione che verranno trattati a breve.

⁵⁰ Cfr. Corte giust., sentenze 5 maggio 1998, cause C-157/96 e C-180/96, consultabili sul sito <http://www.curia.europa.eu>.

⁵¹ Per la definizione di tali concetti si veda EUSEBI, *La vita individuale precoce*, cit., p. 357 ss. e MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, cit., p. 326 ss. Contro il rilievo costituzionale di tale bene si veda, invece, CANESTARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 419.

⁵² Per gli aspetti più prettamente scientifici si veda ampiamente BUZZI, TASSI, *La procreazione medicalmente assistita*, Giuffrè, 2011, p. 1 ss.; FLAMIGNI, *Le tappe dell'evoluzione biologica*, in *Il governo del corpo*, cit., tomo 2, p. 1281, ss.; ID, *Introduzione*, in DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Giuffrè, 2008, p. 7 s.; MARTINI, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 46 ss.; FORABOSCO, *Pre-embrione e ricerca sulle cellule staminali*, in *Bioetica*, 2003, p. 798 ss.

4.1. Il processo riproduttivo.

Per quanto concerne il processo riproduttivo e, in particolare le diverse fasi dello sviluppo embrionale⁵³ necessarie per comprendere la questione relativa allo statuto ontologico dell'embrione che sarà trattata a breve, sembra opportuno illustrare brevemente i ventitré stadi che, nell'arco di cinquantasei giorni dal momento della fecondazione, definiscono la cronologia della sviluppo embrionale.

Momenti rilevanti di tale cronologia possono considerarsi i seguenti⁵⁴:

- durante lo stadio 1, nel primo giorno della fecondazione, i due genomi (patrimoni genetici codificati nelle sequenze del DNA contenuto nei cromosomi) dei genitori, già in comune nel citoplasma dal momento della fecondazione, si associano per formare lo zigote;
- durante lo stadio 2 (2° e 3° giorno) avvengono le prime divisioni mitotiche dello zigote e la formazione della morula (2-16 cellule) ed inizia l'attività di trascrizione dell'informazione genetica contenuta nello zigote, che esprime i caratteri specifici dell'individuo;
- durante lo stadio 3 (4° e 5° giorno) si forma la blastocisti (da 64 cellule): le cellule derivate dallo zigote, che fino a questo momento sono "totipotenti", ovvero possono esprimere ognuna il programma genetico completo di un individuo umano, da questo momento perdono tale proprietà, nel senso che solo una loro integrazione può esprimere tale programma;
- durante lo stadio 4 (6° giorno) la blastocisti incomincia ad impiantarsi nella parete uterina e si consolidano a livello cellulare le interazioni tra embrione ed organismo materno, già presenti a livello biochimico-endocrinologico nell'ambiente tubarico;
- gli stadi 5 (dal 7° al 12° giorno) e 6 (dal 13° al 15° giorno) definiscono processi biologici molto significativi: da una parte l'impianto della blastocisti giunge a completamento e si distinguono nettamente la componente embrionaria da quella da quella extraembrionaria, che darà luogo alla formazione delle membrane (placenta, amnios, sacco vitellino, cordone ombelicale); dall'altra compare (il 14°-15° giorno)

⁵³ Di tutto il complesso processo riproduttivo vanno tenuti presenti essenzialmente i seguenti aspetti:

- i due gameti si chiamano oocita e spermatozoo;
- quando lo spermatozoo tocca l'oocita, questi prende il nome di «oocita attivato», mentre dopo che lo spermatozoo è penetrato al suo interno si parla di «oocita penetrato»;
- l'oocita con due pronuclei si chiama ootide, o pre-zigote;
- dopo la scomparsa dei pronuclei si verifica l'anfimissi (fase caratterizzata dall'allineamento dei cromosomi di entrambi i pronuclei su un'unica piastra metafisica che avviene circa 22 ore dopo la fecondazione) e la cellula che a questo punto (ossia dopo ventiquattro ore circa dal contatto fra i due gameti) inizia la prima metafase mitotica, si chiama zigote;
- al termine della prima divisione mitotica si forma l'embrione, che ha due cellule ed è ancora contenuto nella stessa membrana pellucida che avvolge l'uovo. Le due cellule si chiamano blastomeri.

⁵⁵ Informazioni tratte dal parere del Comitato nazionale per la Bioetica sul tema «Identità e statuto dell'embrione umano», cit.

la linea o stria primitiva che permette di identificare l'asse cranio-caudale, le estremità, le superfici dorsale e ventrale, la simmetria destro-sinistra, in altre parole, il piano costruttivo dell'embrione⁵⁵;

- lo stadio 8 (18° giorno) caratterizza la comparsa della placca neurale, da cui origineranno le strutture del sistema nervoso, centrale e periferico.

4.2. L'identità e lo statuto dell'embrione umano.

Indipendentemente dal giudizio positivo o negativo che si può esprimere in merito al contenuto della legge n. 40/2004, è indubbio che quest'ultima sia fortemente criticabile per la carenza di definizioni, in grado di chiarire l'ambito di applicazione della disciplina.

Un esempio emblematico di questo vuoto normativo è rappresentato dalla stessa nozione di embrione umano⁵⁶. Nella l. n. 40/2004 (così come in qualsiasi altra normativa) manca, infatti, una definizione del termine embrione⁵⁷, sia per quanto riguarda la sua identità ontologica, sia per quanto riguarda il coordinamento con le altre norme esistenti affini, *in primis* gli art. 1 c.c. e l. della l. n. 194/1978. Ciò rappresenta uno dei maggiori nodi interpretativi dell'intera legge, dal momento che, essendo l'embrione uno dei requisiti costitutivi di diverse fattispecie di reato, si viene a configurare una possibile violazione del principio di legalità.

Come noto nella letteratura scientifica, come si vedrà più analiticamente a breve, il termine embrione è tutt'altro che univoco, assumendo una plurivocità di significati in campo biologico⁵⁸: si va dall'attivazione dell'oocita (ossia dal primo contatto tra gamete femminile e maschile), alla penetrazione dello spermatozoo nell'oocita, alla fusione dei genomi (c.d. "ootide", o anche oocita fecondato a due pronuclei), al termine della totipotenza (che, ponendo fine alla possibilità della divisione gemellare o

⁵⁵ La comparsa della linea primitiva segna il limite superiore per la suddivisione gemellare, limite non valicabile se non in casi patologici estremamente rari (come quelli dei gemelli siamesi o del gemello "parassita"). La presenza di una o più linee primitive indica quindi lo sviluppo già determinato, di un singolo o di più individui geneticamente identici. I dati dell'embriogenesi per i vari tipi di gemelli monozigotici suggeriscono, infatti, che i precursori cellulari della linea primitiva, come struttura morfologicamente rilevabile, si differenziano in una fase precedente a quella in cui si visualizza il processo, fase corrispondente, per l'evento più tardivo, all'8°-9° giorno. Pertanto il momento di non ritorno per la formazione di gemelli multipli dovrebbe essere anticipato rispetto alle stime comunemente riportate, che si basano sulle evidenze morfologiche.

⁵⁶ Tradizionalmente, dal punto di vista scientifico, si può parlare di embrione dal momento in cui termina il processo della fecondazione fino all'ottava settimana di sviluppo, a partire dalla quale si è in presenza di un feto.

⁵⁷ Fra i tanti che affermano ed auspicano la necessità che il legislatore fornisca una definizione del termine embrione si veda RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, p. 68. Offre interessanti spunti interessanti per un superamento delle incertezze applicative derivanti dall'assenza di una definizione del termine embrione LOSAPPIO, *Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione assistita*, in PALAZZO, PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Cedem, II. ed., Padova, 2007, p. 2067 s.

⁵⁸ Per un approfondimento di tale complessa problematica si rinvia ai pareri del Comitato Nazionale di Bioetica, «Destino degli embrioni derivanti da procreazione medicalmente assistita e non più impiantabili», 26 ottobre 2007; ID., «Adozione per la nascita degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita», 18 novembre 2005, *ivi*; ID., «Protezione dell'embrione e del feto umani. Parere del CNB sul progetto di Protocollo dei Comitati di bioetica del Consiglio d'Europa», 31 marzo 2000; ID., «Identità e statuto dell'embrione umano», *cit.* Tutti i documenti sono consultabili all'indirizzo <http://www.governo.it/bioetica>.

della ibridazione, comporterebbe l'individualità dell'essere vivente), alla comparsa della stria primitiva (che comporterebbe la netta differenziazione tra embrioblasto e trofoblasto), all'annidamento nell'utero, fino alla prima e rudimentale organizzazione di un sistema nervoso centrale e all'inizio della vita cerebrale⁵⁹.

Per quanto concerne il quadro comparativo si osserva come tutte le legislazioni abbiano proclamato il principio della dignità dell'embrione, ma abbiano poi adottato nella pratica soluzioni giuridiche diverse, alcune delle quali sono poi state o sono oggetto di revisione.

L'ordinamento tedesco contiene, ad esempio, una definizione ben precisa del termine embrione. L'*Embryonenschutzgesetz* propone un modello di tutela assai preciso, chiaro e razionale: l'art. 8 prevede, infatti, che con il termine embrione si intenda «l'ovocita umano fecondato e vitale fin dal momento della fusione dei nuclei». La stessa tutela conferita all'embrione è altresì riconosciuta anche alla cellula totipotente che, in presenza delle condizioni necessarie, sia in grado di dividersi e svilupparsi per dare origine ad un nuovo individuo. La legge chiarisce poi ulteriormente le proprie opzioni terminologiche e concettuali precisando al § 8 comma 3 che l'ovocita attivato fino alla fusione dei nuclei è una cellula della linea germinale, ossia altro rispetto all'embrione.

Nella legge svizzera l'art. 2 alla lettera i) afferma che per embrione si intende «il frutto risultante dopo la fusione dei nuclei e sino alla conclusione dell'organogenesi» e alla lettera h) l'ovocita impregnato è descritto come «l'ovocita fecondato prima della fusione dei nuclei». Nella legge austriaca non si utilizza, invece, il termine embrione per evitare che forme esasperate di tutela si pongano in contrasto con la tutela (limitata) accordata al feto nella legge sull'aborto e si parla, quindi, di «cellule capaci di svilupparsi» con le quali s'intende designare «le cellule che si sono sviluppate dall'ovocita fecondato». Nella legge spagnola si distingue, infine, espressamente, in base al criterio temporale del quattordicesimo giorno, tra «embrione» e «pre-embrione» dedicando apposite previsioni all'uno e all'altro⁶⁰.

La legge n. 40 del 2004 in tema di PMA si inserisce così all'interno di un complesso e vivace dibattito⁶¹, ancora in corso, in merito a quale sia il momento a partire dal quale si può iniziare a parlare di vita umana e quali siano i diversi stadi del suo sviluppo.

Tale normativa ha, dunque, rimesso in discussione l'annoso problema dell'individuazione del momento iniziale della vita umana, in quanto, come noto, non esiste fra gli studiosi un accordo circa il momento in cui ha origine la vita umana.

⁵⁹ MANNA (*La tutela penale della vita* in fieri, cit., p. 354) osserva come la legge in esame non precisa, a differenze delle normative degli altri Paesi, la nozione di embrione, il quale «in quanto evocativo di una delle fasi di sviluppo dell'essere umano *in fieri*, presenta una dimensione essenzialmente dinamica, e dei confini semantici notevolmente sfumati, che determinano inevitabilmente una netta perdita di determinatezza e precisione delle fattispecie incriminatrici che richiamano tale nozione, in qualità di elemento normativo».

⁶⁰ Per i profili di diritto comparato si veda ampiamente DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, cit., p. 108 ss.

⁶¹ La natura altamente problematica della questione è ben illustrata da FLAMIGNI, *La procreazione assistita. Fertilità e sterilità tra medicina e considerazioni bioetiche*, 2° ed., Bologna, 2011. Per un commento critico dello stesso Autore alla struttura della legge si veda ID, *I limiti alla legge e le inascoltate proposte di mediazione. Commento alla l. 19 febbraio 2004, n. 40 in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *I diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2004, p. 63 ss.

Tale questione rappresenta il primo preliminare passo per poter effettivamente comprendere la *ratio* di tutta la disciplina sulla PMA, dal momento che qualunque discussione bioetica che coinvolge l'embrione deve preliminarmente prendere le mosse da un'adeguata risposta alla domanda sulla natura propria dell'embrione⁶².

Non vi è dubbio, infatti, che il problema politico-criminale della legittimazione delle tecniche di fecondazione *in vitro* non possa prescindere dalla questione concernente la tutela della vita prenatale nel nostro ordinamento giuridico. Nel caso della fecondazione *in vitro* la legittimazione della procedura di PMA comporta inevitabilmente la manipolazione a fini scientifici o riproduttivi delle prime fasi dello sviluppo umano, nonché la soppressione di un numero rilevanti di embrioni, motivo per il quale sia pressoché tutti i Paesi europei, sia alcune istituzioni internazionali si sono interrogati sulla liceità morale del controllo del processo riproduttivo⁶³.

Di fronte al possibile pregiudizio derivante dalle diverse pratiche di PMA che inevitabilmente comportano una più o meno rilevante manipolazione del prodotto del concepimento, si rende pertanto più che mai necessario accertare se in questo primissima fase di sviluppo dell'embrione si possa già parlare di vita umana prenatale e, anche ammesso che così sia, come sostiene una parte degli studiosi, se quest'ultima debba prevalere su qualunque altro interesse in conflitto, quale in primo luogo il desiderio di una coppia di avere un figlio e la salute della donna, o, ancora, la libertà della ricerca scientifica.

Fatte queste sommarie considerazioni e premesso che non è questa certo la sede per dare conto del complesso dibattito scientifico filosofico⁶⁴ concernente l'origine della vita umana, ci limiteremo qui a fornire un quadro di riferimento globale dell'argomento, ribadendo ancora una volta come si tratti di una problematica assai complessa che difficilmente troverà un punto di arrivo.

4.2.1. *Lo statuto ontologico.*

In prima battuta occorre prendere le mosse dalla natura del concepito (c.d. "statuto ontologico dell'embrione umano"), ovvero domandarsi se esso sia un individuo umano e, in caso di risposta positiva, affrontare il secondo problema, ossia quello relativo al momento dell'inizio della vita umana, oggetto di un intenso dibattito tra biologi e filosofi e rispetto al quale si contrappongono due teorie.

⁶² Cfr. ZATTI, *Quale statuto per l'embrione umano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 437 ss., e altresì BUSNELLI, *Lo statuto del concepito*, in *Dem. e dir.*, 1988, p. 219 ss.

⁶³ Anche la questione concernente la possibilità di utilizzare le cellule staminali dipende dalla risposta alla numerose questioni etiche concernenti l'origine di tali cellule, ossia quando queste ultime sono prelevate da un embrione umano ai primi stadi di sviluppo. Attualmente le sole fonti embrionali sono gli embrioni abortiti o i cosiddetti embrioni soprannumerari, ossia gli embrioni che restano a seguito delle pratiche di fecondazione assistita. Sull'utilizzo delle cellule staminali nel contesto della procreazione assistita cfr. MIETH, *Cellule staminali. I problemi etici concernenti l'utilizzazione di embrioni a scopo di ricerca*, in *Bioetica*, 2003, p. 811 ss.

⁶⁴ Il dibattito più acceso sullo statuto dell'embrione umano si registra nella filosofia che cerca di dare una risposta a tre fondamentali interrogativi: che cos'è l'embrione? Qual è la natura della dell'embrione umano? L'embrione è persona?

Relativamente al primo problema, occorre chiedersi se il concepito sia una persona, una cosa, o altro ancora⁶⁵.

Tuttavia, prima di esaminare le tre diverse concezioni sul punto, è necessario in via preliminare un chiarimento terminologico su cosa si intenda con l'espressione "persona"⁶⁶, con la precisazione che tale concetto non ha natura scientifica e che pertanto la scienza, non solo non può, ma non deve neppure suggerire al legislatore quale sia il *discrimen* fra persona e non persona. Essendo questo un termine strettamente filosofico, nemmeno il legislatore può tentare di darne una definizione, pena una sua invasione di campo.

Le diverse concezioni della persona oggi presenti⁶⁷ possono essere raggruppate in due tipologie fondamentali⁶⁸.

La prima rappresenta uno sviluppo della concezione classica risalente a Boezio, poi ripresa da San Tommaso, secondo cui la persona è una sostanza individuale di natura razionale, ossia un individuo concreto dotato di una certa natura ontologica, la quale si manifesta in una serie di capacità, attività e funzioni, caratterizzanti la razionalità, ma non è riducibile ad esse. Pertanto, secondo tale approccio, un certo individuo concreto può possedere la natura razionale (ed essere con ciò stesso persona) anche senza manifestare tutte, sempre e nel grado medesimo dette caratteristiche.

Secondo una diversa concezione, elaborata in particolare da alcuni autori contemporanei, come Engelhardt, quello di persona sarebbe, invece, un concetto definito dalla comparsa di determinate proprietà o funzioni (come la capacità di riflessione, di autocoscienza, di autodeterminazione, ecc.). Tuttavia questa seconda tesi viene all'unanimità scartata, in quanto reintroduce di fatto una discriminazione fra gli esseri umani, sulla base del possesso di certe capacità o funzioni. Poiché la natura umana non si riduce ad esse si è riconosciuto che l'essere persona in senso ontologico è una semplice conseguenza del possedere la natura razionale e che, essendo la razionalità un requisito di cui gode la natura umana, il semplice possesso della natura umana implica per ogni individuo umano il fatto di essere persona anche se determinate caratteristiche più complesse di questa natura razionale possono manifestarsi soltanto dopo un processo evolutivo adeguato, essere più o meno ampiamente impedito da circostanze accidentali e in alcune casi addirittura attenuarsi o scomparire.

Tornando ora alla natura del concepito, secondo una prima tesi ci sarebbe una differenziazione totale tra concepito e nato, in quanto il primo sarebbe una mera *res (spes hominis o portio viscerum)*. Questa

⁶⁵ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale, parte speciale. I delitti contro la persona*, 5° ed., Padova, 2013, p. 4 e FORABOSCO, *Pre-embrione e ricerca sulle cellule staminali*, cit., p. 795 ss.

⁶⁶ Si noti che «Se il senso comune (sul piano intuitivo) ci porta a considerare i termini "essere umano" e "persona" come intercambiabili, proprio nel contesto della discussione bioetica si assiste ad una disgiunzione del significato delle due espressioni, con la posticipazione del riconoscimento dello statuto personale rispetto all'inizio biologico della vita dell'essere umano: con la conseguenza che non tutti gli esseri umani sono considerati persone, in particolare proprio gli embrioni sono esclusi da tale categoria (possono "divenire" persone, ma non lo sono "ancora")». Cfr. PALAZZANI, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano*, 2006, consultabile in http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/14182/1/PD_44-1_06.pdf.

⁶⁷ Cfr. parere del Comitato nazionale per la Bioetica sul tema sul tema «Identità e statuto dell'embrione umano», cit.

⁶⁸ Sulla definizione completa di "persona" cfr. GENTILOMO, PIGA, NIGROTTI, *La procreazione medicalmente assistita nell'Europa dei quindici*, Giuffrè, 2005, p. 157 ss.

concezione nel suo crudo utilitarismo porta però a negare qualsiasi tutela al concepito come soggetto e ad affermarne la disponibilità, nonché la soggezione alla disciplina giuridica delle altre parti del corpo⁶⁹.

La tesi del concepito come mera *res* non viene oggi sostenuta praticamente da nessuno in quanto si va affermando sempre più un generalizzato riconoscimento di una qualche umanità e tutela allo stesso anche al fine di impedire giuridicamente rapporti di proprietà, di commercio con gli embrione. Inoltre, alla base della negazione della natura di *res* del concepito, vi è anche una ragione di carattere logico-scientifico: nessuno ritiene che da due gameti umani, la cellula uovo e lo spermatozoo, provenienti da due esseri umani, possa scaturire qualcosa che non sia umano.

Su questo punto vige ampio consenso anche all'interno del mondo cattolico, che, pur non condividendo molte delle scelte compiute dalla legge in esame, sposa appieno l'idea della non reificazione del feto, in nome del principio che considera l'uomo come fine e mai come mezzo. Come sostenuto dal Comitato Nazionale per la Bioetica nel suo parere sul tema sul tema «Identità e statuto dell'embrione» del 22 giugno 1996 «L'embrione non è una cosa [...]. Nessuna proposta ontologica colloca l'embrione sul piano delle cose, dal momento che la sua stessa natura materiale e biologica lo colloca tra gli appartenenti alla specie umana [...] non si può accettare la legittimità di una discriminazione tra gli esseri umani sulla base del possesso di certe caratteristiche o funzioni [...] non si può non sentire che l'embrione è un nostro simile».

Una seconda tesi sostiene, invece, la totale equiparazione del concepito al nato, entrambi portatori di pari dignità umana e soggetti al principio di non discriminazione fra gli esseri umani. L'embrione sarebbe pertanto un individuo umano a pieno titolo, ossia un autonomo centro di imputazione di interessi giuridicamente rilevanti, meritevole della stessa tutela riservata alle altre persone, motivo per il quale gli interventi sullo stesso sono leciti solo qualora abbiano finalità terapeutica. I possibili conflitti con altri contrapposti interessi vanno risolti secondo il principio che pure la tutela del concepito può subire compromissioni, ma solo per la salvaguardia di altra vita umana, ossia quella della madre, e non anche di altri interessi. Questa tesi viene fondata su argomentazioni biologiche e filosofiche e muove dal presupposto secondo cui, essendo il concepito l'essere umano più giovane, debole e indifeso, per il principio personalistico e solidaristico esso necessita di una più rigorosa difesa.

Una terza tesi, ossia quella intermedia della differenziazione parziale⁷⁰, sostiene poi che anche il concepito sia un essere umano, ma non ancora persona, essendo tale solo il nato. Lo stesso sarebbe quindi soggetto meritevole di una tutela inferiore per rango e per portata.

A questo orientamento si è però ribattuto da più parti⁷¹ che *tertium genus non datur*, in quanto un oggetto materiale o è cosa o è persona.

⁶⁹ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale, parte speciale*, cit., p. 5.

⁷⁰ Fra i sostenitori di tale concezione si veda, ad esempio, RE, *Profili penali della procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. pen.*, 2008, p. 350 secondo cui «L'embrione umano non può però neanche essere considerato come una persona *tout court*. Dunque *tertium genus*. Non per forza dobbiamo scegliere fra persona e cosa e solo il nato è persona. All'embrione andrà riconosciuta la dignità umana, in quanto forma iniziale di vita umana».

L'incertezza della comunità scientifica è stata messa ben in luce da due documenti i cui firmatari hanno preso posizioni opposte, appartenendo peraltro a due aree ideologicamente opposte: il primo⁷², firmato da docenti di università cattoliche, considera come spartiacque fra la *res* e la persona il concepimento; il secondo⁷³, invece, è espressione di un approccio diverso, meritevole di particolare considerazione in quanto esprime un atteggiamento di dubbio da parte di una parte della comunità scientifica. Nel documento si legge, infatti, «Noi diciamo umilmente che non sappiamo quando inizia la persona, ma siamo convinti che essa non abbia inizio al concepimento».

Una possibile risposta alla domanda se l'embrione umano sia o non sia un individuo dotato di natura umana, con riferimento ai primi stadi dello sviluppo embrionale (quando è possibile pensare che l'embrione, per quanto qualificabile come "umano" in quanto organismo appartenente alla specie *Homo sapiens*, non può dirsi ancora dotato di natura compiutamente umana), viene dalla stessa Corte costituzionale, la quale nella già citata sentenza del 18 febbraio 1975, n. 27⁷⁴, che apriva le porte alla legge sull'interruzione volontaria di gravidanza, ha affermato che l'embrione, pur partecipando della natura umana, non è in atto persona⁷⁵, nonostante nella nostra Carta costituzionale non si rinvengano indicazioni in merito a tale questione.

In altre parole, equiparare l'embrione al nato, sostenendo la piena soggettività del primo, vorrebbe dire restringere la portata di diritti fondamentali facenti capo a persone già nate, in quanto il diritto alla vita dell'embrione dovrebbe prevalere su qualsiasi altro interesse o valore che non sia la vita di un altro essere umano, in primo luogo su quelli spettanti alla madre sulla quale graverebbe peraltro un intenso obbligo di protezione tale da fondare una sua eventuale responsabilità a titolo di embrionicidio, (equivalente all'omicidio), qualora la stessa non ne impedisse la morte o addirittura tenesse dei comportamenti non corrispondenti a quelli che la migliore scienza ed esperienza suggeriscono per la prosecuzione ed il buon esito della gravidanza⁷⁶.

Anche dalla legge n. 40/2004, nonostante le intenzioni, non sembrano desumersi indicazioni nel senso di ritenere l'embrione una persona. Se così fosse, infatti, il reato di soppressione di embrioni sarebbe punito con la stessa pena prevista per l'omicidio, mentre l'art. 14, comma 6, stabilisce che l'embrionicidio, così come la crioconservazione e la produzione soprannumeraria di embrioni, siano

⁷¹ Secondo EUSEBI, *La tutela penale della vita prenatale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1075 ss., «fra una soggettività umana e beni non soggettivizzati, peraltro *tertium genus non datur* [...]», nonché negli stessi termini MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, cit., p. 331.

⁷² BOMPIANI, BENEDETTI PANICI, COSMI, DALLAPICCOLA, FAZIO, MANCUSO, MOSCARINI, PICCIONE, ARDUNI, NOIA, BENAGIANO, PIRONE, *L'embrione come paziente*, in <http://www.staminali.aduc.it>, 2 febbraio 2002.

⁷³ AZZONE, BARBIERI, BRESSAN, CARINC, COSSU, FLAMIGNI, FORABOSCO, LEVI-MONTALCINI, LUZZATTO, MOLINARO, MOTTA, REDÌ, SIRACUSA, STEFANINI, VERONESI, VOLPIN, *Embrioni e ricerca*, in <http://www.staminali.aduc.it>, 4 marzo 2001.

⁷⁴ Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Giur. cost.*, 1975, p. 117 ss.

⁷⁵ Secondo i giudici della legge il concepito, pur non avendo una piena capacità giuridica, è comunque un soggetto di diritto perché titolare di molteplici interessi personali riconosciuti dall'ordinamento, sia nazionale che sovranazionale, quali il diritto alla vita, alla salute, all'onore, all'identità personale, a nascere sano, diritti, questi, rispetto ai quali l'avversarsi della *conditio iuris* della nascita è condizione imprescindibile per la loro azionabilità in giudizio.

⁷⁶ Per le assurde e paradossali conseguenze che deriverebbero da una piena equiparazione fra embrione e nato si rinvia a VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 179 ss.

puniti con la reclusione fino a tre anni e la multa da 50.000 a 100.000 euro, pena perfino inferiore a quella prevista per il reato di sperimentazione sull'embrione che pure non arreca nessun danno allo sviluppo dello zigote. Ancora, se l'embrione fosse equiparato al nato non si capirebbe il senso di una disposizione, il divieto di crioconservazione, volta a mantenerlo in vita. Tali scelte si comprendono solo avendo presente che il vero valore etico, di chiara ascendenza religiosa, tutelato dal legislatore del 2004 è la cd. "naturalità della procreazione", intesa come naturale vocazione della vita umana a svilupparsi in un corpo materno al fine di diventare persona, che ripunga ogni strumentalizzazione dell'embrione umano per scopi diversi da quest'ultimo. È appunto in omaggio a tale valore che la legge *de qua* preferisce far estinguere o, addirittura, sopprimere l'embrione rispetto alla scelta di crioconservarlo (per scopi diversi da un immediato trasferimento in utero) o, ancora peggio, di utilizzarlo a fini di una sperimentazione non di natura curativa o terapeutica, in quanto pratiche che comportano in modo evidente la sua distrazione di quest'ultimo dalla sua naturale destinazione⁷⁷.

Ora, una volta riconosciuto che l'embrione umano non è una cosa, ma è dotato di natura umana, anche se non ancora persona, gli interrogativi non sono finiti, dovendo interrogarsi circa il momento iniziale della vita umana. Il secondo e fondamentale problema riguarda, infatti, il momento iniziale dell'essere umano, oggetto di un vivace quanto incessante dibattito sia tra i biologi, sia tra i filosofi.

A tale riguardo esistono fondamentalmente due concezioni: quella anticipativa e quella posticipativa.

La teoria anticipativa, sostenuta dagli scienziati di formazione cristiana⁷⁸, colloca l'inizio della vita umana al momento del concepimento, ossia al momento dell'iniziale fecondazione che porta alla formazione dello zigote e alle sue successive divisioni mitotiche. L'embrione sarebbe, pertanto, persona umana sin dal momento della fecondazione, sia essa *in vitro* o nell'utero, ossia dal momento in cui l'ovulo o l'ovocita viene fecondato.

Questa tesi avrebbe, secondo i suoi sostenitori, un "solido" fondamento ontologico, in quanto la fase della penetrazione del gamete maschile nell'ovulo⁷⁹ segna dal punto di vista biologico il vero e unico "salto qualitativo", irripetibile, che dà luogo ad una nuova ed autonoma individualità umana con tutti i

⁷⁷ In questo senso cfr. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 207 ss.

⁷⁸ Così, fra tutti, CASINI, CASINI, DI PIETRO, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita. "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*. Commentario, Torino, 2004, p. 491 s.; EUSEBI, *La vita individuale precoce*, cit., p. 357 s.; MANTOVANI, *La fecondazione assistita tra il "diritto alla prole" e il "diritto ai due genitori"*, in *Ind. pen.*, 1990, p. 421 ss.

⁷⁹ Cfr. EUSEBI, *La tutela penale della vita prenatale*, cit., p. 1066, secondo cui «con l'ingresso dello spermatozoo nell'uovo inizia la mutazione strutturale dei due gameti: l'ovulo attiva il suo programma e riconosce immediatamente l'informazione contenuta nei geni dello spermatozoo; nel giro di undici ore avviene la unificazione dei nuclei; intorno alla ventesima ora si avvia la reduplicazione del DNA necessaria alla prima divisione cellulare; e già anteriormente al verificarsi di quest'ultima la presenza di nuove proteine è in grado di segnalare l'attività di nuovi geni. In questo quadro, la fecondazione (o fertilizzazione, o concepimento), quale processo di innesco di una nuova vita, può dirsi compiuta nel preciso istante in cui lo spermatozoo entra in contatto con la membrana di un ovulo femminile maturo. Da quell'istante, e fino alla prima citogenesi, si ha lo zigote, vale a dire la fase monocellulare di esistenza dell'embrione».

caratteri individualizzanti che si spiegherebbero nel corso dell'esistenza⁸⁰ secondo un processo di sviluppo della vita umana che avviene senza soluzione di continuità e senza necessità di stimoli esterni⁸¹.

A sostegno di questa tesi vengono addotti i seguenti argomenti: già al primo stadio della sviluppo embrionale sono presenti tutte le informazioni genetiche in grado di portare a termine il programma di sviluppo della persona; tale programma di sviluppo è caratterizzato da tre proprietà biologiche importanti: la coordinazione⁸² dei vari geni strutturali e di regolazione; la continuità⁸³ nella formazione dell'organismo e la gradualità⁸⁴ di un progetto individuale unico che passa dalla struttura più semplice alla struttura più complessa.

Ad avviso dei sostenitori di questa concezione, secondo cui la vita umana si svilupperebbe in modo continuo, univocamente orientato, senza salti di qualità, con un finalismo interiore fin dalla fecondazione, una conferma verrebbe sia dalle affermazioni unanimi della scienza⁸⁵, sia dalle principali dichiarazioni attinenti alla vita prenatale, fra cui la Convenzione di Oviedo, che, all'art. 1, prevede l'obbligo di tutelare ogni essere umano e all'art. 2 dichiara la prevalenza dell'essere umano sugli interessi della società e della scienza, nonché, a livello europeo, da due Risoluzioni adottate dal Parlamento europeo: l'una del 16 marzo 1989, «Sui problemi etici e giuridici della manipolazione genetica»⁸⁶; l'altra, del 20 settembre 1996, «Sulla tutela dei diritti umani e della dignità dell'essere umano in relazione alle applicazioni biologiche e mediche»⁸⁷.

Infine, la teoria anticipativa sarebbe preferibile anche alla luce del principio di precauzione⁸⁸: essendo in gioco un bene primario, quale la vita, e di fronte all'incertezza se in quel breve intervallo,

⁸⁰ Dal momento del primo contatto fra oocita e spermatozoo deriva una cellula, lo zigote, del tutto nuova rispetto ai gameti e dotata di un proprio patrimonio genetico unico e irripetibile distinto da quello della madre e del padre, proprio di un essere umano dotato di autonomia.

⁸¹ Cfr. MANTOVANI, *La fecondazione assistita tra il "diritto alla prole" e il "diritto ai due genitori"*, cit., p. 421 e RIZ, *Bioetica-Fivet-Clonazione, Tutela della persona e della vita*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 463, secondo il quale esiste «il dovere etico e giuridico di trattare l'embrione umano, sin dalla fecondazione, secondo i criteri di rispetto e di tutela che si devono adottare a protezione della personalità umana».

⁸² Così MANTOVANI, *Diritto penale, parte speciale*, cit., p. 10.

⁸³ Ossia senza subire interruzioni. Si veda sull'argomento CONDIC, *When does human life begin? A scientific perspective*, 2008, p. 7, reperibile all'indirizzo <http://www.westchesterinstitute.net>.

⁸⁴ Secondo EUSEBI, *La tutela penale della vita prenatale*, cit., p. 1068 «in questo quadro l'embrione può definirsi un organismo della specie umana: un organismo non potenziale, ma attuale, che sviluppa un progetto continuativo ed autonomo dal momento della fertilizzazione e la cui unità funzionale viene ad essere governata, fin dalle primissime divisioni cellulari, dal genoma proprio».

⁸⁵ La stessa Commissione Warnock nel Rapporto omonimo, pur riconoscendo valore al neoconcepito a partire dalla quattordicesima giornata dalla fecondazione con la comparsa della stria primitiva, arriva alla conclusione che tale scelta non è dettata dalla constatazione di salti qualitativi nello sviluppo embrionale, quanto per un accordo finalizzato a placare la "pubblica ansietà" e il bisogno di sperimentare. Cfr. par. 11.19 in cui si afferma che «una volta che il processo di sviluppo dell'embrione è iniziato, non c'è frazione particolare del medesimo che sia più importante di un'altra; tutte sono parti di un processo continuo [...]. Perciò da un punto di vista biologico non si può identificare un singolo stadio nello sviluppo di un embrione al di là del quale l'embrione *in vitro* non dovrebbe essere mantenuto in vita [...]». WARNOCK, *A question of Life – The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology*, Oxford, Basil Blackwell Inc., 1984, p. 64-65.

⁸⁶ Parlamento europeo, Risoluzione (doc. A2-327/88), in *Medicina e morale*, 1989, 3, p. 587 ss.

⁸⁷ Parlamento europeo, Risoluzione del 20 settembre 1996, in *GUCE*, C320 del 28 ottobre 1996.

⁸⁸ Cfr. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, cit., p. 331, secondo cui «è ritenuto comunque operante, anche ammesso, stante il dibattito aperto, il *dubium facti* sull'inizio della vita umana, il principio di precauzione *in dubio pro vita* e, quindi, la soluzione che ammette la salvaguardia e non la distruzione di questo fondamentale bene».

caratterizzato dai primi giorni dopo la fecondazione, ci sia vita o meno, si deve accordare la preferenza alla soluzione più garantista (“*in dubio pro vita*”), ossia quella più favorevole all’uomo che tuteli in maniera più incisiva il bene di cui è titolare.

Per quanto concerne invece la teoria posticipativa, circa il *dies a quo* di inizio della vita umana, essa si articola variamente al suo interno: tratto comune è che il momento dell’insorgere della vita sarebbe comunque da porsi in una fase successiva rispetto all’unione dei gameti⁸⁹.

Particolare rilievo ha la teoria, diffusa nel mondo scientifico, del c.d. “pre-embrione”⁹⁰, termine usato per la prima volta nel documento conclusivo della Commissione Warnrock del 1984 per definire il momento di cesura tra la vita del cosiddetto pre-embrione, non ancora individuo umano, e quella dell’embrione.

Secondo tale concezione sino al quattordicesimo giorno successivo alla fecondazione non si dovrebbe parlare di embrione, bensì di pre-embrione, ossia di un progetto di individuo. Le motivazioni portate a sostegno di suddetta tesi sono principalmente queste: il pre-embrione sarebbe costituito da cellule totipotenti, non ancora specializzate, che possono ancora evolvere in qualsiasi tipo di cellula somatica; nei primi giorni dopo il concepimento si può verificare il fenomeno della gemellarità, per cui non sarebbe possibile affermare che da un individuo se ne creino due per divisione dell’unico genoma iniziale; attorno al 14° giorno avviene il completo annidamento nell’utero materno dell’embrione, che dopo essere passato attraverso le tube di Fallopio, finalmente instaurerebbe con l’organismo materno una relazione indispensabile alla propria crescita⁹¹.

Tale concezione, secondo i sostenitori della teoria anticipativa⁹², sarebbe, invece, solo il frutto di una decisione convenzionale “di comodo”, per giustificare sul piano morale le molteplici manipolazioni dell’embrione nei primissimi giorni della sua vita fino al quattordicesimo giorno, ossia dei meri espedienti finalizzati a consentire la sperimentazione sull’embrione umano.

⁸⁹ Così FLAMIGNI, *Tre proposte per migliorare la legge*, Comunicato ANSA, 30/09/03; ID., *Lo statuto dell’embrione tra giudizi morali e sviluppo tecnologico*, in *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficile equilibri*, in FIORAVANTI (a cura di), Genova, 2001.

⁹⁰ Per un’emersione normativa del concetto di pre-embrione cfr. NEW HAMPSHIRE, 1990, *Legge sulla maternità di sostituzione*, Art. 168 B-X: «*Pre-embrione significa la massa cellulare che risulta dalla fecondazione di un uovo prima dell’impianto*», in RODOTÀ, 1995, p. 320. La teoria del pre-embrione non è stata accolta dal nostro legislatore, ma è stata riconosciuta in altri ordinamenti europei, come quello spagnolo. Per “pre-embrione” deve intendersi, secondo la legge spagnola n. 35 del 1988, l’embrione pre-implantivo, e cioè quel gruppo di cellule risultanti dalla progressiva divisione dell’ovocita dal momento in cui è fecondato fino, approssimativamente al quattordicesimo giorno successivo, quando si installa in maniera stabile all’interno dell’utero della donna. Inoltre, ai sensi dell’art. 4 della suddetta legge, la donna potrà farsi impiantare nell’utero soltanto «...un numero di pre-embriani considerato scientificamente come più adeguato per assicurare ragionevolmente una gravidanza». Cfr. IACOMETTI, *La procreazione medicalmente assistita nell’ordinamento spagnolo*, in CASONATO, FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006, p. 85 ss.

⁹¹ BONCINELLI, *L’etica della vita. Siamo uomini o embrioni?*, Milano, 2008, p. 145.

⁹² Per tutti si veda CASINI, *La Corte di Giustizia dell’Unione Europea ed il superamento della c.d. “teoria del preembrione”*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2011, I, p. 46 ss.

Sulla base della teoria del c.d. “pre-embrione” alcuni giuristi⁹³ hanno proposto, di concerto con alcuni autorevoli esponenti del mondo scientifico⁹⁴, un’interpretazione costituzionalmente orientata delle norme della legge n. 40/2004 che, partendo dal presupposto che la fecondazione non è un momento istantaneo, ma un processo biologico composto da quattro fasi (contatto e riconoscimento tra spermatozoo e ovocita; regolazione dell’ingresso dello spermatozoo nell’ovocita; fusione del materiale genetico dello spermatozoo e ovocita, che darà inizio allo zigote; attivazione del metabolismo dell’ovocita per avviare lo sviluppo di essa), ravvisa l’inizio della vita con la conclusione di tale procedimento, ovvero ventiquattro ore dalla penetrazione dello spermatozoo nell’ovocita. Tale tesi si focalizza sulla distinzione tra zigote e pre-zigote (ootide), comportando così la piena disponibilità di quest’ultimo.

Secondo un’altra sub-teoria⁹⁵, il termine di inizio della vita umana andrebbe invece individuato nel momento in cui avviene l’annidamento dell’ovulo nell’utero⁹⁶, ossia all’incirca una settimana dopo la fecondazione, in quanto solo a partire da questo momento è possibile accertare la gravidanza. Inoltre l’insediamento nell’utero è fondamentale ai fini della sopravvivenza e dello sviluppo dell’embrione poiché, qualora questi non riesca a farlo, è destinato a perire.

Altri⁹⁷ individuano la nascita dell’embrione con la comparsa della stria embrionale primitiva, tra il quattordicesimo ed il quindicesimo giorno dalla fecondazione, in quanto in tale momento inizierebbe a delinearsi la prima sagoma del corpo fetale, nonché ad abbozzarsi il sistema nervoso.

Secondo altri ancora⁹⁸, deve guardarsi alla cessazione della totipotenza delle cellule embrionali, ossia alla loro capacità, staccandosi dall’embrione, di dare vita ad altri embrioni, che segnerebbe l’impossibilità di gemellanze monovulari⁹⁹ e che può persistere fino al quattordicesimo giorno dalla fecondazione, ma frequentemente cessa prima. Tale teoria si divide sul *dies ad quem* fino al quale è possibile una gemellanza monovulare: alcuni sostengono fino al settimo giorno (giorno d’inizio dell’impianto) dalla

⁹³ Cfr. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, cit., p. 104 ss. e MANNA, *La tutela penale della vita in fieri*, cit., p. 354 ss.

⁹⁴ FLAMIGNI, *La disciplina della procreazione assistita: alcune questioni aperte*, in *Quest. giur.*, 2004, p. 85.

⁹⁵ A sostegno di questa teoria si vedano, ad esempio, CHIAVACCI, *Problemi morali delle manipolazioni dell’uomo*, in AA.VV., *Medicina e morale, orizzonte medico*, Roma, 1970, III, p. 60; GOZZINI, *Qualche proposta di modifica della legge sull’aborto*, in *Testimonianze*, 1985, 4-5, p. 116 e anche ZATTI, *La prospettiva del biologo (statuto biologico dell’embrione)*, in AA.VV., *Procreazione artificiale ed interventi nella genetica umana*, Padova, 1987, p. 189.

⁹⁶ In senso critico si veda EUSEBI, *La tutela penale della vita prenatale*, cit., p. 1070, secondo cui «non si vede... quale salto qualitativo possa mai rappresentare l’annidamento (che fra l’altro, non è istantaneo, ma si compie lungo una fase ricompresa fra il quinto e il quindicesimo giorno dalla fertilizzazione) rispetto alla natura dell’embrione. L’insediamento di quest’ultimo nell’utero femminile non è che una condizione strumentale, seppur (ancora) insostituibile, per il suo ulteriore sviluppo: ma se la gravidanza artificiale (ectogenesi) divenisse realtà, la fase cui si vorrebbe dare tanto rilievo verrebbe addirittura meno, senza alcuna incidenza, ovviamente, sull’umanità del feto».

⁹⁷ Cfr. MAC LAREN, *Prelude to embryogenesis*, in *The Ciba Foundation, Human Embryo Reserch: yes or not?*, London, 1986, p. 22.

⁹⁸ V. MALHERBE, *L’embrion est-il une personne humaine?*, in *Lumière et vie*, 1955, p. 19 e, per un’analisi di tale scritto, GUZZETTI, *Quando l’embrione è persona? A proposito del pensiero di J.F. Malherbe*, in *Riv. teol. mor.*, 1987, 19, p. 67.

⁹⁹ Gemellanza monovulare o monozigota vuol dire che da un unico zigote possono nascere due individui distinti.

fecondazione¹⁰⁰, altri fino al quattordicesimo giorno (giorno del termine dell'impianto). Fino a tale momento si esclude l'esistenza di un individuo, essendo la divisibilità e molteplicità del pre-embrione inconciliabile con l'indivisibilità ed unicità dell'individuo.

Un'altra tesi¹⁰¹ richiede, invece, la formazione del sistema nervoso centrale, che avviene nell'ottava settimana di gestazione, in analogia con quanto avviene nel momento finale della vita umana, per cui si ritiene deceduto l'uomo in cui sono venute meno le funzioni cerebrali. In assenza di cervello, centro unificante e coordinatore dell'intero organismo umano, non si può parlare di individuo umano.

Altri ancora¹⁰² richiedono la formazione degli organi principali, e quindi una forma umana: è questa la teoria dell'organogenesi¹⁰³.

Tali *sub*-teorie hanno tutte in comune il fatto di posticipare il momento in cui inizia la vita e quindi l'istante in cui si può parlare di embrione. Nel momento precedente si parla solo di pre-embrione.

Quello che balza agli occhi è che all'evoluzione delle acquisizioni in seno alla comunità scientifica internazionale in materia di embrione non ha fatto seguito una revisione del tradizionale orientamento della Chiesa cattolica, che continua a negare la possibilità di scindere le diverse fasi a partire dal momento iniziale di penetrazione dello spermatozoo nell'ovocita, con particolare riferimento alla distinzione dell'ovocita a due pronuclei dall'embrione¹⁰⁴, continuando così a ritenere che dal momento in cui avviene l'incontro fra i due gameti si è già in presenza di una "persona". Neppure il Comitato Nazionale di Bioetica ha raggiunto una posizione comune in merito, sposando la tesi più prudente¹⁰⁵.

In Italia in ambito giurisprudenziale si sono espressi sul punto il Tribunale di Roma¹⁰⁶ e il Tar del Lazio¹⁰⁷, quest'ultimo con due pronunce concernenti la medesima questione, in quanto la prima era stata annullata dal Consiglio di Stato. Il Tribunale di Roma si è limitato ad affermare che, nonostante dal punto di vista scientifico sussista una differenza tra l'embrione e l'ovocita fecondato (in cui sono ancora presenti due nuclei distinti, c.d. "ovocita a due pronuclei"), e questo sia «desumibile con sicurezza» dal testo delle Linee guida, il ricorso al criterio letterale non è sufficiente per interpretare il divieto di crioconservazione degli embrioni, previsto dall'art. 14, comma 1 l. n. 40/2004, in quanto occorre appellarsi al criterio interpretativo dell'intenzione del legislatore e della *ratio* della norma. Il Tar del

¹⁰⁰ Così, ad esempio, nella Raccomandazione 1046 (1989) del Consiglio d'Europa.

¹⁰¹ Cfr. SGRECCIA, DI PIETRO, *Manipolazioni genetiche e procreazione artificiale: orientamenti giurisprudenziali e considerazioni etiche*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1987, p. 1351.

¹⁰² V. DI PIETRO, *Quale statuto per l'embrione umano? In margine di una sentenza della corte dello stato del Tennessee*, in *Diritto di famiglia*, 1990, p. 858.

¹⁰³ In senso critico è stato sostenuto che tale tesi risulterebbe superficiale in quanto si focalizzerebbe sulla forma umana e non sull'essenza. Così MANTOVANI, *Diritto penale, parte speciale*, cit., p. 8.

¹⁰⁴ L'Organizzazione Mondiale della Sanità, sulla base di definizioni fornite dall'*European Society of Human Reproduction & Embryology* (ESHRE) e dall'*American Society for Reproductive Medicine* (ASRM) ritiene che di embrione si possa parlare dal momento della fecondazione, cioè da quello in cui, dopo la penetrazione dell'ovocita da parte dello spermatozoo, avviene l'unione del materiale genetico dei gameti. Accogliendo tale impostazione, pertanto, l'ovocita a due pronuclei non sarebbe ancora un embrione. Cfr. sul tema FLAMIGNI, *Il processo biologico della fecondazione. Analisi della possibilità di congelare ootidi*, in <http://www.carloflamigni.com>, 8 maggio 2004 e ID, *Fecondazione assistita e momento del concepimento*, ivi, 18 dicembre 2004.

¹⁰⁵ Comitato Nazionale per la Bioetica, parere sulle «Considerazioni bioetiche in merito al c.d. "ootide"», 15 luglio 2005, consultabile all'indirizzo <http://www.governo.it>.

¹⁰⁶ Cfr. *infra* cap. IV, par. 2.2.

¹⁰⁷ Cfr. *infra* cap. IV, par. 2.2.

Lazio, invece, entrando nel merito della questione, ha affermato che «il processo biologico è un *continuum* che comincia, in condizioni normali, con la fecondazione, e cioè con l'unione del gamete paterno con quello materno (o, meglio, dei due DNA) e procede senza salti di qualità». Lo stesso organo giudicante nel 2008 ha, invece, assunto sul tema un atteggiamento più prudente, affermando che, in assenza di una definizione normativa, il termine “embrione” sia da intendersi come il «prodotto del concepimento umano nella fase di formazione degli organi al quale riconoscere il ruolo di «persona» e, conseguentemente, riconoscere la tutela giuridica approntata dall'ordinamento». Ha poi affermato che tale definizione è di competenza del legislatore e non dell'autorità amministrativa.

La dottrina penalistica è anch'essa divisa sul punto: vi è chi¹⁰⁸ aderisce alla tesi di matrice cattolica e chi¹⁰⁹, invece, sposa un orientamento affermatosi recentemente nella comunità scientifica che esclude la natura di embrione in capo all'ovocita a due pronuclei¹¹⁰.

Dal quadro così tracciato emerge come le ipotesi sull'inizio della vita personale attualmente in discussione siano tuttora assai numerose.

La tesi che ritiene l'embrione portatore di vita umana è sostenuta da sempre a gran voce dall'Autorità ecclesiastica, che nella Carta dei diritti della famiglia all'art. 4 asserisce che «la vita umana deve essere rispettata e protetta in modo assoluto dal momento del concepimento». Giovanni Paolo II, nell'Enciclica *Evangelium vitae*,¹¹¹ ribadisce che «l'essere umano va rispettato e trattato come una persona fin dal suo concepimento e, pertanto, da quello stesso momento gli si devono riconoscere i diritti della persona, tra i quali anzitutto il diritto inviolabile di ogni essere umano innocente alla vita». Ad ulteriore conferma di questa tesi la Congregazione per la dottrina della Fede ha affermato che «anche se ci fosse un dubbio concernente il fatto che il frutto del concepimento sia già una persona umana, è oggettivamente un grave peccato osare di assumere il rischio di un omicidio».

Ancora, nella recente Istruzione del 13 dicembre 2008 della Congregazione per la Dottrina della Fede, *Dignitas personae*, si afferma categoricamente che «ad ogni essere umano, dal concepimento alla morte naturale, va riconosciuta la dignità della persona, la quale per tutto il corso della vita, prima e dopo la nascita non consente né un cambiamento di natura né una gradualità di valore».

Lo stesso Comitato Nazionale per la Bioetica, nel documento più volte citato «Identità e statuto dell'embrione umano», a seguito della domanda se l'embrione umano sia da considerarsi un individuo umano a pieno titolo, è giunto alla conclusione che bisogna «riconoscere il dovere morale di trattare

¹⁰⁸ Cfr. MANTOVANI, *Tutela della vita e della persona umana (articoli 2, 31 e 32 Cost.)*, in VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 194 e EUSEBI, *La tutela penale della vita prenatale*, cit., p. 1065 s.

¹⁰⁹ Per tutti si veda DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 471 ss., che ritiene che solo un'interpretazione restrittiva della nozione di embrione possa sottrarre la legge n. 40/2004 a censure di incostituzionalità, rendendola conforme al principio di ragionevolezza, nella sua accezione tradizionale legale al principio di uguaglianza.

¹¹⁰ Si noti che dalla risoluzione di questo problema deriverebbero effetti di grande rilievo pratico, potendosi affermare la liceità penale della pratica di crioconservazione degli ovociti a due pronuclei con tutte le conseguenze che ne deriverebbero a beneficio di un aumento delle possibilità di successo della fecondazione assistita. Cfr. CASSANI, *La diagnosi genetica preimpianto e la sua rilevanza penale*, in *Ind. pen.*, 2009, p. 110.

¹¹¹ Tutti i documenti sono leggibili all'indirizzo <http://www.vatican.va>.

l'embrione umano, fin dalla fecondazione, secondo i criteri di rispetto e di tutela che si devono adottare nei confronti degli individui umani, a cui si attribuisce comunemente la caratteristica di persone»¹¹².

Infine, la Corte di giustizia dell'Unione europea¹¹³, chiamata a pronunciarsi sulla nozione di embrione umano nel contesto della materia dei brevetti, ha affermato che «costituisce embrione umano qualunque ovulo umano fin dalla fecondazione, qualunque ovulo umano non fecondato in cui sia impiantato il nucleo di una cellula umana matura e qualunque ovulo umano non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia indotto a dividersi e a svilupparsi». Di conseguenza, secondo i giudici di Lussemburgo, non può essere brevettata un'invenzione «qualora l'insegnamento tecnico oggetto della domanda di brevetto richieda la previa distruzione di embrioni umani o la loro utilizzazione come materiale di partenza, indipendentemente dallo stadio in cui esse hanno luogo e anche qualora la descrizione dell'insegnamento tecnico oggetto di rivendicazione non menzioni l'utilizzazione di embrioni».

Contro la concezione che l'embrione sia portatore di vita umana si possono, invece, leggere il «Parere sulle tecniche di procreazione assistita» del 17 luglio 1994 dello stesso Comitato Nazionale per la Bioetica¹¹⁴, il quale rileva che al suo interno esistono correnti di pensiero diverse: l'una secondo cui l'embrione umano andrebbe trattato come persona sin dal concepimento e l'altra secondo cui l'embrione umano preimpianto andrebbe tutelato, ma non nel modo pieno riservato alla persona umana, nonché l'opinione espressa nel 1988 dalla Commissione per la scienza e la tecnologia del Consiglio d'Europa, la quale afferma che nel periodo di tempo (circa quattordici giorni) compreso fra il concepimento e l'annidamento non dovrebbe parlarsi di embrione, bensì di pre-embrione.

Particolare rilievo assume poi la già citata sentenza della Corte costituzionale n. 27 del 1975, su cui ci si soffermerà più avanti, «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare».

A dispetto delle teorie posticipative e in particolare di quella del quattordicesimo giorno, il legislatore del 2004 parrebbe aver accolto l'orientamento di quanti, fra giuristi, scienziati e ricercatori, sostenevano e sostengono che l'embrione sia un individuo umano sin dal momento del concepimento, ossia nel momento in cui l'oocita viene a contatto per la prima volta con lo spermatozoo, pur se alcune norme, come si è detto, sembrano deporre in senso contrario.

Per quanto concerne, invece, la nozione di embrione, essa, come si è avuto modo di osservare, è caratterizzata per sua natura da un alto grado di imprecisione, considerato anche che il legislatore italiano ha omesso di darle qualunque definizione. Sebbene tale termine possa essere inteso in diverse

¹¹² Comitato nazionale per la Bioetica, parere sul tema «Identità e statuto dell'embrione umano», cit.

¹¹³ Corte cost., 18 ottobre 2011, causa C-34/10, *Brüstle vs. Greenpeace e V.*, in *Medicina e morale*, 2011, p. 905 ss. Per un commento a tale sentenza dal punto di vista "cattolico" cfr. CASINI, *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ed il superamento della c.d. "teoria del preembrione"*, cit., p. 3 ss.

¹¹⁴ Consultabile all'indirizzo <http://www.governo.it/bioetica>.

accezioni¹¹⁵, come si ricava dalla disciplina contenuta nei commi 1 e 2 dell'art. 14 della legge n. 40/2004, compresa quella restrittiva che distingue fra embrione e pre-embrione, essendo queste tutte compatibili con il tenore letterale della legge *de qua*¹¹⁶, in quest'ultima normativa è prevalsa, tuttavia, un'interpretazione assai lata della nozione di embrione, riferita già all'oocita attivato o quanto meno all'oocita penetrato, con la conseguenza di impedire sia la fecondazione *in vitro* di più di tre oociti, sia la crioconservazione di ootidi¹¹⁷. La legge *de qua*, non distinguendo fra embrione e ootide, bensì solo fra embrione e gameti, escludeva, infatti, fino alla pronuncia della Corte costituzionale del 2009, ogni possibilità di inseminare più di tre oociti e di congelare gli ootidi. Tale interpretazione ha fatto sì che la legge in tema di PMA, pur affermando nelle intenzioni di voler porre rimedio alle situazioni di infertilità e sterilità, abbia reso assai arduo nei fatti raggiungere questo obiettivo, quasi a volere scoraggiare le aspiranti coppie dal ricorrere alle procedure di fecondazione assistita, finendo per cadere in contraddizione con la finalità espressa nell'art. 1 della legge stessa.

Dunque, al di là di quella che può essere l'opinione personale di ciascuno su un tema tanto complesso, quanto fondamentale quale quello concernente il momento iniziale della vita umana, ciò che emerge è che la concezione etica assunta dal legislatore del 2004 come premessa su cui fondare l'intero impianto normativo della legge non rispecchia il pensiero di tutta la scienza, bensì di una sola parte di essa e tra l'altro non di tutto il mondo scientifico di ispirazione cattolica, ma solo di una sua parte.

In altre parole, la nuova legge, basandosi su concezioni ideologiche che riflettono il pensiero di una parte sola della scienza¹¹⁸, ha compiuto una grave violazione del principio di laicità dello Stato¹¹⁹. Un legislatore rispettoso del valore della laicità dell'ordinamento statale e del diritto penale in particolare potrebbe, infatti, far propria una concezione etica in quanto suffragata dall'insegnamento della Chiesa, se e solo se la stessa sia divenuta parte, in un certo momento storico, della "coscienza giuridica complessiva"¹²⁰, ossia se si tratti di orientamenti diffusi in seno alla comunità scientifica.

¹¹⁵ A favore di una nozione ampia di embrione depongono il riferimento, contenuto nell'art. 1 della legge n. 40/2004, al concepito come soggetto di diritti, nonché l'art. 6, comma 3 della stessa, che consente la revoca del consenso prestato alla PMA non oltre il momento della fecondazione. Depone invece nel senso di un'interpretazione restrittiva di tale concetto, che esclude da essa la nozione di ootide, la necessità di stabilire un ragionevole equilibrio tra la tutela dell'integrità dell'embrione e gli altri interessi che assumono rilievo nel quadro dell'ordinamento. Cfr. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in CANESTRARI, FERRANDO, MAZZONI, RODOTÀ, ZATTI, (a cura di) *Il governo del corpo*, volume del *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ, ZATTI, Milano, 2011, tomo II, p. 1544.

¹¹⁶ In questo senso DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 465 s.

¹¹⁷ Cfr. CILIBERTI, BONSIGNORE, DE STEFANO, *La procreazione assistita al vaglio della prassi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 533.

¹¹⁸ Cfr. OLIVETTI, *Una disciplina che va nella giusta direzione*, in *Guida al diritto*, 2004, p. 50.

¹¹⁹ Cfr. in particolare DOLCINI, *La legge sulla procreazione assistita: quali prospettive dopo il referendum del 12 giugno 2005?*, cit., p. 105, il quale richiama la giurisprudenza della Corte costituzionale che nella sentenza del 12 aprile 1989 n. 203 (in *Giur. cost.*, 1989, p. 890 ss., con nota di MUSSELLI, *Insegnamento della religione cattolica e libertà religiosa*) ha individuato nella laicità «uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica»: ad avviso dei giudici costituzionali il principio di laicità rappresenta uno dei «principi supremi dell'ordinamento costituzionale», in quanto dotato di «una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale». La Consulta richiama a fondamento di tale principio gli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 20 Cost.

¹²⁰ Così DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, cit., p. 103.

Così invece chiaramente non è, come peraltro anche lo stesso Comitato Nazionale per la Bioetica nel suo «Parere sulle tecniche di procreazione assistita»¹²¹ ha affermato implicitamente, sostenendo che «esiste un'ampia varietà di opinioni e di teorie contrastanti, che risultano almeno in parte non suscettibili di conciliazione»: da ciò consegue che «ad un tale pluralismo di opinioni teoriche, soprattutto in campo morale, corrisponde... un'effettiva frammentazione dell'*ethos* civile, che fatica ad organizzarsi intorno a un nucleo di affermazioni comunemente condivise».

Quel che è certo è che la controversia circa l'inizio della vita umana conferma l'assoluta importanza e necessità, al di là del suo valore semantico, di adottare un sostantivo per indicare quelle fasi di sviluppo umano che precedono la formazione dell' "individuo vero e proprio", fasi che non possono considerarsi ancora come "persona".

4.2.2. *Lo statuto morale.*

Connessa alla questione dello statuto ontologico dell'embrione, ovvero se esso sia o meno persona umana, vi è poi quella riguardante il suo statuto morale, ovvero l'essenza, il valore e la dignità da attribuire allo stesso, questione molto antica e controversa, su cui il dibattito è tuttora quanto mai aperto.

Secondo la tesi della dottrina cattolica, in base alla quale, come si è detto, la vita umana inizia nel momento della fecondazione dell'ovulo¹²², sin da tale momento vi è il dovere etico e giuridico di trattare l'embrione come una persona, riconoscendogli il diritto inviolabile alla vita, il diritto alla salute e il diritto all'identità genetica¹²³.

La contrapposta tesi della dottrina di matrice laica che, come si è visto, sposta in un momento successivo alla fecondazione l'istante in cui il concepito diviene soggetto e quindi titolare di diritti, pur ritenendo di non poter trattare l'embrione come una semplice *res* e che vi sia assoluta identità, nella linearità evolutiva tra il momento del concepimento e quello della morte, ritiene, tuttavia, che ciò non implichi il riconoscimento della soggettività in capo al concepito¹²⁴, poiché quest'ultima è strettamente

¹²¹ Cfr. *supra* nota 110.

¹²² Sin dall'incontro dei pronuclei maschili con quelli femminili esisterebbe, dunque, secondo i sostenitori di questo indirizzo, un dovere morale di trattare l'embrione secondo i criteri di rispetto e tutela che si debbono adottare nei confronti degli individui umani a cui si attribuisce comunemente la caratteristica di persone. Sempre secondo questo indirizzo che difende strenuamente la sacralità della vita, intesa come un *continuum* dal momento del concepimento, una volta intervenuta la fecondazione *in vitro* dovrà essere assicurata all'embrione l'opportunità di essere impiantato, in quanto titolare di un diritto alla vita e allo sviluppo delle proprie potenzialità, al punto di essere, da taluno, parificato ad «uno di noi». Cfr. D'AGOSTINO, *Presentazione*, in Comitato nazionale di Bioetica, parere «Identità e statuto dell'embrione umano», cit.

¹²³ Cfr. PESSINA, *L'embrione e il sofisma di Severino*, in *Notizie di Politeia*, 2005, p. 133; REALE, *L'embrione va difeso, è vita. Lo ha spiegato anche Aristotele*, ivi, p. 137; SERRA, *Dal "pre-embrione" al "prezigote"*, in *Medicina e morale*, 2003, p. 221; RIZ, *Bioetica-Fivet-Clonazione, Tutela della persona e della vita*, cit., p. 453; DI PIETRO, SGRECCIA, *Procreazione assistita e fecondazione artificiale tra scienza, bioetica, e diritto*, Brescia, 1999, p. 150.

¹²⁴ Se si riconosce che l'embrione non è un essere umano fin dal suo inizio, sorge, come si è detto, il problema del momento in cui lo diviene, problema di importanza pratica decisiva perché dalla sua soluzione derivano gli atteggiamenti morali da assumere nei riguardi del non ancora nato.

collegata alla capacità giuridica, ossia l'attitudine ad essere titolare di situazioni giuridiche soggettive che, ex art. 1 c.c., si acquista con la nascita¹²⁵.

In linea con tale orientamento che considera il pre-embrione come oggetto meritevole di una tutela attenuata rispetto alla persona umana è il suggerimento di non mantenere l'ovocita fecondato *in vitro* oltre il quattordicesimo giorno dalla sua fecondazione, come peraltro sostenuto nella Raccomandazione n. 1046 del Consiglio d'Europa del 24 settembre 1986, la quale ricalca in gran parte i risultati cui era pervenuto il Consiglio della ricerca medica di nove Paesi d'Europa, tra cui l'Italia, a conclusione di una riunione tenutasi a Londra il 5 e il 6 giugno 1986 sotto gli auspici della Fondazione europea della scienza e nel documento del Comitato *ad hoc* di esperti sul progresso delle scienze biomediche del 5 marzo 1986¹²⁶. Tale raccomandazione, pur pervenendo alla chiara condanna di alcune manipolazioni e deviazioni delle tecniche genetiche, nonché alla condanna del commercio di embrioni e feti morti, ha però in larga parte lasciato aperta la porta a molte pratiche di manipolazione genetica e non ha dato quel chiaro indirizzo che da una raccomandazione c'è da attendersi¹²⁷.

Tale teoria viene tacciata, come detto, di esprimere una concezione utilitaristica dell'essere umano, perché fa dipendere convenzionalmente l'umanità del concepito da posticipati stati di sviluppo embrionale con lo scopo di degradare il pre-embrione ad una *res* totalmente disponibile per qualsiasi finalità extra personale.

A questo proposito il Comitato Nazionale per la Bioetica, nel parere «Identità e statuto dell'embrione umano», interrogato su questo punto è giunto a posizioni differenti; la tesi prevalente è stata quella secondo cui «l'identità personale sussiste fin dalla fecondazione», deducendone «il dovere di trattare l'embrione come dotato di identità personale sin dal primo momento», mentre una tesi minoritaria ha ritenuto la questione «sostanzialmente indecidibile», pur riconoscendo che «l'embrione ha il diritto di essere trattato come persona, ossia nel modo secondo cui conveniamo debbano essere trattati gli individui della nostra specie sulla cui natura di persone non ci sono dubbi»¹²⁸. Analogamente nel già citato «Parere

¹²⁵ MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in *Rass. parl.*, 2005, p. 361; LIPARI, *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, ivi, p. 345.

¹²⁶ In linea con questa impostazione è anche la decisione della Corte costituzionale della Repubblica Federale Tedesca, la quale con sentenza del 25 febbraio 1975 (in *L'aborto nelle sentenze delle Corti Costituzionali. USA, Austria, Francia e Repubblica Federale Tedesca*, Giuffrè, 1976, pp. 179-313) ha dichiarato che «secondo le conoscenze fisiologiche e biologiche la vita umana esiste a partire dal 14° giorno dalla fecondazione». Dello stesso avviso anche la Corte costituzionale spagnola che con sentenza n. 53 dell'11 aprile 1985 ha affermato che «la vita umana è un divenire, un processo che comincia con la gestazione e nel corso del quale una realtà biologica va prendendo configurazione umana e che termina con la morte; ne risulta chiaro che da un punto di vista biologico è rilevante il momento dell'impianto, dato che prima di esso lo sviluppo embriologico si muove nell'incertezza. Solo con l'impianto inizia la gestazione e si può verificare la realtà biologica costituita dall'embrione...». «Di conseguenza, partendo dall'affermazione che si deve fare riferimento a uno sviluppo embrionale, si accetta che le sue distinte fasi siano differenziabili, ragion per cui anche la loro valutazione etica e la loro protezione giuridica dovrebbero essere altrettanto differenziate nel senso che il bene da tutelare è l'embrione dopo il 14° giorno e (con il 57° giorno inizia il periodo *fetale*)».

¹²⁷ Cfr. RIZ, *Bioetica-Fivet-Clonazione. Tutela della persona e della vita*, cit., p. 472 s.

¹²⁸ In particolare il Comitato ha distinto fra coloro che sostengono che l'embrione vada tutelato in modo assoluto, i quali affermano che ogni sua manipolazione sia nociva e, a maggior ragione, la sua soppressione e che esse vadano categoricamente vietate e coloro, invece, i quali sostengono che il dovere di tutelare l'embrione sia derogabile e che pertanto, in determinate situazioni nelle quali entrino in conflitto valori diversi, anche la

sulle tecniche di procreazione assistita» del 1994 una parte dello stesso Comitato ha ammesso che l'embrione umano non può essere fatto oggetto della tutela piena riservata alla persona umana.

Le difficoltà derivano in particolare dal carattere continuativo del processo evolutivo: su nessuna di queste tappe si è raggiunto un accordo fra gli studiosi e anche qualora il legislatore lo stabilisse in una legge (come nel caso della legge britannica *Embriology and Fertilization Act* che si basa sul quattordicesimo giorno) quest'ultima sarebbe evidentemente arbitraria e con finalità solo pratiche.

Forse l'unica soluzione davvero praticabile e ragionevole, come sostenuto da molti studiosi, sarebbe quella di attribuire al concepito un valore che cresce man mano che l'evoluzione prosegue, secondo la c.d. "concezione gradualista". Come è stato correttamente osservato¹²⁹, un corretto bilanciamento dei valori in conflitto dovrebbe infatti imporre l'adozione di un modello di tutela "gradualistica" del diritto alla vita del concepito, che si fondi sul riconoscimento della distinzione tra tutela della vita e dignità del soggetto e attribuzione, allo stesso, dello statuto giuridico di "persona". Pertanto, la tutela giuridica dell'embrione dovrebbe essere graduata, secondo questo modello, in misura diversa in ragione della fase di sviluppo dello stesso ed opportunamente bilanciata con la tutela dei confliggenti interessi di coloro che sono titolari dello statuto giuridico di "persona".

Tale opzione rappresenta peraltro il presupposto concettuale su cui si articola il *Warnrock Report* del 1990, che attribuisce all'embrione valore morale, argomentando dalla titolarità, da parte di quest'ultimo, di «uno *status* speciale, ma non lo stesso status di bambino o di un adulto vivente; l'embrione umano ha diritto a un grado di rispetto superiore a quello accordato a un embrione di altra specie; tale rispetto non è assoluto in quanto deve essere valutato tenendo conto dei benefici che possono derivare dalle ricerche proposte».

4.2.3. *Lo statuto giuridico.*

Infine, occorre interrogarsi circa lo statuto giuridico dell'embrione ossia rispondere ai seguenti interrogativi: è egli titolare di diritti, quale tutela giuridica gli va accordata?¹³⁰

L'orientamento dominante nella biogiuridica afferma che, pur ritenendo che l'embrione non sia qualificabile come soggetto giuridico, esso possa tuttavia essere oggetto di diritti, di modo che gli si

soppressione degli embrioni, entro limiti circoscritti, possa essere ammissibile eticamente, come nel caso in cui un test genetico condotto sul DNA dell'embrione rivelasse la presenza di una patologia grave ed incurabile dello stesso.

¹²⁹ In questo senso si veda MANNA, *La tutela penale*, cit., p. 354 e VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 198, secondo il quale la dignità costituzionale dell'embrione «non risiede, allora, in un qualche qualità presente di persona, ma in una *capacità effettiva e crescente di "di sviluppare" una persona*, in quella cooperazione biologica col corpo materno che si instaura nel contesto della gestazione; nel suo essere, in questo senso, una *condicio sine qua non* e della maternità (gravidanza), e della persona che verrà. Una persona *in fieri*: coerentemente, peraltro, col suo statuto biologico, che appunto nient'altro se non una "potenzialità" evidenzia, strettamente subordinata alla gravidanza». Questa tesi troverebbe peraltro conferma, secondo lo stesso A., nella pena prevista per l'aborto di donna dissenziente che si colloca in una posizione intermedia tra quella riservata all'embrionicidio e quella prevista per l'omicidio.

¹³⁰ Sullo statuto giuridico dell'embrione umano e le differenti posizioni cfr. ampiamente GENTILOMO, PIGA, NIGROTTI, *La procreazione medicalmente assistita nell'Europa dei quindici*, cit., p. 165 ss.

potrebbe attribuire una qualche protezione in senso simbolico, sulla base di un soggettivo senso di responsabilità dei ricercatori.

Intermedia la posizione della biogiuridica contemporanea, secondo cui secondo cui l'embrione non è né oggetto, né soggetto di diritto, bensì apparterebbe ad una terza categoria riconducibile direttamente allo statuto biologico senza l'intermediazione dello statuto morale. Questa impostazione permetterebbe al giurista, sulla base dei soli dati scientifici, di poter intervenire con un complesso di norme *ad hoc* finalizzate alla tutela dell'embrione umano. Sulla base della distinzione biologica fra nascituro e nato, al nato si dovrebbe riconoscere la soggettività giuridica quale capacità giuridica generale (centro di imputazione di diritti e doveri, mentre ci si dovrebbe limitare a qualificare il nascituro negativamente come "non oggetto" o "non cosa" (una sorta di *tertium genus*). Questa corrente di pensiero avrebbe il vantaggio di garantire l'illiceità di un utilizzo o produzione di embrioni meramente strumentale, ma non è tuttavia in grado di offrire una tutela giuridica forte in quanto, in considerazione degli orientamenti precedenti, rimarrebbe lecito il sacrificio di non oggetti a fronte di soggetti attuali o dell'interesse della ricerca.

Altri autori, infine, partendo dalla considerazione dell'organicità dell'embrione umano e della sua graduale e progressiva continuità di sviluppo ritengono che in ogni livello di indagine (ontologica, etico-antropologica, giuridica) si debba riconoscere all'embrione uno statuto personale forte. I diritti di ogni essere umano deve essere garantiti all'embrione in forza della sua natura umana ed in primo luogo il diritto alla vita¹³¹.

Come si è detto già più volte, la legge n. 40/2004 prende posizione sullo statuto giuridico del concepito, attribuendogli, mediante una *factio iuris*, lo stato giuridico di persona.

La legge, dopo aver affermato la soggettivazione dell'embrione all'art. 1 comma 1, ne fa infatti derivare, mediante una sorta di personificazione, il riconoscimento al medesimo di diritti assoluti parificabili alla stessa stregua di quanti sono dotati *ex art. 1 c.c.* di capacità giuridica a cominciare dalle donna.

Tuttavia, non si può fare a meno di osservare come l'attribuzione di soggettività giuridica in qualità di "persona" ad un soggetto non ancora venuto ad esistenza, ossia la forzata equiparazione dell'embrione alla persona, produca un paradosso difficilmente risolvibile¹³², stante l'affermata impossibilità da parte della Corte costituzionale nella sentenza n. 27 del 1975 più volte citata di equiparare il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute di chi, come la madre, è già persona e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare.

A ciò si aggiunga che la vigente disciplina della PMA, presupponendo che l'embrione sia titolare del diritto alla vita, arriva addirittura ad assicurare allo stesso una garanzia prevalente su quelle situazioni soggettive, pur dotate di rilievo costituzionale, di cui sono titolari i numerosi soggetti coinvolti nella PMA,

¹³¹ Cfr. TARANTINO, *Sul fondamento dei diritti del nascituro: alcune considerazioni bioetico-giuridiche*, in *Medicina e morale*, 1995, p. 951 ss.

¹³² In questo senso RE, *Profili penali della procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 350.

dando luogo pertanto a rilevanti e molteplici profili di irragionevolezza, nonché censure di incostituzionalità, di cui solo alcune corrette dai giudici di legittimità.

Pur essendo comprensibile la profondità del convincimento etico a sostegno della particolare valorizzazione della vita nascente, rimangono numerose perplessità collegate a questa soggettivazione/personificazione dell'embrione, che tra l'altro ha l'effetto di condurre ad un insanabile conflitto con gli interessi (*in primis* quello della salute) della donna.

4.3. Le diverse tecniche di PMA.

Prima distinzione fondamentale quando si parla di PMA è tra fecondazione¹³³ *in vivo*, ossia all'interno del corpo della donna (intracorporea), e *in vitro*, ossia in provetta (extracorporea).

Nel primo caso i gameti si incontrano nelle vie genitali femminili, mentre nel secondo caso la fecondazione avviene in provetta e l'embrione che ne deriva viene successivamente trasferito all'interno dell'apparato genitale femminile e precisamente o nell'utero o nelle tube, a seconda dei differenti procedimenti seguiti.

In altre parole, l'embrione *in vivo* è quello concepito o trasferito all'interno del corpo della donna, mentre l'embrione *in vitro* è quello prodotto per fecondazione dei gameti maschili e femminili fuori dal corpo della donna, che giace in una provetta ed è in attesa dell'impianto *in vivo*, del trasferimento, cioè, nell'utero della donna, affinché all'interno di esso possa svilupparsi fino alla nascita¹³⁴.

Relativamente a questa classificazione le tecniche di PMA si distinguono solitamente tra tecniche semplici e complesse¹³⁵, ovvero di I e II livello.

Le più comuni fra le tecniche di primo livello, che non prevedono (o prevedono solo minimamente) la manipolazione dei gameti sono la IUI (*Intrauterine insemination*) e la GIFT (*Gamete Intrafallopian transfer*): mentre nella prima tecnica la fecondazione dell'ovocita da parte dello spermatozoo avviene nella regione più esterna della tuba di Falloppio (detta ampolla tubarica), che si trova vicino all'ovaio, la seconda consiste nel prelievo dei gameti maschili e femminili e nel loro successivo trasferimento nelle tube per via laparoscopica con un catetere nel quale gli ovuli e gli spermatozoi sono separati da una bolla d'aria; nelle tube, che è il luogo naturale della fecondazione, dovrebbe poi avvenire l'incontro tra i gameti e, dunque, la fecondazione *in vivo*.

Le più praticate¹³⁶ tra le tecniche di II livello sono, invece, la FIVET (*Fertilisation in vitro and embryo transfert*) e la ICSI (*Intra cytoplasmic sperm injection*).

¹³³ Con il termine "fecondazione" il linguaggio medico biologico intende l'unione di due cellule altamente specializzate e di sesso opposto (cd. "gameti"), ossia la fusione della cellula sessuale maschile (spermatozoo) con quella femminile (ovocita, oocita o cellula uovo).

¹³⁴ Per ulteriori approfondimenti su questa distinzione si veda MARTINI, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 155 ss.

¹³⁵ Su questi aspetti si veda, fra i molti, FLAMIGNI, *La procreazione assistita*, cit., p. 30.

La prima è la più antica¹³⁷ ed efficace tecnica extracorporea che permette di trattare varie disfunzioni sia femminili che maschili ed è indicata anche per l'infertilità idiopatica che non ha avuto risultati con tecniche di PMA di primo livello. Essa consiste nella fecondazione tra i due gameti in un ambiente extracorporeo, nel quale gli spermatozoi vengono a contatto con l'ovocita. L'embrione così ottenuto viene lasciato per un periodo di tempo, che va dalle ventiquattro alle quarantotto ore, nella provetta perché si sviluppi e successivamente viene trasferito nel corpo della donna.

La ICSI è, invece, la più recente tecnica di fecondazione extracorporea a cui si ricorre, non solo nei casi di sterilità femminile, ma anche e soprattutto per ovviare ai più gravi e ricorrenti casi di infertilità maschile dovuti al fatto che il liquido seminale maschile contiene una bassa concentrazione di spermatozoi (oligospermia) o che i gameti maschili sono immaturi (spermatidi), perché dà la possibilità di ottenere una fecondazione con un solo spermatozoo per ogni ovocita (nella FIVET ne occorrono almeno duecentomila) e consiste nell'introdurre uno spermatozoo direttamente all'interno dell'ovocita attraverso una vera e propria iniezione.

Sia la FIVET che la ICSI prevedono diverse fasi che possono essere sintetizzate in sei passaggi fondamentali¹³⁸:

- iperstimolazione ovarica: dal 1° al 15° giorno viene somministrato un analogo dell'ormone rilasciante le gonadotropine (GnRH) per bloccare il ciclo naturale femminile; dal 16° al 25° viene indotta l'ovulazione con iniezioni di FSH in dosi progressive; per cogliere il momento favorevole al prelievo degli ovociti dal 26°-27° giorno viene monitorato ecograficamente l'aspetto delle ovaie (follicoli ovarici) e determinato il livello sierologico;

- prelievo degli ovociti: al 28° giorno viene completata la maturazione dei follicoli ovarici con la somministrazione di gonadotropine corioniche umane (HCG); dopo 36 ore circa, per via transvaginale mediante aspirazione sotto guida ecografia, vengono prelevati gli ovociti. Fino agli anni Ottanta il prelievo veniva effettuato per via laparoscopica; oggi, tranne rare eccezioni, avviene per via transvaginale, in analgesia profonda o in anestesia generale. La stimolazione può durare fino a due settimane;

- coltura degli ovociti: gli ovociti prelevati vengono incubati a 37° per 2-15 ore e immersi in terreni di coltura adatti alla loro maturazione (che è indicata dalla espulsione del primo globulo polare, prima della fecondazione). Contemporaneamente alla coltura degli ovociti, viene raccolto il seme con eiaculazione o mediante tecniche chirurgiche dall'epididimo (MESA) o dal testicolo (TESE); il seme viene esaminato e centrifugato, quindi preparato per la fecondazione in una sospensione limpida. Fino al momento della fertilizzazione la metodica è identica per la FIVET e per la ICSI;

¹³⁶ Esistono, infatti, altre metodiche che sono a disposizione e vengono utilizzate dagli esperti quali la ZIFT (*Zigote Intra-Fallopian Trasfer*) e la IPS (*Intra Peritoneal Fertilisation*).

¹³⁷ Con questa tecnica nacque nel 1978 la prima bambina in provetta, Louise Brown.

¹³⁸ Cfr. ISIMBALDI, BOMBELLI, *Fecondazione assistita. La tecnica*, consultabile all'indirizzo <http://www.medicinaepersona.org>, giugno 2005.

- fecondazione: in caso di FIVET ciascun ovocita coltivato viene posto su una piastra, in terreni arricchiti per la fertilizzazione, a contatto con 10.000-100.000 spermatozoi pre-trattati; in caso di scelta della tecnica ICSI, invece, ciascun ovocita viene direttamente fecondato dal biologo, mediante l'iniezione diretta di uno spermatozoo. Il processo di fecondazione viene quindi monitorato; gli zigoti adatti a proseguire nello sviluppo successivo vengono trasferiti singolarmente in una piastra contenente terreno di coltura e riposti in termostato a 37° per 2-5 giorni fino alla formazione di embrioni di 4-16 cellule;

- controllo della fecondazione: gli embrioni vengono osservati mediante appositi microscopi durante la crescita e in tempi stabiliti, in genere a 48 ore dal prelievo ovocitario.

Allo stadio di 4-16 blastomeri, tra il 2° e 5° giorno dalla fecondazione, vengono trasferiti in utero.

La tendenza dei biologi odierni è quella di prolungare la permanenza dell'embrione nei terreni di coltura fino allo stadio di blastocisti, intorno al 5° giorno, per poter selezionare gli embrioni più resistenti, ossia gli embrioni "migliori" e più "adatti" all'impianto¹³⁹.

- trasferimento in utero: gli embrioni selezionati vengono trasferiti nella cavità dell'utero materno, con un secondo intervento per via transvaginale, in analgesia profonda o in anestesia generale. La mucosa uterina viene preparata in modo sincronizzato all'arrivo dell'embrione e il successivo impianto. Infine, dopo dodici giorni dal trasferimento, viene verificato l'avvenuto impianto, mediante determinazione dei livelli ematici di beta HCG e l'evoluzione clinica della gravidanza mediante conferma ecografica.

Le pratiche IUI, GIFT, FIVET e ICSI corrispondono ad un grado crescente di invasività, di artificialità e di manipolazione dell'embrione. Questa suddivisione è importante perché, come si dirà a breve, le tecniche di PMA vanno applicate secondo il criterio di gradualità, ossia di minor invasività sul piano fisico e psichico, come disposto dall'art. 4, comma 2, lett. a), richiamato dall'art. 1, primo comma della legge *de qua*.

Le Linee guida contenute nel d.m. 11 aprile 2008¹⁴⁰ distinguono in realtà fra tre diversi livelli di tecniche, ossia le tecniche di I livello (inseminazione sopracervicale in ciclo naturale eseguita utilizzando tecniche di preparazione del liquido seminale; induzione dell'ovulazione multipla associata ad inseminazione sopracervicale eseguita utilizzando tecniche di preparazione del liquido seminale; eventuale crioconservazione dei gameti maschili), tecniche di II livello, eseguibili in anestesia locale e/o sedazione profonda (fecondazione *in vitro* e trasferimento dell'embrione (FIVET), iniezione intracitoplasmatica dello spermatozoo (ICSI), prelievo testicolare dei gameti (prelievo percutaneo o biopsia testicolare); eventuale crioconservazione di gameti maschili e femminili ed embrioni; trasferimento intratubarico dei gameti maschili e femminili (GIFT), zigoti (ZIFT) o embrioni (TET) per

¹³⁹ Esistono classificazioni morfologiche degli embrioni, basate sull'aspetto dei blastomeri, con lo scopo di predire le possibilità di impianto e di sviluppo dell'embrione stesso; ad es. il *marker* positivo è l'organizzazione spaziale dei pronuclei (maschile e femminile), mentre i *markers* negativi sono il grado di frammentazione, la presenza di blastomeri multinucleati. Sono stati definiti 4 gradi. Gli embrioni appartenenti al grado 4 non sono ritenuti in grado di svilupparsi e come tali non ritenuti adatti al trasferimento. A seconda delle legislazioni vigenti nei vari Paesi, gli embrioni non trasferiti vengono congelati o inviati alla ricerca sperimentale.

¹⁴⁰ Cfr. *infra* nota 154.

via transvaginale e o guidata o isteroscopica e tecniche di III livello, che necessitano di anestesia generale con intubazione (prelievo microchirurgico di gameti dal testicolo; prelievo degli ovociti per via laparoscopica; trasferimento intratubarico dei gameti femminili e maschili (GIFT), zigoti (ZIFT) o embrioni (TET) per via laparoscopica).

Altra distinzione fondamentale delle tecniche di PMA è quella tra tecniche omologhe e tecniche eterologhe. Le prime sono quelle in cui il materiale genetico (ovvero i gameti femminili e quelli maschili) che viene utilizzato durante le pratiche di PMA proviene direttamente dai soggetti che a quelle metodiche si sottopongono; le seconde ricorrono, invece, quando uno o entrambi i gameti utilizzati per la fecondazione provengono da soggetti estranei donatori.

Questa pluralità di intrecci possibili, sia sul terreno della provenienza delle componenti genetiche dell'embrione prodotto *in vitro*, sia su quello della scelta dell'utero entro il quale annidare e fare maturare tale embrione (c.d. "affitto dell'utero"), solleva diversi problemi giuridici di natura prevalentemente civile o amministrativa, in quanto si tratta di determinare le regole della paternità e maternità naturale e legale, dei rapporti di parentela, dei rapporti patrimoniali, della titolarità dei poteri di decisione, degli interventi obbligatori o facoltativi delle istituzioni pubbliche ospedaliere, ecc.

Ancora, appare opportuno precisare la stessa nozione di PMA attualmente in uso quando si parla delle tecniche utilizzate per la risoluzione dei problemi di sterilità e infertilità della coppia.

Al momento dell'introduzione delle tecniche di PMA si parlava di «inseminazione artificiale», ma più tardi, con l'introduzione di tecniche, quali la FIVET e altre procedure *in vitro* che non comportavano alcun tipo di inseminazione¹⁴¹ (intendendosi con tale termine il trasferimento del seme dell'uomo nell'apparato genitale femminile al fine di favorire l'incontro fra i due gameti) questo termine si rivelò improprio e fu sostituito con quello di procreazione. Anche il termine «artificiale» venne però presto abbandonato in seguito alla considerazione che quest'ultimo, nella sua immediata contrapposizione con l'aggettivo naturale, potesse avere nell'opinione pubblica un'accezione negativa, facendo sì che l'intervento "esterno" nel procedimento di procreazione umana fosse da considerarsi arbitrario e invasivo. Si preferì allora parlare di «procreazione¹⁴² medicalmente assistita», richiamando con questa locuzione la natura medica dell'intervento e la sua funzione di ausilio alla procreazione umana.

¹⁴¹ Tali tecniche prevedono, infatti, che l'incontro ovocita-spermatozoo avvenga in un adeguato terreno culturale in laboratorio.

¹⁴² SACCHETTI, *Un primo, importante, intervento demolitorio della Consulta sulla discussa legge n. 40/2004*, in *Bioetica*, 2009, p. 739 ss. osserva come sia assai significativo che tra i tanti termini per indicare l'inizio della vita il legislatore abbia scelto proprio il termine teologico contenuto nel *Dizionario di bioetica* (2002) del cardinale Tettamanzi, ove si precisa che «il procreare è, in definitiva, un atto religioso. Si comprende la ricchezza del termine usato dalla teologia per indicare il processo generativo: si parla correttamente di procreazione. In questa parola sono contenuti due elementi: la «creazione» - perché il procreare umano è riflesso e continuazione del creare di Dio - e «pro» in quanto gli sposi partecipano all'amore del Creatore». Sarebbe allora stato tecnicamente più corretto, oltre che più coerente con le scelte linguistiche operate dagli altri legislatori europei, l'uso del termine «fecondazione», ossia di un termine contraddistinto da una accezione prettamente medico-biologica e che null'altro sta ad indicare se non il processo di interazione e successiva fusione di due gameti che culmina con la associazione dei corrispondenti gruppi di cromosomi derivanti dai due pronuclei, uno di origine paterna e l'altro di origine materna. Sin dal titolo della legge è pertanto evidente che è sottesa ad essa una vera e propria «strategia volta a sfruttare la normale

Ancora, occorre spendere due parole anche sul rapporto esistente fra i due termini, “sterilità” e “infertilità”¹⁴³.

Nonostante le due espressioni possano sembrare ad un’analisi superficiale sinonimi, potendo essere utilizzate indifferentemente con riferimento sia agli uomini che alle donne per indicare l’incapacità di fecondare, per quanto riguarda gli uomini, e l’incapacità di concepire o di portare a compimento una gravidanza, per quanto concerne le donne, tuttavia dal punto di vista medico essi devono essere tenuti ben distinti fra loro.

Mentre il termine «sterilità» si riferisce, infatti, all’«incapacità, potenziale, dei gameti di un individuo ad innescare un meccanismo fecondativo», il vocabolo «infertilità» designa quella «situazione in cui, pur potendo astrattamente iniziare un processo di fecondazione, lo stesso non possa essere portato a termine a causa di inadatte condizioni fisiologiche della persona»¹⁴⁴.

Coerentemente a tale distinzione nell’introduzione alle Linee guida, approvate con decreto del 21 luglio 2004 dal Ministero della Salute¹⁴⁵, e successivamente modificate nel 2008, si legge che «secondo una prima definizione la sterilità, almeno nella donna, andrebbe distinta dall’infertilità intesa come incapacità di condurre la gravidanza fino all’epoca di vitalità fetale. Nell’uomo, invece, essendo il concetto di aborto ovviamente estraneo alla patologia della riproduzione, i due termini vengono largamente usati come sinonimi. Secondo un’altra definizione una coppia è considerata infertile quando non è stata in grado di concepire e di procreare un bambino dopo un anno o più di rapporti sessuali non protetti, mentre è sterile la coppia nella quale uno o entrambi i coniugi sono affetti da una condizione fisica permanente che non rende possibile la procreazione».

Secondo questa interpretazione il termine “sterilità” si riferisce, quindi, ad una condizione più grave e comunque assoluta di “infertilità”, in omaggio ad una concezione diffusa fra autorevoli fisiopatologici della riproduzione¹⁴⁶, che intendono per sterilità la potenziale inadeguatezza dei gameti di un individuo ad innescare un meccanismo fecondativo, attestata da «l’incapacità di una coppia di concepire dopo aver trascorso un periodo di tempo avendo rapporti di normale frequenza e senza usare alcun tipo di contraccezione», mentre per infertilità quella situazione di incapacità «di avere figli sani e vitali, per ragioni legate alla ripetizione di episodi abortivi o alla reiterazione di malformazioni incompatibili con la vita», anche laddove una fecondazione sia pur possibile.

Tuttavia il decreto ministeriale, sia del 2004 che del 2008, conclude in modo assai singolare, affermando che «ai fini delle presenti linee guida i due termini, infertilità e sterilità, saranno usati come sinonimi», e introduce altresì un’ulteriore definizione di sterilità o infertilità come «l’assenza di concepimento, oltre ai casi di patologia riconosciuta, dopo 12/24 mesi di regolari rapporti sessuali non

ignoranza del grande pubblico e dei non addetti ai lavori della terminologia scientifica e a distorcerla, facendo in modo che essa assuma un diverso significato».

¹⁴³ Sulle definizioni di questi due concetti e sulle critiche mosse dalla dottrina a tale disciplina non rispettosa del principio di determinatezza, nonché sull’assurdità di considerare infertilità e sterilità concetti equivalenti si veda più ampiamente il cap. II, par. 5.

¹⁴⁴ Così FLAMIGNI, *La procreazione assistita*, cit., p. 8.

¹⁴⁵ Cfr. cap. II, par. 1, nota 2.

¹⁴⁶ FLAMIGNI, *La procreazione assistita*, cit., p. 8 ss.

protetti», affermando che le tecniche di PMA si applicano anche a quelle coppie con «sterilità idiopatica», ossia quella in cui «non sia stato possibile accertare un definito fattore responsabile».

Infine, va fatto un cenno anche alle complicanze che vengono ricollegate all'utilizzo delle tecniche di PMA, sia per quanto concerne la salute della donna, sia per quanto concerne quella dei nascituri¹⁴⁷.

Per quanto riguarda le donne che si sottopongono a procedure di PMA la complicazione più frequente e grave è la sindrome da iperstimolazione ovarica, che si verifica a causa della somministrazione di gonadotropine esogene¹⁴⁸.

Le gravidanze ottenute da pratiche di fecondazione extracorporea vanno poi incontro a maggiori complicazioni che possono presentare rischi di vario genere sia per le madri, che per i bambini. Tali rischi sono dovuti sia alle gravidanze multiple, sia a condizioni mediche di non chiara evidenza che si ricollegano alla sterilità o alla subfertilità dei genitori, a fattori seminali, all'uso di farmaci e ormoni, alle manipolazioni eseguite nei laboratori per la coltura embrionale e, infine, all'età avanzata delle donne.

Per quanto concerne i nascituri, invece, si è osservato come le gravidanze ottenute in seguito a PMA si associano ad un elevato rischio di parti pretermine e di basso peso fetale alla nascita, mentre lo sviluppo delle funzioni neurologiche dei bambini è in genere normale, come normali sono le loro capacità di sviluppo sociale, emozionale cognitivo e motorio.

4.4. La diagnosi genetica preimpianto.

La diagnosi preimpianto (da ora in avanti PGD)¹⁴⁹, di cui ci si occuperà nello specifico nel quarto capitolo, è una procedura nata con la fecondazione *in vitro* ed attuabile esclusivamente nel suo ambito, complementare alle tecniche di diagnosi prenatale¹⁵⁰, che permette di identificare la presenza di malattie genetiche o di alterazioni cromosomiche in embrioni in fasi molto precoci di sviluppo, generati *in vitro* da coppie a elevato rischio riproduttivo, prima del loro impianto nel corpo materno.

¹⁴⁷ Così FLAMIGNI, *La fecondazione extra-corporea*, in *Il governo del corpo*, cit., p. 1452 s.

¹⁴⁸ Le sue manifestazioni più gravi consistono nella comparsa di voluminose formazioni cistiche delle ovaie accompagnate da versamenti di liquidi peritoneali e pleurici, emocoagulazione, diminuzione della funzionalità renale, rischi di trombo embolia e di distress respiratorio. Sono stati descritti anche casi di emorragia interna e di infezione pelvica dovuti prevalentemente a errori nel prelievo oocitario.

¹⁴⁹ L'idea della PGD è stata elaborata in Inghilterra da Edwards e Gardner nel 1967, quando pensarono di selezionare blastocisti di conigli in funzione del sesso. La prima pubblicazione che annunciava l'applicazione della PGD risale al 1990 sul prestigioso giornale scientifico *Nature*. A firmarla è stato Alan Handside, il quale, insieme ad i suoi collaboratori, avevano eseguito con successo una biopsia embrionaria con relativo prelievo di blastomero e successiva amplificazione del DNA del cromosoma Y.

¹⁵⁰ La diagnosi prenatale (villocentesi o amniocentesi) permette l'identificazione di anomalie genetiche, entro le prime 10-16 settimane di gravidanza, in coppie a rischio di trasmettere una malattia genetica alla prole. Entrambe queste procedure prevedono il campionamento di cellule fetali, dalle quali verrà estratto il DNA per effettuare l'analisi di mutazione di specifici geni e/o la determinazione del cariotipo fetale. Nel caso in cui il feto risulti malato, le coppie che vi fanno ricorso avranno come alternativa la scelta di proseguire la gravidanza o l'interruzione terapeutica. I dati statistici dimostrano che molte coppie a rischio genetico sono costrette ad affrontare ripetute interruzioni di gravidanza prima di poter avere un bambino sano. Quindi, la possibilità di una scelta alternativa alla diagnosi prenatale risulta di grande utilità per queste coppie, evitando loro il ricorso all'aborto terapeutico.

Ambedue le tecniche vengono, quindi, utilizzate dalle coppie per stabilire lo stato di salute genetico o cromosomico dell'embrione, nel caso della PGD e del feto, nel caso della diagnosi prenatale¹⁵¹.

La differenza fondamentale consiste nel fatto che, mentre la prima viene eseguita sull'embrione prodotto da una fecondazione *in vitro*, ossia prima che si instauri una gravidanza, la seconda viene praticata alla fine del primo trimestre di gravidanza o addirittura (con l'amniocentesi) alla fine del quarto mese, ossia a gravidanza in stadio decisamente avanzato e, qualora l'esito di questa non sia favorevole, si procede, nella quasi totalità dei casi, all'interruzione volontaria di gravidanza.

La PGD, che combina l'utilizzo delle tecniche di fecondazione *in vitro* con le più innovative ricerche in campo genetico, consiste, dunque, nell'analisi delle qualità genetiche degli embrioni concepiti *in vitro*, prima del loro impianto nell'utero della donna al fine di effettuare uno *screening* di malattie genetiche in coppie ad alto rischio di trasmissione, scartando gli embrioni che presentano una possibile anomalia genetica e selezionando per il trasferimento solo quelli più idonei, al fine di prevenire la nascita di individui affetti da tali patologie, evitando così il ricorso all'aborto terapeutico, spesso devastante dal punto di vista psicologico e non sempre accettato dal punto di vista etico-morale.

I pazienti che richiedono l'accesso alle tecniche di PGD inizieranno così un trattamento di procreazione medicalmente assistita che permetterà il recupero di ovociti da fecondare con gli spermatozoi paterni. Una volta ottenuta la fecondazione, dagli embrioni ai primi stadi di sviluppo si preleveranno una o due cellule (blastomeri) il cui DNA sarà analizzato in maniera specifica¹⁵², in relazione al tipo di malattia genetica che da diagnosticare. Gli embrioni che risulteranno non affetti dalla patologia genetica in esame potranno così essere trasferiti in utero, permettendo alla donna di avviare una gravidanza senza la specifica malattia.

Tali tecniche preimpianto hanno dato il vantaggio del trasferimento in utero di embrioni sani con miglioramento della percentuale dell'annidamento e della gravidanza. Il ricorso alla PGD ha prodotto inoltre una riduzione delle interruzioni volontarie di gravidanza a seguito di amniocentesi eseguita tra la sedicesima e la diciottesima settimana, soprattutto in quelle coppie in cui vi erano alterazioni genetiche o cromosomiche precedentemente diagnosticate su entrambi i *partners*¹⁵³. Si tratta complessivamente di oltre

¹⁵¹ Secondo quanto si legge nel documento pubblicato dal Comitato direttivo per la bioetica (CDBI) del Consiglio d'Europa il 22 novembre 2010, «All'inizio degli anni '90, la diagnosi genetica preimpianto in quanto procedura sperimentale, è stata introdotta come alternativa possibile alla diagnosi genetica prenatale per le coppie che rischiavano di trasmettere una anomalia genetica particolarmente grave, risparmiando loro in questo modo una scelta difficile sulla eventuale interruzione di gravidanza; (...) nei Paesi in cui è consentita, la diagnosi preimpianto è diventata una metodica clinica ben sperimentata per analizzare le caratteristiche genetiche degli embrioni dopo la fecondazione *in vitro* e per ottenere informazioni che consentano di selezionare gli embrioni da trasferire. La diagnosi pre-impanto è richiesta principalmente dalle coppie portatrici di caratteri genetici che possono trasmettere ai loro discendenti malattie gravi o provocare decessi prematuri, che desiderano evitare una gravidanza che potrebbe non arrivare a termine o porli di fronte alla scelta difficile di una eventuale interruzione nel caso in cui venga rilevato un problema genetico particolarmente grave».

¹⁵² Nello specifico l'indagine comporta analisi enzimatiche, cromosomiche o la ricerca di mutazioni specifiche del DNA. Attualmente su una stessa cellula possono essere utilizzate due tecniche: la Pcr (*Polimerasi chain reaction*) e la Fish (*Flourescence in situ hybridization*) con risultati efficienti e accurati nella diagnosi preimpianto.

¹⁵³ Cfr. CARDONE, *Dalla conoscenza delle prassi medico-scientifiche un aiuto all'interpretazione dei provvedimenti*, in *Guida al diritto- Il Sole 24 Ore*, 2004, p. 21.

seimila sindromi, alcune delle quali rarissime, altre (come la fibrosi cistica o l'anemia mediterranea) molto diffuse.

Lo sviluppo delle conoscenze sul genoma umano, con l'identificazione di nuovi geni coinvolti nell'insorgenza di malattie ereditarie, unitamente all'avanzamento della tecnologia strumentale, ha poi notevolmente esteso il campo di applicazione della PGD.

Dal primo caso di PGD di fibrosi cistica eseguito nel 1992, le strategie diagnostiche si sono evolute notevolmente, e di conseguenza si è avuta una consistente crescita del numero di malattie alle quali è stata applicata la stessa tecnica.

Ad oggi esistono protocolli diagnostici per oltre centoventi malattie monogeniche, autosomiche dominanti, recessive o legate al cromosoma X. Patologie genetiche molto comuni nella popolazione italiana, in cui la diagnosi preimpianto oggi trova una valida applicazione comprendono: Beta-Talassemia, Anemia Falciforme, Emofilia A e B, Distrofia Muscolare di Duchenne-Becker, Distrofia Miotonica, Fibrosi Cistica, Atrofia Muscolare Spinale (SMA) e X-Fragile.

Da queste brevi premesse di carattere tecnico scientifico è facile intuire quale enorme importanza assuma tale tecnica nei casi in cui uno o entrambi i membri della coppia siano portatori di una grave patologia geneticamente trasmissibile al concepito, dal momento che essa offre la possibilità di conoscere in anticipo la presenza di alcune gravi malattie dell'embrione e quindi di rifiutare il suo trasferimento nell'utero materno, oppure accettarlo, ma con la consapevolezza della situazione patologica in atto. Da qui le gravi critiche di illegittimità costituzionale mosse alla legge n. 40/2004, che non consente alle coppie portatrici di patologie genetiche trasmissibili di fare ricorso a tale tecnica, ma di ciò si tratterà analiticamente nel prosieguo.

CAPITOLO II

LA LEGGE 19 FEBBRAIO 2004, N. 40 CONTENENTE
 “NORME IN TEMA DI PROCREAZIONE ASSISTITA”.
 PROFILI GENERALI.

SOMMARIO: 1. Le fonti nazionali in tema di PMA: legislazione e giurisprudenza precedenti al 2004. – 2. Le fonti internazionali. – 3. L’*iter* parlamentare della legge n. 40/2004. – 4. La legge 19 febbraio 2004 n. 40 contenente «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»: finalità e principi ispiratori. – 5. I rapporti fra la legge n. 40/2004 e la legge n. 194/1978. – 6. I requisiti oggettivi: sterilità e consenso informato 7. I requisiti soggettivi: i destinatari delle tecniche di PMA. – 8. Lo statuto giuridico del nato in seguito a PMA. – 9. Le strutture autorizzate e la responsabilità del centro. – 10. Il *referendum* abrogativo del 12 e 13 giugno 2005. – 11. Le sanzioni penali e amministrative: un quadro di estrema durezza. – 12. La responsabilità del medico. – 13. Il turismo procreativo. Qualche dato statistico e un primo bilancio sugli effetti prodotti dalla legge.

1. Le fonti nazionali in tema di PMA: legislazione e giurisprudenza precedenti al 2004.

Alla legge 19 febbraio 2004 n. 40¹⁵⁴ (con le relative Linee-guida ministeriali)¹⁵⁵, parte della dottrina¹⁵⁶ riconosce il pregio di avere colmato con un testo organico un pericoloso vuoto legislativo¹⁵⁷

¹⁵⁴ La legge è pubblicata in GU 24 febbraio 2004, n. 45.

¹⁵⁵ L’art. 7 della legge n. 40/2004 stabilisce che il Ministro della Salute definisce, con proprio decreto, le Linee guida contenenti l’indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, previo parere obbligatorio, ma non vincolante del Consiglio Superiore della Sanità. Esse integrano le condizioni e le modalità che la legge stabilisce per effettuare la procedura di PMA, essendo riferite prevalentemente ai profili tecnico-medici della procedura. Tuttavia, per alcuni aspetti, tale provvedimento ministeriale prende in esame anche aspetti giuridici della materia, tanto che esso integra il dettato legislativo, completandolo o addirittura superandolo. Per quanto riguarda l’ambito di applicazione delle stesse la legge attribuisce alle linee guida efficacia vincolante per tutte le strutture autorizzate (art. 7, comma 2).

Le prime Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita erano contenute nel citato decreto del 21 luglio 2004, (in G.U. n. 191 del 16 agosto 2004, p. 4 ss.), il quale era stato emanato oltre il termine di tre mesi dall’entrata in vigore della legge n. 40/2004, ossia il 10 marzo. Le Linee guida del 2004 sono poi state sostituite dalle Linee guida 11 aprile 2008, dopo essere state disapplicate con sentenza dai Tribunali di Cagliari (24 settembre 2007) e di Firenze (19 dicembre 2007) per contrasto con il principio di legalità in materia penale *ex art. 25, comma 2, Cost.* e successivamente annullate dal TAR del Lazio con sentenza n. 398 del 21 gennaio 2008 per eccesso di potere dell’Autorità amministrativa. Cfr. *infra* cap. IV, par. 3.4.

Per un commento alle Linee guida si veda DOGLIOTTI, *Le “Linee guida” del Ministero della salute sulla procreazione assistita*, in *Guida al diritto*, 2004, 40, p. 14 ss. e VERONESI, *Le “linee guida” in materia di procreazione medicalmente assistita. Nuovi dubbi di legittimità all’orizzonte*, in *Studium iuris*, 2004, p. 1356 ss.

¹⁵⁶ GAZZONI (*Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2005, p. 172) osserva, in particolare, come «una legislazione in materia di fecondazione artificiale si rendesse assolutamente necessaria per porre un argine alla degenerazione di un desiderio divenuto pura anarchia, preoccupato di sé e della propria realizzazione ad ogni costo senza la minima considerazione del nuovo nato». *Contra* DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, cit., p. 31, secondo cui

esistente nel nostro Paese¹⁵⁸, dove, prima di allora, veniva di fatto ammessa ogni forma non commerciale di fecondazione *in vitro*¹⁵⁹. Tuttavia, a ben vedere, in Italia, anche precedentemente all'approvazione della legge n. 40/2004, era operativo un complesso sistema integrato di regolamentazione della materia.

Prima dell'entrata in vigore della legge *de qua* la materia era, infatti, regolata da alcune circolari ministeriali, valide però unicamente per le strutture pubbliche, e da due ordinanze del Ministero della Sanità¹⁶⁰ che, emanate nel 1997 e continuamente prorogate, vietavano la commercializzazione e la pubblicità di gameti ed embrioni¹⁶¹, nonché ogni forma di clonazione umana e animale. Una successiva ordinanza del Ministro della Salute del 25 luglio 2001¹⁶², anch'essa successivamente reiterata¹⁶³, proibiva inoltre l'importazione o l'esportazione di gameti o embrioni umani, allo scopo di prevenire la trasmissione di malattie alla madre ed al nascituro.

Quanto alle circolari ministeriali, un primo intervento ministeriale si ebbe il 10 ottobre 1985 con la circolare Degan¹⁶⁴, dal nome dell'allora Ministro della Sanità, dal titolo «Limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale», che prevedeva l'ammissibilità delle sole tecniche di PMA di tipo omologo e riconosceva per la prima volta l'importanza dell'infertilità come disagio psicofisico di rilevanza medica e sociale di cui il Servizio Sanitario

prima dell'entrata in vigore della l. n. 40/2004 non esisteva affatto una situazione di vuoto normativo nel nostro Paese, in quanto a ben vedere esistevano numerose norme di riferimento anche se *sub*-primarie. Secondo FLAMIGNI (*La legge 40/2004: norme "cattoliche" nel paese di Machiavelli*, in *Notizie di Politeia*, 2007, p. 8) l'approvazione della legge «dovrebbe aver placato l'irritazione di quanti consideravano la terapia della sterilità una sorta di "far West" caratterizzato dall'assenza di vincoli etici e giuridici e che avevano più volte dichiarato che il paese aveva bisogno di una legge, anche cattiva, che riempisse un supposto "vuoto giuridico"».

¹⁵⁷ Per una dura critica alla legalizzazione della fecondazione artificiale, anche nella sua forma omologa, si vedano ROCCHI, *Il legislatore distratto, la legge sulla fecondazione artificiale: la norma smentisce i principi*, ESD, Bologna, 2005 e PALMARO, *Ogni legalizzazione della Fivet è ingiusta*, in *Studi cattolici*, 2005, p. 530.

¹⁵⁸ L'aver disciplinato per legge la PMA è coerente con le scelte fatte a livello europeo. Leggi in tema di PMA sono, infatti, presenti in Francia (*Code de la santé publique – Loi n° 2004-800 du 6 août 2004*), in Germania (l. 13 dicembre 1990, *EschG*), in Svizzera (legge federale 18 giugno 1998, LPMA), in Austria (l. 4 giugno 1992 FmedG), in Spagna (l. 26 maggio 2006 n. 14, *sobre Técnicas de reproducción humana asistida*) e in Portogallo (l. 26 luglio 2006 n. 32, *Da procriação medicamente assistida*); invece, in Gran Bretagna una legge del 1990 fornisce il quadro di riferimento per una Autorità indipendente (l'Autorità per la fecondazione umana e la embriologia: HFEA) chiamata a fornire una soluzione alle questioni che vengano in rilievo. Cfr., *infra*, cap. III, par. 5.

¹⁵⁹ Così RIZ, *Bioetica-Fivet-Clonazione. Tutela della persona e della vita*, cit., p. 453.

¹⁶⁰ Ordinanza ministeriale del 5 marzo 1997 sul «Divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani» e ordinanza ministeriale del 5 marzo 1997 su «Divieto di pratiche di clonazione umana e animale», entrambe in G.U., 7 marzo 1997, n. 55 e in *Dir. pen. e proc.*, 1997, p. 403 ss., con nota di GAROFOLO, *Clonazione e provvedimenti di carattere contingibile e urgente del Ministero della sanità*.

¹⁶¹ Precisamente a norma dell'art. 1: «È vietata ogni forma di remunerazione diretta o indiretta, immediata o differita, in denaro od in qualsiasi altra forma per la cessione di gameti, embrioni o, comunque, di materiale genetico. E' altresì vietata ogni forma di intermediazione commerciale finalizzata a tale cessione», mentre secondo l'art. 2 «È vietata qualunque forma di incitamento all'offerta di gameti, embrioni o, comunque, di materiale genetico, nonché la diffusione di messaggi recanti tale offerta».

¹⁶² In G.U. n. 187 del 13 agosto 2001.

¹⁶³ Tale divieto è stato ribadito con le ordinanze del 1 dicembre 2001 (in G.U. n. 25 del 30 gennaio 2002), 18 giugno 2002 (in G.U. n. 162 del 12 luglio 2002), 4 dicembre 2002 (in G.U. n. 304 del 30 dicembre 2002), 30 maggio 2003 (in G.U. n. 158 del 10 luglio 2003) e 10 dicembre 2003.

¹⁶⁴ Circolare del 1° marzo 1985 in tema di «Limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del Ssn», in LUZI (a cura di), *Riproduzione umana assistita e embriologia*, Roma, Senato della Repubblica italiana, 1991, p. 157-162.

Nazionale doveva farsi carico, introducendo, altresì, il requisito del matrimonio della coppia per l'accesso alla tecniche¹⁶⁵.

Due anni più tardi, e precisamente il 27 aprile 1987, interveniva la circolare Donat Cattin¹⁶⁶, anch'essa così denominata dal nome del Ministro della Sanità, contenente «Misure di prevenzione della trasmissione del virus HIV e di altri agenti patogeni attraverso il seme umano impiegato per la fecondazione artificiale», integrata successivamente dalla circolare De Lorenzo del 10 aprile 1992 n. 17 in tema di «Misure di prevenzione della trasmissione del virus HIV e di altri agenti patogeni nella donazione del liquido seminale impiegato per la fecondazione assistita umana e nella donazione d'organi, di tessuto e di midollo osseo»; con essa per la prima volta venivano stabiliti criteri igienico-sanitari molto precisi per quanto concerne la raccolta, conservazione e documentazione del seme nella fecondazione artificiale in assenza di previgenti disposizioni¹⁶⁷.

Come emerge dal quadro appena tracciato, secondo i più, si rendeva sempre più urgente e necessario un intervento del legislatore nazionale che regolamentasse una volta per tutte in maniera organica e completa le pratiche della PMA, materia particolarmente delicata e complessa: i provvedimenti ministeriali, rispondendo a necessità urgenti e contingenti motivate da un uso sempre maggiori delle tecniche in oggetto, avevano, infatti, necessariamente per loro natura carattere frammentario e contingente e contribuivano ad alimentare un clima da “*far west*”¹⁶⁸, facendo sì che per anni il nostro Paese costituisse un *unicum* nel panorama legislativo europeo¹⁶⁹.

In realtà, oltre alle circolari e alle ordinanze era intervenuta a regolare la materia anche la Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici, che nel 1998 aveva previsto all'interno dell'ultimo Codice di deontologia medica¹⁷⁰ alcune norme di comportamento anche in relazione alle tecniche procreative, alle sperimentazioni sul genoma e sull'embrione umano¹⁷¹. Quest'ultimo, oltre ad introdurre

¹⁶⁵ Per quel che concerne la delimitazione dei metodi di inseminazioni artificiali ammissibili, si afferma nella circolare che solo le tecniche che utilizzano i gameti della coppia consentono di realizzare il desiderio genitoriale di quest'ultima senza incertezze sulla paternità e sulla maternità del nascituro, e che quindi non è ammissibile che il servizio sanitario pubblico offra la prestazione dell'inseminazione artificiale eterologa.

¹⁶⁶ Circolare del 27 aprile 1987 n. 19 su «Misure di prevenzione del virus HIV e di altri agenti patogeni attraverso il seme umano impiegato per la fecondazione artificiale», in LUZI (a cura di), *Riproduzione umana assistita e embriologia*, Roma, Senato della Repubblica italiana, cit., p. 163-166.

¹⁶⁷ Per la prevenzione del contagio da HIV si richiedeva, tra l'altro, che il donatore fosse sottoposto a esame sierologico al momento del prelievo e che fosse usato il seme solo se previamente congelato; si prevedeva, inoltre, lo *screening* per le malattie genetiche anche nel caso di ricorso omologo. Cfr. *infra* cap. V, par. 1.

¹⁶⁸ Così Sessa, *Dalla bioetica al biodiritto*, cit., p. 890 s.

¹⁶⁹ In particolare, l'esecuzione delle pratiche eterologhe eseguite nei centri privati e la contemporanea assenza di una regolamentazione generale aveva favorito la crescita di centri privati specializzati, nei quali l'esecuzione delle pratiche di PMA era demandata alla volontà delle parti, motivo per il quale l'unica forma di controllo era quella giudiziale a cui comunque si accompagnava una diffusa incertezza.

¹⁷⁰ Circa i contenuti del Codice di deontologia medica, nella versione del 3 ottobre 1998, si veda DOGLIOTTI, FIGONE, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, Milano, 2004, p. 416 ss.

¹⁷¹ L'art. 42 del Codice di deontologia medica stabilisce che «Le tecniche di procreazione umana medicalmente assistita hanno lo scopo di ovviare alla sterilità. È fatto divieto al medico, anche nell'interesse del nascituro, di attuare: a) forme di maternità surrogata; b) forme di fecondazione assistita al di fuori di coppie eterosessuali stabili; c) forme di fecondazione assistita in donne in menopausa non precoce; d) forme di fecondazione assistita dopo la morte del *partner*. È proscritta ogni forma di fecondazione assistita ispirata a pregiudizi razziali; non è consentita alcuna selezione di gameti ed è bandito ogni sfruttamento commerciale, pubblicitario, industriale di gameti,

nuovi contenuti quali il consenso informato e il riconoscimento della fecondazione assistita come rimedio specifico per la patologia della sterilità e non come modo alternativo di procreare, prevedeva, tra l'altro, il divieto di attuare forme di PMA dopo la morte del *partner* (art. 42 co. 2), per le donne in menopausa, nonché ogni forma di sfruttamento commerciale di gameti o di embrioni (art. 42 co. 3), mentre le manipolazioni genetiche dell'embrione erano escluse quando non finalizzate a prevenire o correggere condizioni patologiche (art. 43 co. 2)¹⁷².

Infine, il quadro normativo si completava con alcune pronunce giurisprudenziali che contenevano una regolamentazione, anche se minima, dei rapporti sociali.

Il primo problema che si è posto all'attenzione dei magistrati è stato quello concernente il problema della fecondazione artificiale eterologa (oggi vietata), affrontato in rapporto al disconoscimento di paternità¹⁷³.

Le prime pronunce giurisprudenziali sul tema risalgono alla fine degli anni Cinquanta del Novecento; esse, pur sfociando in esiti opposti, sono accomunate dallo stesso atteggiamento di sfavore nei confronti dell'inseminazione eterologa: è il caso della sentenza del Pretore di Padova del 7 novembre 1958 e quella del Tribunale di Padova del 16 febbraio 1959¹⁷⁴.

Mentre nella prima di esse, il Pretore padovano, pur esprimendo un giudizio negativo sull'inseminazione eterologa, ritenne che la stessa non fosse riconducibile al delitto di adulterio di cui all'art. 559 c.p. (oggi abrogato)¹⁷⁵, nella seconda il giudice di Padova, oltre a valutare negativamente tale pratica, giudicò integrato tale delitto, condannando quindi l'imputata che era stata invece assolta in primo grado.

Il Tribunale padovano giunse a tale conclusione partendo dalla considerazione che il bene giuridico protetto mediante la punizione della moglie adultera non è la fedeltà sessuale coniugale, bensì «l'ordine giuridico matrimoniale, la genitorialità» (invero ciò «che scompagina la famiglia senza rimedio... è l'infedeltà genitale, perché con essa si introduce in famiglia un estraneo») e con l'inseminazione eterologa della donna coniugata «scompare la certezza della prole, che il marito ha il diritto di pretendere»; riguardo poi al correo, esso può essere qualificato come «il datore o venditore di seme o chi pratica materialmente l'inseminazione».

In senso opposto, ovvero nel senso di ammettere la possibilità del marito della coppia di procedere all'azione di disconoscimento della paternità, si pronunciarono invece il Tribunale di Cremona nel 1994 e

embrioni e tessuti embrionali o fetali, nonché la produzione di embrioni ai soli fini di ricerca. Sono vietate pratiche di fecondazione assistita in studi, ambulatori o strutture sanitarie privi di idonei requisiti».

¹⁷² Secondo DOLCINI (*Fecondazione assistita e diritto penale*, cit., p. 31) le disposizioni contenute nel Codice di deontologia medica smentiscono quanti ritengono che prima della legge del 2004 l'Italia fosse una sorte di “*Far West*” della procreazione assistita, anche se, come noto, gli articoli del codice di deontologia medica non hanno valore legale, ma costituiscono solo un *corpus* di regole di autodisciplina vincolanti per gli appartenenti all'ordine dei medici, a pena di sanzioni disciplinari.

¹⁷³ Cfr. *infra* cap. V, par. 1.

¹⁷⁴ Trib. Padova, 16 febbraio 1959, in *Foro it.*, 1959, II, p. 81 s.

¹⁷⁵ Mentre la spermiosemina eterologa «attiene... alla genitorialità, essendo un fatto esclusivamente biologico non connesso alla libidine», l'adulterio ha come elemento costitutivo una «dualità necessaria di condotte convergenti, cioè aventi una direzione reciproca e condizionanti a vicenda».

in secondo grado la Corte d'appello di Brescia, ma successivamente intervenne la Suprema Corte che cassò entrambe le sentenze impugnate, ponendosi in linea con i precedenti pronunciamenti.

Il caso riguardava una coppia coniugata incapace di generare un figlio per *impotentia generandi* del marito che aveva deciso di comune accordo di sottoporsi alle metodiche di PMA eterologa. Il marito successivamente si era "pentito" del consenso prestato alla PMA ed aveva promosso *ex art. 235*, comma 1, n. 2 c.c. azione di disconoscimento della paternità.

Il Tribunale di Cremona¹⁷⁶, con sentenza del 17 febbraio 1994, affermò che l'azione in parola doveva essere ammessa sulla base dell'art. 235 c.c., a nulla rilevando il consenso prestato in precedenza e ciò «sia per l'inesistenza nel vigente ordinamento di una norma specifica che a tale consenso riconnetta l'esclusione dell'azione di disconoscimento; sia perché unico e imprescindibile presupposto di ogni rapporto giuridico di filiazione è il rapporto biologico di sangue; sia perché un consenso in tal senso, ammesso che equivalga a rinuncia preventiva a proporre azione di disconoscimento della paternità, sarebbe comunque inefficace, vertendo su di uno "status" personale e indisponibile».

Nello stesso senso del giudice cremonese si pronunciò poi la Corte d'appello di Brescia con la sentenza del 10 maggio 1995, che respinse l'appello presentato contro la decisione di primo grado, confermando così l'ammissibilità dell'azione di disconoscimento sostenuta da quest'ultimo con la motivazione che la riforma del diritto di famiglia ha stabilito la «supremazia del *favor veritatis* sul *favor legitimitatis*» con la «conferma del fattore biologico quale fondamento del rapporto di filiazione, avendo il legislatore perseguito un disegno di tendenziale "corrispondenza tra verità naturale e certezza formale" dello status di figlio». Dinanzi alla grave lacuna normativa, la Corte bresciana affermò, pertanto, che «... la possibilità che il rapporto di filiazione legittima prescindendo da un conforme rapporto biologico si riconnette a scelte del legislatore o a sentenze additive del Giudice della legge. Questo esclude una supplenza del giudice ordinario, che non potrebbe, senza stravolgere i suoi compiti istituzionali, introdurre una limitazione prevista dal *favor veritatis*, attraverso il riconoscimento della rilevanza giuridica del consenso prestato dal marito all'inseminazione artificiale eterologa della moglie».

La sentenza della Corte d'appello di Brescia venne poi impugnata davanti alla Corte di Cassazione, la quale, con ordinanza datata 18 settembre 1997, sospese il giudizio davanti a sé, essendo stata sollevata nel frattempo una questione di legittimità costituzionale da parte del Tribunale di Napoli innanzi alla Corte costituzionale sull'art. 235 c.c.

Il Tribunale partenopeo, dopo aver compiuto una lucida analisi delle questioni in gioco e fatte proprie le istanze etico-sociali prospettate dalla dottrina, aveva infatti ritenuto idonea e fondata la richiesta di porre la questione di legittimità costituzionale dell'art. 235 c.c., nella parte in cui precludeva l'azione di disconoscimento di paternità al padre che avesse consentito all'inseminazione eterologa della moglie¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Trib. Cremona, 17 febbraio 1994, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, c. 995 ss., con nota di FERRANDO, *Il "caso Cremona": autonomia e responsabilità nella procreazione*. Su questa vicenda si veda ampiamente la ricostruzione fatta da VIPIANA, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di procreazione medicalmente assistita prima e dopo la legge n. 40/2004*, in *Famiglia e diritto*, 2007, p. 91 ss.

¹⁷⁷ Il Tribunale di Napoli dubita della legittimità costituzionale dell'art. 235 c.c., in relazione agli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 della Costituzione, in quanto il primo comma, numero 2, consentirebbe di esperire l'azione per il

La Corte costituzionale con sentenza 26 settembre 1998 n. 347¹⁷⁸ dichiarò, però, inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 235 c.c. sollevata dal giudice napoletano, poiché, contrariamente a quanto sostenuto da quest'ultimo, la fecondazione artificiale eterologa non poteva a suo avviso essere equiparata alle ipotesi «tanto dissimili» (ovvero a quelle in cui la generazione del figlio deriva da un precedente rapporto adulterino), previste al fine del disconoscimento di paternità dall'art. 235 c.c., disposto che quindi non risultava applicabile alla suddetta fecondazione.

Benché l'estraneità della fattispecie oggetto del giudizio alla disciplina censurata comportasse l'inammissibilità della sollevata questione, dalla quale tuttavia emergeva una situazione di carenza dell'ordinamento, con implicazioni costituzionali, il giudice delle leggi sottolineava che occorreva «tutelare anche la persona nata a seguito di fecondazione assistita, venendo inevitabilmente in gioco plurime esigenze costituzionali non solo in relazione ai diritti e ai doveri previsti per la sua formazione, in particolare dagli artt. 30 e 31 Cost., ma ancor prima - in base all'art. 2 Cost. - ai suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità: diritti che è compito del legislatore specificare».

In maniera conforme all'interpretazione fornita dalla Consulta si è così pronunciata la Corte di Cassazione che, con sentenza del 16 marzo 1999 n. 2315¹⁷⁹, cassò la decisione del giudice bresciano, sancendo l'inammissibilità del disconoscimento della paternità sulla base del disposto contenuto negli artt. 2, 30 e 31 Cost. e del dovere di lealtà nei rapporti intersoggettivi, condividendo l'interpretazione fornita dal giudice delle leggi che aveva ritenuto che l'art. 235 c.c. non fosse applicabile all'ipotesi di fecondazione eterologa.

Per quanto concerne la maternità surrogata (anch'essa oggi, come noto, vietata dalla l. n. 40/2004), grande rilevanza ebbe la vicenda sottoposta al Tribunale di Roma a cui si rivolsero, con un ricorso *ex art.* 700 c.p., una giovane coppia, la cui donna soffriva di patologie irreversibili dell'apparato riproduttivo, e una donna disponibile ad accogliere la gestazione dell'embrione formato con i gameti dei coniugi, per superare la proibizione contenuta nel codice deontologico medico in ordine all'espletamento di tale pratica da parte degli operatori sanitari.

Il giudice romano, con un'ordinanza del 17 febbraio 2000¹⁸⁰, autorizzò la surrogazione, purché effettuata a titolo gratuito, ponendo a fondamento della sua decisione, da un lato la scissione fra la figura della madre genetica rispetto a quella gestazionale, aspetto discutibile alla luce dell'art. 269 c.c. in cui viene riconosciuta giuridicamente come madre colei che partorisce e, dall'altro, l'assolutezza del diritto

disconoscimento di paternità al marito che, affetto da impotenza nel periodo che va dal trecentesimo al centottantesimo giorno prima della nascita del figlio concepito durante il matrimonio, abbia dato il proprio consenso all'inseminazione artificiale eterologa della moglie. Il giudice *a quo* presuppone che nell'attuale sistema, stante il tenore letterale della disposizione in esame, al consenso prestato dal marito all'inseminazione eterologa della moglie non possa essere collegato alcun effetto preclusivo dell'azione di disconoscimento, ove ricorra una delle ipotesi (nel caso, impotenza a generare) previste dalla legge.

¹⁷⁸ In *Giur. cost.*, 1998, p. 2632, con commento di LAMARQUE, *La prima decisione della Corte Costituzionale sulle conseguenze dell'utilizzo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*.

¹⁷⁹ In *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1317.

¹⁸⁰ Cfr. *supra* nota 15.

procreativo inteso come inviolabile e preminente interesse allo svolgersi della personalità umana *ex art. 2 Cost.*

Egli in particolare affermò che «il contratto atipico di surrogazione di maternità con cui una donna si assume l'obbligazione di portare a termine una gravidanza per conto di una coppia che riceverà e terrà come proprio il neonato, persegue un interesse meritevole di tutela della coppia stessa all'autorealizzazione genitoriale, ed è valido se la madre "surrogata" non sia spinta da motivi di lucro, ma dall'intento solidale di soddisfare il bisogno di maternità di una donna alla quale per diversificati motivi sarebbe invece negato».

Questa decisione provocò come prevedibile reazioni molto ampie e di segno opposto: da quelle di matrice cattolica che trovavano aberrante la decisione e, in ogni caso, contraria al codice deontologico, nonché ai principi generali dell'ordinamento italiano¹⁸¹, a quelle del fronte laico che la salutavano positivamente come esempio di solidarietà femminile tra donne, determinato non da motivi di lucro, ma dall'intento di soddisfare il bisogno di maternità.

2. Le fonti internazionali.

Come vedremo meglio parlando dei differenti temi affrontati dalla legge n. 40/2004 sotto il profilo della legittimità costituzionale delle relative discipline, la situazione legislativa nei vari Stati europei è assai complessa e diversificata¹⁸², mancando un quadro giuridico unitario, dal momento che le diverse leggi proprie dei singoli Stati, oltre ad essere state adottate in tempi differenti¹⁸³, riflettono modelli costituzionali variegati¹⁸⁴.

Si auspica che anche in questa materia il legislatore europeo proceda presto ad una armonizzazione, almeno per quanto concerne gli aspetti più rilevanti, in quanto il fenomeno della PMA con il connesso fenomeno del turismo procreativo (di cui si parlerà nello specifico più avanti), almeno nel nostro Paese, presenta sempre maggiori profili di transnazionalità.

Di fronte ad un siffatto quadro normativo differente o, in alcuni Paesi, addirittura assente, alcune organizzazioni internazionali hanno così cercato di fissare una serie di linee-guida comuni.

¹⁸¹ In senso critico si veda il commento di GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, cit., p. 171 ss., secondo cui l'impianto nell'utero di una donna dell'ovulo fecondato artificialmente di un'altra donna fa sorgere inevitabilmente numerosi problemi giuridici per il conflitto, se non altro, tra la madre uterina e la madre biologica.

¹⁸² All'origine della mancanza di una disciplina internazionale organica stanno due fondamentali ragioni. La prima, di ordine generale, è che il diritto internazionale è in ritardo rispetto alla scienza e soprattutto alla tecnologia biomedica. La seconda è che la materia della riproduzione umana mal si presta per sua natura ad una normativa uniforme, poiché tocca aspetti delicati della vita e presenta implicazioni etiche, culturali e religiose. In questo senso cfr. CAMPIGLIO, *Procreazione assistita: regole italiane e internazionali a confronto*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2004, p. 532 ss.

¹⁸³ Il primo Paese a darsi una legge sulla fecondazione assistita, nel 1984, è stata la Svezia; l'ultima – venti anni dopo – l'Italia con un testo che, come abbiamo visto, raccoglie tutti i divieti possibili.

¹⁸⁴ Cfr. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 16 s.

In particolare, nell'ambito del Consiglio d'Europa, di cui fa parte anche l'Italia, ad opera del Comitato *ad hoc* di esperti sul progresso delle scienze biomediche (Cahbi) è stato elaborato e pubblicato nel 1989 un «Rapporto sulla procreazione artificiale umana», corredato di ventun principi alla cui redazione hanno collaborato anche Stati non membri (fra cui Australia, Canada e Stati Uniti, oltre alla Santa Sede) e altre organizzazioni internazionali (Comunità europea, Unesco, Organizzazione mondiale della sanità). Sebbene privi di valore vincolante questi principi, particolarmente attenti al rispetto della dignità umana, hanno ispirato tutti gli Stati europei che, a partire dagli anni Novanta, si sono dotati di una legislazione in materia di PMA¹⁸⁵.

La fonte internazionale di maggior rilievo in tema di PMA è senza dubbio la Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina (c.d. «Convenzione sui diritti umani e biomedicina») stipulata a Oviedo il 4 aprile 1997, successivamente integrata dal Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168 sul divieto di clonazione degli esseri umani¹⁸⁶, entrambi ratificati in Italia con la legge n. 145 del 2001¹⁸⁷, la quale delega anche il Governo ad emanare uno o più decreti legislativi recanti disposizioni per l'adattamento sull'ordinamento italiano ai principi della Convenzione.

Il principio generale che anima la Convenzione di Oviedo è contenuto nel suo art. 2, il quale prevede che «l'interesse e il bene dell'essere umano debbono prevalere sul solo interesse della società e della scienza», mentre all'art. 18 dedicato alla ricerca scientifica e in particolare alla ricerca degli embrioni *in vitro*, viene sancito esplicitamente il divieto alla formazione di embrioni umani a fini di ricerca, qualora le tecniche di fecondazione vengano impiegate con tale finalità selettiva.

Merita poi di essere menzionata la disposizione che vieta di discriminare una persona a causa del suo patrimonio genetico (art. 11), di utilizzare test genetici predittivi per fini diversi da quelli medici o di ricerca legata alla tutela della salute (art. 12), di intervenire sul genoma umano per finalità diverse da quelle preventive, diagnostiche o terapeutiche (art. 13), nonché di ricorrere a tecniche di assistenza alla procreazione per determinare il sesso del nascituro, se non allo scopo di evitare una grave malattia ereditaria legata al sesso (art. 14).

Vi sono poi numerose Raccomandazioni del Consiglio d'Europa in tema di impiego degli embrioni, di ricerca scientifica e di procreazione assistita.

In particolare rilevano la Raccomandazione 24 settembre 1986 n. 1046 del Consiglio d'Europa, relativa all'utilizzazione di embrioni e feti umani a fini diagnostici, terapeutici, scientifici industriali e commerciali e quella del 2 febbraio 1989 n. 1100, relativa alla ricerca scientifica su embrioni e feti umani.

¹⁸⁵ Sulle fonti internazionali della disciplina normativa in tema di PMA cfr. CAMPIGLIO, *Procreazione assistita: regole italiane e internazionali a confronto*, cit., p. 532 ss.

¹⁸⁶ L'art. 1 del Protocollo sancisce in termini perentori che «è vietato ogni intervento che ha lo scopo di creare un essere umano geneticamente identico a un altro essere umano vivo o morto».

¹⁸⁷ Legge 28 marzo 2001, n. 145 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina: Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, fatta a Oviedo il 4 aprile 1997, nonché del Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168 sul divieto di clonazione di esseri umani), pubblicata in G.U. il 24 aprile 2001.

Anche il Parlamento europeo si è pronunciato più volte su temi concernenti le applicazioni medicobiologiche e i loro risvolti bioetici. A partire dal 1988 sono, infatti, numerose le Risoluzioni del Parlamento europeo che possono essere ricordate:

- la Risoluzione A2-327/88 sui problemi etici e giuridici della manipolazione genetica (16 marzo 1989);
- la Risoluzione A2-372/88 sulla fecondazione artificiale *in vivo* e *in vitro* (16 marzo 1989)¹⁸⁸;
- la Risoluzione sulla tutela dei diritti umani e della dignità dell'essere umano in relazione alle applicazioni biologiche e mediche (20 settembre 1996)¹⁸⁹;
- la Risoluzione sulla clonazione di embrioni umani (28 ottobre 1993);
- la Risoluzione sulla clonazione (12 marzo 1997);
- la Risoluzione sulla clonazione umana (15 gennaio 1998);
- la Risoluzione B5-0710, 0751, 0753, 0764/2000 sulla clonazione umana (7 settembre 2000).

Vanno segnalate poi la direttiva 1998/44/CE¹⁹⁰ del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biologiche e la direttiva 2004/23/CE¹⁹¹ in tema di tecniche di procreazione selettiva *in vitro*, la quale detta *standard* di qualità e sicurezza in riferimento a cellule e tessuti umani che si applicano anche ai laboratori che svolgono le diagnosi su embrioni e gameti.

Infine, va menzionata la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. "Carta di Nizza"), il cui art. 3, dedicato all'integrità della persona, dopo aver ribadito l'esigenza di la volontà della persona, che deve per questo esprimere un consenso libero e informato (che può essere interpretato nel senso di includere anche le condizioni di salute dell'embrione) e il divieto di pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone, stabilisce un esplicito divieto alla clonazione riproduttiva degli esseri umani¹⁹².

¹⁸⁸ Circa il diritto del figlio, nato da tecniche di fecondazione *in vitro*, di poter avere e godere della doppia figura genitoriale, tale Risoluzione è particolarmente esplicita, stabilendo «quale criterio primario per disciplinare la materia, il diritto di autodeterminazione della madre ed il rispetto dei diritti e degli interessi del figlio, riassumibili nel diritto alla vita e alla integrità fisica, psicologica ed esistenziale, nel diritto alla famiglia, nel diritto alla cura dei genitori a crescere in un ambiente familiare idoneo [...]».

¹⁸⁹ Tale risoluzione ritiene «non auspicabile» la fecondazione eterologa e si ammette la crioconservazione degli embrioni a condizione che lo stato di salute della donna non consenta temporaneamente l'impianto e che la donna stessa si dichiari disposta ad accettarlo in seguito.

¹⁹⁰ L'art. 5, comma 1 di tale direttiva prevede che «il corpo umano, nei vari stadi della sua costituzione e del suo sviluppo, nonché la mera scoperta di uno dei suoi elementi, ivi compresa la sequenza parziale di un gene, non possono costituire invenzioni brevettabili», mentre all'art. 6 aggiunge che sono considerati non brevettabili in particolare i procedimenti di clonazione di esseri umani, di modificazioni dell'identità genetica germinate dell'essere umano, le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali.

¹⁹¹ Direttiva n. 2004/23/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani.

¹⁹² Dichiarazione dei diritti fondamentali dell'Unione europea, 2000/C 364701, art. 3, comma 2 secondo cui «nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati:[...] il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani».

3. L'iter parlamentare della legge n. 40/2004.

Sebbene la materia fosse al centro di un intenso e vivace dibattito parlamentare già dal 1958¹⁹³, l'adozione di una disciplina legislativa sul tema della fecondazione assistita è avvenuta solo parecchi anni dopo, ossia nel 2004.

Tale ritardo si spiega con la rigida e sterile contrapposizione, che ha per lunghi anni caratterizzato il nostro Paese, tra una concezione laica della bioetica, spesso di stampo liberistico, ed una visione confessionale che ha fatto proprie le posizioni del magistero della Chiesa cattolica, nonché probabilmente con il fatto che le forze politiche, per non entrare in conflitto con le gerarchie ecclesiastiche, hanno preferito rivolgere la propria attenzione a questioni meno scomode.

Nell'alternarsi delle diverse legislature gli opposti schieramenti, in parte trasversali ai gruppi politici presenti nelle assemblee elettive, non hanno rinunciato alle proposte più estreme, come l'apertura della PMA alle donne *single* o alle coppie omosessuali da una parte, il divieto assoluto di pratiche di tipo eterologo, nonché l'accesso alla fecondazione *in vitro* solo per coppie sposate dall'altro lato.

Premesso che il legislatore italiano aveva davanti a sé due diverse alternative: disciplinare la materia della PMA, oppure lasciare la situazione non regolamentata come era stato fatto per lungo tempo, va ricordato che al sorgere e allo svilupparsi del fenomeno egli evitò di intervenire un po' per inerzia, ma anche per meglio riflettere e valutare attentamente il fenomeno in atto¹⁹⁴.

Il problema della regolamentazione fu avvertito come urgente solo successivamente quando iniziarono a diffondersi pratiche assai dubbie dal punto di vista etico, quali la prassi dell'utero in affitto, la crioconservazione di embrioni e le possibili manipolazioni genetiche.

Così quando il legislatore, con notevole ritardo rispetto agli sviluppi scientifici già in atto da decenni e quando la prassi e il consenso su certe pratiche era già diffuso, mise fine alla sua inerzia, passando da un atteggiamento di forte permissivismo ad un intervento di natura proibizionista, numerose e dure furono le critiche provenienti non solo da parte del mondo medico e accademico, ma anche dalla stessa comunità sociale che fino ad allora aveva visto soddisfatta pressoché ogni istanza di genitorialità.

Per quanto riguarda l'iter della legge *de qua*, la prima proposta di legge fu presentata, dai parlamentari Gonella e Manco, il 25 novembre 1958. Essa, pur riferendosi solo al problema dell'inseminazione eterologa, costituisce tuttavia una proposta di grande rilievo in quanto già all'epoca si era individuato nel diritto penale lo strumento principe con cui affrontare le tematiche bioetiche. Tale disegno di legge prevedeva la reclusione fino ad un anno sia per la donna che si sottoponeva alla fecondazione eterologa, sia per il marito consenziente e il terzo donatore. In seguito, il medesimo disegno di legge fu riproposto il 18 settembre del 1963 e poi, nuovamente, il 29 maggio 1963. Si provò inoltre ad inserire la medesima fattispecie nella «Riforma del diritto di famiglia», entrata in vigore nel 1975.

¹⁹³ Per un esame approfondito dei lavori parlamentari che hanno portato all'approvazione della legge in commento si veda CASINI, DI PIETRO, CASINI, *La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 492 ss. e ancora CASINI, *Essere umano o cosa? Problema laico*, in *Notizie di Politeia*, 2005, p. 17 ss.

¹⁹⁴ In questi termini OLIVETTI, *Una disciplina che va nella giusta direzione*, cit., p. 50.

Tuttavia, essi rappresentarono solo tentativi, falliti anche in ragione della ancora scarsa attualità della materia¹⁹⁵.

L'approccio alla PMA iniziò a mutare solo nel 1978, quando nacque il primo bambino frutto di una fecondazione *in vitro*. Da quel momento in poi ci fu un continuo tentativo di elaborare una normativa organica in materia di procreazione medicalmente assistita.

A metà degli anni Ottanta cominciarono, infatti, ad essere presentati disegni di legge che non si limitavano a criminalizzare alcuni comportamenti, ma andavano a proporre normative coinvolgenti i vari rami dell'ordinamento giuridico (diritto civile, amministrativo, penale, ecc.), in modo da disciplinare la tecnica e tutte le sue conseguenze. Per la prima volta vennero presi in considerazione tutti gli interessi coinvolti: dai diritti della madre (il diritto alla salute e il diritto a procreare) a quelli del nascituro (diritto alla vita, diritto ad avere dei genitori, ecc.). Inoltre, quasi contemporaneamente o poco dopo, anche a livello europeo si pose il problema della procreazione medicalmente assistita e di tutte le pratiche ad essa correlate.

Da questo momento in poi furono inoltre promulgati numerosi atti a livello europeo¹⁹⁶, contenenti linee guida comuni ai diversi Stati membri.

La prima proposta di legge italiana risale al 22 novembre 1985; l'allora Ministro della Sanità aveva creato un'apposita commissione (Commissione Santosuosso) affinché trattasse, con la dovuta attenzione, le suddette problematiche. In realtà questo gruppo di lavoro formulò due proposte denominate «Norme sui procedimenti non naturali per la fecondazione col seme del marito» e «Norme sulla fecondazione artificiale umana sul trattamento di gameti ed embrioni».

La prima era suddivisa in tre sezioni: una dedicata ai principi fondamentali, una all'assistenza alla famiglia e all'inseminazione omologa e, infine, una terza contenente «altre disposizioni» concernenti i fenomeni più svariati. In questa terza parte si collocava l'art. 16 che prevedeva una serie di divieti: quello di realizzare embrioni per destinarli alla ricerca, di fare esperimenti su embrioni residui, di fecondare gameti umani con quelli di un'altra specie, di impiantare embrioni umani in altri esseri o viceversa, di clonare o di portare avanti una gestazione extracorporea. Vi era poi l'art. 17 che stabiliva il divieto di inseminazione artificiale in violazione delle regole prestabilite dagli artt. 6¹⁹⁷, 10¹⁹⁸ e 12¹⁹⁹, applicabile

¹⁹⁵ La materia non era in quel momento ancora attuale, in quanto, sebbene già si parlasse di fecondazione omologa ed eterologa, non si era ancora verificato un caso pratico.

¹⁹⁶ Cfr. il paragrafo precedente.

¹⁹⁷ «1. L'aspirazione dei coniugi alla fecondità deve essere efficacemente aiutata a realizzarsi. Su richiesta scritta di entrambi i coniugi, la donna coniugata può essere sottoposta all'inseminazione artificiale con seme proveniente dal marito o con l'impianto di embrioni ottenuti con gameti di entrambi i coniugi alle condizioni previste dalla presente legge. 2. Agli effetti della presente legge il prelievo di gameti di ambedue i coniugi, il loro trattamento e la loro collocazione nelle tube (GIFT) o nell'utero sono da considerare alla stregua dell'inseminazione artificiale».

¹⁹⁸ «È vietata l'utilizzazione di gameti dei coniugi, o di embrioni con essi realizzati dopo la morte di un coniuge o pronunce anche non definitive di scioglimento e annullamento del matrimonio, nello stato di separazione legale o di fatto, nonché nel caso dei relativi giudizi».

¹⁹⁹ «1. La fecondazione extracorporea, l'eventuale congelamento di ovociti ed il successivo impianto dell'embrione nell'utero della donna sono consentiti se necessari, ed alle stesse condizioni in cui è ammissibile la fecondazione artificiale. 2. Tale fecondazione, da effettuarsi, se non è possibile la GIFT, deve essere limitata al

anche per i fatti commessi all'estero²⁰⁰. Infine rivestiva particolare interesse l'art. 18 con il quale si voleva introdurre un divieto particolare di sperimentazione embrionale caratterizzato da un dolo specifico: si trattava della sperimentazione a scopo industriale²⁰¹.

La seconda proposta risultava, invece, più complessa. Essa era composta da nove sezioni: una dedicata ai principi fondamentali, una all'assistenza alla famiglia e agli organi di controllo, una alle disposizioni comuni ai procedimenti artificiali, una ai procedimenti non naturali per la fecondazione con gameti dei coniugi, una alle facilitazioni ai fini dell'adozione, una ai procedimenti non naturali di fecondazione con gameti dei donatori, una sezione dedicata alla disponibilità di gameti, embrioni e bambini, l'ottava dedicata allo stato delle persone e, infine, la nona alle sanzioni.

Come per la proposta precedente, vi era un articolo, il 35, che si proponeva di vietare gli esperimenti su embrioni²⁰². Inoltre prospettava una maggiore diversificazione dal punto di vista sanzionatorio; alla sezione IX vi erano, infatti, tre articoli: uno dedicato ai delitti, uno alle aggravanti e uno alle contravvenzioni. Il divieto di fare esperimenti rientrava tra i delitti²⁰³ e in questo caso le disposizioni penali avrebbero dovute applicarsi anche a coloro che avevano commesso il reato all'estero²⁰⁴. Infine, si prevedeva, come circostanza aggravante, la sperimentazione su embrioni, vivi o morti, a scopo industriale.

Entrambe le proposte, come le precedenti, non ebbero però successo.

In seguito, nel 1985, come già detto, il Ministero della Sanità emanò una circolare in materia di inseminazione artificiale²⁰⁵. Una successiva circolare del 27 aprile 1987 venne poi diretta ai presidenti delle giunte regionali, alla federazione nazionale degli ordini dei medici, alla società italiana di fertilità e sterilità e ad altre associazioni operanti nel campo. Essa fu integrata da un ulteriore circolare, la n. 17 del 10 aprile 1992, il cui scopo era quello di salvaguardare la salute della donna, nonché quella del nascituro, dalla trasmissione di malattie veneree, dal momento che molteplici centri praticavano la fecondazione eterologa.

numero di embrioni strettamente utile per il successo dell'impianto e gli embrioni positivamente realizzati devono essere trasferiti in utero».

²⁰⁰ «Le disposizioni precedenti si applicano anche se il fatto è commesso all'estero».

²⁰¹ « Chiunque compie esperimenti su embrioni vivi o utilizza embrioni anche morti a scopo industriale è punito con la reclusione fino a sei anni e con la multa fino a trenta milioni di lire».

²⁰² L'unica differenza stava nel fatto che l'art. 16 della prima proposta vietava qualsiasi sperimentazione e qualsiasi strumentalizzazione dell'embrione umano; invece la seconda proposta eliminava la parola "strumentalizzazione" e inseriva "commercializzazione".

²⁰³ Infatti, l'art. 39 prevedeva che «salvo che il fatto non integri gli estremi del reato più grave, è punito con la pena della reclusione fino a due anni e con la multa fino a lire trenta milioni: f) chiunque compie esperimenti su embrioni vivi a scopo scientifico o medico».

²⁰⁴ Art. 39, comma 3 secondo cui «le disposizioni precedenti si applicano anche se il fatto è commesso in territorio estero».

²⁰⁵ Con essa si stabiliva che i soggetti che potevano usufruire della fecondazione dovevano essere solo coniugi e non separati, era ammessa la sola fecondazione omologa e doveva escludersi la fecondazione di oociti in numero superiore a quello destinato all'immediato trasferimento in utero; infine era vietata la conservazione di embrioni a scopo industriale, di ricerca o di successivo trasferimento. Cfr. *supra* nota 162.

Invero il 22 dicembre 1988 fu presentata la proposta di legge n. 3486²⁰⁶ contenente solo disposizioni penali²⁰⁷. Essa appariva di particolare interesse per tre diverse ordini di ragioni. Innanzitutto prevedeva un *dies a quo* a partire dal quale si poteva parlare di embrione, inoltre suggeriva una responsabilità penale molto incisiva con l'introduzione di sanzioni penali sia per le condotte commesse con dolo che con colpa e, infine, si proponeva di tutelare l'embrione sia mediante la previsione di reati di danno (divieto di soppressione, lesione, alterazione genetica e predeterminazione dei caratteri dell'embrione) che di pericolo (divieto di produzione di embrioni non destinati alla nascita, clonazione e fecondazione interspecifica).

Anch'essa, tuttavia, non fu approvata anche se fu ripresentata il 22 maggio 1992 al Senato (ddl. n. 255) e l'8 giugno 1992 alla Camera dei Deputati (pdl n. 968), ma anche questa volta senza successo.

Successivamente, il 25 ottobre 1991, la Commissione Pagliaro elaborò il «Testo del disegno di legge sulla delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione di un nuovo codice penale parte generale e parte speciale»²⁰⁸.

In tale proposta risultavano di particolare interesse i seguenti aspetti: innanzitutto si voleva spostare la categoria dei reati contro la persona nel Libro I della parte speciale del codice penale, inoltre si voleva arricchire il catalogo dei delitti contro la persona con nuove fattispecie²⁰⁹. Nello specifico si voleva prevedere il Titolo III, dedicato ai reati contro la gestazione, nel quale fare rientrare i reati di aborto, embrionicidio²¹⁰ e inseminazione artificiale. Si voleva inoltre inserire il Capo III, dedicato ai reati contro l'identità genetica e il Capo IV, dedicato ai reati contro la dignità della maternità, entrambi rientranti nel Titolo IV, intitolato «Dei reati contro la dignità dell'essere umano». Il primo Capo avrebbe dovuto ricomprendere la selezione genetica, la clonazione, l'ibridazione e l'alterazione genetica; invero nell'altro sarebbero state inserite la gestazione extra-materna, la gestazione dell'embrione umano in utero animale o viceversa e la contrattazione a fini procreativi.

²⁰⁶ Essa è il risultato di una petizione, presentata nel 1987, con la quale oltre due milioni e mezzo di cittadini chiesero il rispetto della vita nascente e di quella morente. Si veda CASINI, DI PIETRO, CASINI, *La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 492.

²⁰⁷ Si veda EUSEBI, *Un'ipotesi legislativa per la tutela dell'embrione umano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 764 ss.

²⁰⁸ Per la lettura completa del «Testo del disegno di legge sulla delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione di un nuovo codice penale parte generale e parte speciale» si veda il sito internet <http://www.giustizia.it/giustizia/it>.

²⁰⁹ Cfr. Commissione Pagliaro - per l'elaborazione di uno schema di delega per un nuovo codice penale (8 febbraio 1988) – Relazione (25 ottobre 1991), in <http://www.giustizia.it>, dove si dice che «la sistematica ed il contenuto della categoria dei reati contro la persona sono stati ricostruiti in base al principio personalistico, il quale, sancendo il primato, nella gerarchia dei valori, dei beni fondamentali della persona come beni-fine [...] ha comportato: [...] la introduzione di una serie di nuovi reati; offensivi di beni emergenti della persona [...]».

²¹⁰ La Relazione della Commissione Pagliaro specificava che tale reato poteva riguardare «[...] gli embrioni ottenuti mediante fecondazione in vitro o il prelievo dalla donna prima dell'annidamento, che possono essere uccisi, lasciandoli semplicemente morire o sopprimendoli, dopo o a causa dell'effettuazione di esperimenti o delle ricerche scientifiche; o perché prodotti in numero superiore a quello necessario per l'impianto fecondante nella donna o perché da questa successivamente rifiutati o per morte della medesima; oppure perché utilizzati in una produzione industriale; nonché la fattispecie della produzione o utilizzazione di embrioni umani per fini diversi dalla procreazione, sussidiaria a quella dell'embrionicidio».

In seguito furono formulate nuove proposte che, sulla scia della Commissione Santosuoso, si proponevano anch'esse di regolare la materia sotto ogni punto di vista.

Dapprima, la Commissione permanente Igiene e Sanità del Senato elaborò il ddl. n. 1150 del 29 marzo 1995, che decadde però con la fine della legislatura. Un'altra proposta venne presentata dal Movimento per la vita nel 1995 («Proposta di legge di iniziativa popolare per il riconoscimento di personalità giuridica a ogni essere umano e conseguente modifica dell'art. 1 del codice civile»); successivamente la Commissione di studio sulla bioetica presentò nel 1996 uno schema di proposta di legge intitolata «Proposta di legge sulla fecondazione artificiale».

Accanto alle seguenti proposte di legge, tra gli anni Novanta e fino al 2003, si sviluppò un'intensa attività ministeriale²¹¹, che si rivelò sicuramente più efficace delle pregresse proposte, sprovviste di rilevanza giuridica. Tuttavia anche tali provvedimenti ministeriali, pur contemplando dei divieti espressi relativamente ad alcune pratiche bioetiche²¹², erano per loro natura frammentari, facendo avvertire, secondo alcuni²¹³, un vuoto «legislativo» nella materia.

Infine, merita di essere menzionato, a conclusione di questa breve rassegna storica, anche se cronologicamente non è l'ultimo provvedimento adottato in materia, il «Testo unico delle proposte di legge sulle tecniche di procreazione assistita»²¹⁴. Tale proposta, che fu presentata il 14 luglio 1998 ed era la sintesi di ben diciassette disegni di legge formulati tra il 1996 e il 1997, prevedeva una notevole liberalizzazione delle PMA (in particolare favoriva la pratica della fecondazione sia omologa che eterologa, purché si trattasse di una coppia stabile e con età inferiore ai cinquantadue anni).

Al contrario era vietata la sperimentazione sull'embrione umano, salvo per finalità terapeutiche, la clonazione, la selezione degli embrioni a scopo eugenetico, interventi di scissione precoce e di ectogenesi, la fecondazione interspecie e la maternità surrogata. Tuttavia, la Camera dei deputati apprestò importanti modifiche al testo e in seguito, una volta approvato, passò al Senato dove però venne riproposto il testo nella sua prima stesura, antecedente al vaglio della Camera dei deputati. La legislatura giunse così a termine e il progetto, ancora una volta, decadde.

La storia non finì qui: con la XVI Legislatura si cercò, nuovamente, di arrivare ad una soluzione. Ancora una volta si dovette comporre una sintesi degli innumerevoli progetti di legge proposti (sedici per

²¹¹ Ordinanza ministeriale 5 marzo 1997 sul «Divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti e embrioni umani»; ordinanza ministeriale 5 marzo 1997 sul «Divieto di pratiche di clonazione umana o animale»; ordinanza ministeriale 4 giugno 1997 sulla «Proroga dell'efficacia dell'ordinanza ministeriale 5 marzo 1997 concernente il divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani»; ordinanza ministeriale del 25 luglio 2001 sul «Divieto di importazione ed esportazione di gameti o embrioni umani»; ordinanza del 10 dicembre 2003 sulla «Proroga dell'efficacia dell'ordinanza concernente il divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani e dell'ordinanza concernente il divieto di importazione ed esportazione di gameti o embrioni umani»; ordinanza del 26 novembre 2003 sulla «Proroga dell'efficacia dell'ordinanza concernente il divieto di pratiche di clonazione umana».

²¹² Si noti che il divieto non aveva natura penale, in quanto, come noto, nel nostro ordinamento vige una riserva di legge assoluta tale per cui solo la legge può stabilire il precetto e la relativa sanzione (art. 25, comma 2 Cost. secondo cui «nessuno può essere punito se non in forza di una legge»).

²¹³ CASINI, CASINI, DI PIETRO, *La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 491.

²¹⁴ Per un'analisi approfondita di tale proposta si veda LOSAPPIO, *Bioetica e diritto penale. Le disposizioni penali del testo unico delle proposte di legge sulle tecniche di procreazione assistita*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 596 ss.

l'esattezza). Alla fine prevalse il testo approvato dalla Camera nella precedente legislatura con qualche cambiamento.

4. *La legge 19 febbraio 2004 n. 40 contenente «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita». Finalità e principi ispiratori.*

Come si è detto, dopo un *iter* particolarmente complesso e sofferto, sorretto da una maggioranza trasversale²¹⁵ (a testimonianza della complessità della materia connotata da una rilevante componente morale ed etica²¹⁶, nonché del fatto che i valori cattolici sposati dalla legge non erano unanimemente condivisi nella società italiana di quegli anni)²¹⁷, il 19 febbraio 2004 è stata approvata dal Parlamento la legge sulla procreazione medicalmente assistita, la quale va così a chiudere un *iter* legislativo durato oltre vent'anni.

Tale normativa è entrata in vigore il 10 marzo 2004 ed è composta da diciotto articoli suddivisi in sette capi ed è stata successivamente attuata e integrata da una serie di atti non legislativi, le Linee guida²¹⁸, emanate ai sensi dell'art. 7 della medesima legge e alcuni decreti ministeriali²¹⁹.

Per quanto concerne la struttura della legge nel capo I (artt. da 1 a 3) sono enunciati i principi generali e in particolare, all'art. 1, le finalità della normativa. Nel capo II (artt. 4 e 7) vengono esposti i requisiti oggettivi e soggettivi richiesti per poter accedere alle tecniche di PMA, mentre il capo III (artt. 8 e 9) concerne le disposizioni sulla tutela del nascituro. Il capo IV (artt. 10 e 11) è volto, invece, alla regolamentazione delle strutture in cui si possono praticare le tecniche di PMA con la previsione dell'istituzione del registro per le strutture autorizzate. Il capo V (art. 12) prevede, anche se solo in parte, le sanzioni per la violazione dei precetti di cui alla legge, distinte in sanzioni amministrative e sanzioni penali, oltre a sanzioni accessorie. Ulteriori sanzioni sono poi previste anche negli art. 13 e 14.

²¹⁵ Lo schieramento trasversale era dovuto al fatto che, da un lato, una parte, seppur esigua, dell'allora maggioranza parlamentare si era posta risolutamente contro le nuove norme, mentre, dall'altro, una forza di notevole peso dell'opposizione, La Margherita, si era schierata a favore di esse.

²¹⁶ Il vivacissimo dibattito politico e popolare che ha accompagnato la nascita della legge è proprio di tutte le questioni di rilevanza etica che arrivano all'attenzione del legislatore (si pensi all'esposizione del crocifisso nelle aule di scuola o all'eutanasia).

²¹⁷ Così DOLCINI, *La legge sulla procreazione assistita: quali prospettive dopo il referendum del 12 giugno 2005?*, cit., p. 104.

²¹⁸ Cfr. *supra* nota 153.

²¹⁹ Ossia, il già citato decreto del Ministero della Salute del 4 agosto 2004 contenente «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita», in G.U. n. 200 del 26 agosto 2004, p. 7; il decreto del Ministro della Salute del 9 giugno 2004 sull'«Individuazione dei criteri di ripartizione delle somme di cui all'art. 18 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita», in G.U. n. 229 del 29 settembre 2004, p. 14; il decreto del Ministro della salute e del Ministro della Giustizia del 16 dicembre 2004 n. 336, contenente il «Regolamento recante norme in materia di procreazione medicalmente assistita», in G.U., n. 42 del 21 febbraio 2005, p. 15 ss.; e, infine, il decreto del Ministro della salute del 7 ottobre 2005 sull'«Istituzione del registro nazionale delle strutture autorizzate all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, degli embrioni formati e dei nati a seguito dell'applicazione delle tecniche medesime», in G.U. n. 282 del 3 dicembre 2005, p. 3 ss.

Il capo VI (artt. 13 e 14) detta poi le norme a tutela degli embrioni, vietando la sperimentazione su di essi e dettando limiti all'applicazione delle tecniche di PMA. Infine, il capo VII (artt. 15, 16, 17 e 18) detta le disposizioni finali e transitorie.

Tuttavia, dal momento che tale normativa non è mai riuscita a riscuotere un consenso generalizzato, già all'indomani della sua emanazione, il confronto si è fatto nuovamente aspro, sia all'interno delle aule del Parlamento sia al di fuori di esse e numerosi sono stati i progetti di legge di parziale modifica presentati già nel 2004²²⁰.

Il legislatore del 2004, infatti, troppo preoccupato di affermare le ragioni dei vincitori, non ha saputo operare un corretto bilanciamento fra gli interessi in gioco potenzialmente in conflitto, pur se molti settori della letteratura giuridica lo avevano invitato ad assumere un atteggiamento dialogante e di negoziazione, in quanto in uno Stato democratico e pluralistico come il nostro le scelte in tema di biodiritto possono essere effettuate soltanto con l'ausilio dei contributi provenienti dai diversi punti di vista etico-culturali e religiosi presenti nella società²²¹.

Il Parlamento avrebbe dovuto assolvere ad un compito oggettivamente grave, come sottolineato da numerose raccomandazioni e risoluzioni degli organismi sovranazionali, dovendosi raggiungere un giusto equilibrio tra interessi facenti capo a soggetti diversi, salvaguardando il principio di laicità e il pluralismo di valori²²².

Come si vedrà nel corso della trattazione, alla nuova legge va il non invidiabile primato di costituire la normativa più restrittiva fra quelle presenti in Europa; ponendo limiti estremamente severi alle nuove tecnologie riproduttive, essa prospetta, come già detto, problemi di compatibilità con svariati diritti costituzionalmente tutelati: dalla salute della donna, all'autonomia delle coppie nelle loro scelte personali, fino al diritto alla ricerca scientifica, e all'autonomia del medico nelle scelte terapeutiche e altri ancora²²³.

In diversi punti la l. n. 40/2004 appare poi difficilmente compatibile con i principi generali del diritto penale, in particolare con i principi di precisione-tassatività, di riserva di legge, di offensività e di sussidiarietà. Attriti evidenti emergono anche e soprattutto dal punto di vista della ragionevolezza, corollario del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.: ciò rileva, ad esempio, con riferimento alla disciplina dell'aborto per la disparità di tutela tra il feto e l'embrione, fra quest'ultimo e la donna, nonché per quanto concerne la proporzionalità delle sanzioni.

Il punto più critico, a parere di chi scrive, sta nell'assoluta preminenza che la legge attribuisce alla posizione dell'embrione tutelato in misura ben maggiore dello stesso feto, una volta che la gravidanza si è instaurata, nonché della stessa donna, nonostante la Consulta abbia affermato che «il diritto alla salute della madre, che è già persona, prevale su quella del concepito, che persona ancora deve diventare»²²⁴.

²²⁰ Si veda ad esempio il progetto di legge S. 3022 presentato il 6 luglio 2004, in <http://www.senato.it>, che prevedeva l'accesso alla PMA anche da parte delle coppie fertili portatrici di malattie genetiche, nonché la liceità della PGD.

²²¹ CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 416.

²²² ID., *ibidem*.

²²³ In questo senso FERRANDO, *Come cambiare una legge ingiusta*, cit., p. 51.

²²⁴ Vedi *infra* nota 100.

In questo contesto è dubbia anche la reale effettività della normativa in esame, intendendo con questa espressione l' idoneità della norma penale al raggiungimento del suo scopo di deterrenza rispetto alle condotte offensive del bene giuridico (nel caso l'embrione). Questo dubbio è alimentato, come meglio si dirà nel proseguo, dalla vigente disciplina dell'aborto, a cui peraltro la legge si richiama più volte, che rende inutile nei fatti la tutela apprestata all'embrione.

Anche la tecnica utilizzata dal legislatore si espone a diverse censure, non essendo unitaria: essa, infatti, utilizza sia le clausole generali, sia la tecnica casistica, oltre che concetti tecnici extragiuridici non definiti normativamente.

I problemi interpretativi degli elementi di tipo tecnico (quali quelli derivanti dall'interpretazione di concetti attorno ai quali non si è ancora formato un consenso consolidato e diffuso all'interno della comunità scientifica), oltre al fatto di essere molteplici, sono altresì accentuati dal carattere casistico e analitico della nuova disciplina. La tecnica casistica, infatti, solo in apparenza esalta la precisione della fattispecie, mentre in realtà, attraverso l'elencazione minuziosa di tutti i possibili oggetti in concreto della fattispecie, frammenta il precetto in una serie di ipotesi che rischiano di renderne indecifrabile il contenuto²²⁵.

Come è stato sottolineato l' analiticità della l. n. 40/2004 non significa tanto "precisione", finalizzata a sottrarre spazio alle scelte politiche dell'interprete e, *in primis*, alla scelte politiche del giudice, come è doveroso in materia penale, ma esprime piuttosto la volontà legislativa di predeterminare rigidamente le linee di intervento del medico, a costo di cristallizzare uno stato dell'arte destinato ad evolversi, come è auspicabile in tempi brevi²²⁶.

Per quanto riguarda, invece, le finalità che la legge si propone di conseguire, l'art. 1, comma 1, dispone che la procreazione medicalmente assistita è consentita al fine di superare le condizioni di sterilità o di infertilità e solo alle condizioni e secondo le modalità previste dalla stessa legge.

Tale articolo delimita così preliminarmente il campo entro il quale è consentito ricorrere alle tecniche di PMA, definita dalle condizioni e dalle modalità previste dalla legge e al contempo pone anche un limite interno costituito dalla finalità di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana».

Il principio di sussidiarietà contenuto nel comma 2 dell'art. 1 viene poi ribadito nel successivo art. 4, che, ponendosi come la specificazione di quest'ultimo, prevede che «il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito *solo* quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico, nonché ai casi di sterilità o infertilità da causa accertata e certificata da atto medico».

Dalla lettura dell'art. 1, comma 2, emergono subito due aspetti di cui occorre dare conto.

²²⁵ BELLINA, *Il divieto di diagnosi preimpianto: profili penali*, in *Famiglia e diritto*, 2007, p. 1156 ss.

²²⁶ DOLCINI, *Embrione, pre-embione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 471 s.

In primo luogo, consentendo il ricorso alle tecniche di PMA «qualora non vi siano altri metodi efficaci»²²⁷, il legislatore subordina la liceità di queste ultime alla loro applicazione terapeutica²²⁸, nel senso la PMA rappresenta una terapia, o, meglio, l'ultima terapia, possibile per risolvere l'infertilità o la sterilità²²⁹, nonostante quest'ultima sia in realtà sprovvista di carattere curativo, in quanto con essa ci si limiterebbe ad aggirare la causa di sterilità o infertilità, senza tuttavia curarla.

In altre parole, la procreazione artificiale viene prevista dalla legge quale metodo di cura della patologia della sterilità e non anche come libera scelta dell'individuo in ragione di una sua libera autodeterminazione.

Si tratta di scelte non affatto scontate: come è stato autorevolmente sostenuto²³⁰, non è, infatti, affatto pacifico che si debba precludere il ricorso alla PMA nei casi in cui la coppia non sia sterile, ma portatrice di gravi malattie potenzialmente trasmissibili al nascituro, oppure la coppia sia sì sterile, ma in grado di rimuovere la causa della sterilità attraverso interventi chirurgici dall'esito incerto o altamente invasivi.

Si tratta, come è stato osservato²³¹, di una «scelta non solo antiquata, ma anche opinabile rispetto ai dettami della scienza medica, la quale spesso ritiene la fecondazione artificiale non una terapia ma una scelta, come nel caso delle coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili che sono però fertili e intendono con le tecniche di PMA evitare di trasmettere al nascituro queste ultime».

Autorevole dottrina si è quindi posta il seguente interrogativo: «se procreare è un bene e se la tecnica non è di per sé cattiva, perché allora ci si è chiesto mettere limiti alla PMA?» E perché «a parole si dichiara che la tecnica è buona, ma poi invece di vederla come un aiuto a chi ha difficoltà di procreare e un'opportunità, la si presenta come una “stampella” da utilizzare solo in via residuale»?²³².

La risposta a questi interrogativi e, dunque, in ultima analisi alla scelta del legislatore di considerare la procreazione artificiale come *ultima ratio*, è da ricercare ancora una volta nel carattere ideologico della disciplina contenuta nella legge (in particolare nell'art. 1 comma 2, nonché nell'art. 4 comma 1), che conferisce valore primario all'atto della procreazione con conseguente implicita contrarietà allo strumento della fecondazione assistita per la dissociazione propria di quest'ultima fra l'atto coniugale e la procreazione.

²²⁷ Metodi farmacologici (quali ad esempio la somministrazione di ormoni per indurre l'ovulazione altrimenti assente) o chirurgici (come l'intervento di microchirurgia in caso di patologia tubarica).

²²⁸ La natura specificatamente terapeutica delle tecniche di PMA è stata confermata dalla Cassazione che ha rigettato la pretesa di un detenuto il quale aveva chiesto di poter accedere ad esse solo per il fatto di non poter avere rapporti con la *partner*. Lo stato di lontananza non è infatti equiparabile, secondo la Corte, all'esistenza delle patologie indicate (Cass. pen., sez. I, 10 maggio 2007 n. 20673).

²²⁹ Nella legge c'è una continua insistenza (artt. 1, 4, 5, e 6) sul fatto che il ricorso alla PMA è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici o quando non sia possibile rimuovere altrimenti le cause di sterilità o di infertilità. Questo aspetto emergerebbe anche dal fatto che viene affermato che l'adozione è ritenuta preferibile alla fecondazione assistita, e che è consentita l'obiezione di coscienza degli operatori sanitari, possibilità che non trova giustificazione se si ragiona in termini di normale pratica clinica.

²³⁰ V. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, cit., p. 78 s.

²³¹ Cfr. CELOTTO, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione*, cit., p. 27.

²³² Cfr. MORI, *Sulla legge 40/2004, la legge cattolica per la procreazione assistita nelle attuali circostanze storiche*, in *Notizie di Politeia*, 2005, p. 88.

Pur essendo condivisibile il fatto che sia da privilegiare la procreazione naturale, una normativa improntata a ragionevolezza dovrebbe tuttavia consentire il ricorso alla tecnica assistita anche quando non vi siano altri metodi efficaci, ovvero ve ne siano, ma siano di lunga durata e soprattutto siano pericolosi o dolorosi per la donna, perché in caso contrario si profilerebbe una violazione non solo con la legge n. 194/1978, ma ancora prima con l'art. 32 Cost.²³³. La limitazione nell'accesso stesso alle tecniche presenta, quindi, profili di incompatibilità con il canone della ragionevolezza (avendo il legislatore utilizzato la propria discrezionalità per una scelta tecnicamente opinabile), con la libertà personale intesa come libertà di autodeterminarsi ex art. 13 Cost. e con il diritto alla procreazione.

In secondo luogo, la disposizione contenuta nel comma 1 dell'art. 1, consentendo il ricorso al protocollo di PMA al fine di superare le condizioni di sterilità o di infertilità, limita l'accesso alle tecniche stesse a coloro che non abbiano altra via per procreare, escludendo così implicitamente i soggetti fertili, ma portatori di gravi malattie genetiche trasmissibili alla prole²³⁴ e dando vita al contempo ad una singolare disparità tra le coppie portatrici di malattie genetiche²³⁵. Infatti, solo quelle "doppiamente sfortunate" in quanto non solo portatrici della malattia, ma anche sterili, possono ricorrere alle tecniche sperando di avere un figlio sano²³⁶; mentre le coppie non sterili, affette da malattia genetica, possono optare tra la procreazione naturale, con i rischi che ne derivano, e l'istituto dell'adozione, dal momento che *tertium non datur*.

Tale considerazione (che evidenzia come l'accesso ad un trattamento sanitario sia riservato ad una categoria di persone in ragione di una mera condizione personale, ossia lo stato di fertilità²³⁷) permetterebbe da sola di ritenere incostituzionale la disposizione *de qua* per contrasto con il combinato disposto di cui agli artt. 3 comma 1 e 32 Cost. La situazione è, infatti, identica in entrambi i casi e, come tale, avrebbe dovuto essere identicamente regolata, ma di ciò si darà conto ampiamente nel proseguo della trattazione.

Le tecniche di PMA devono inoltre essere applicate secondo il principio di gradualità: una volta accertate le condizioni di accesso alle tecniche di PMA, il medico dovrà optare per quelle meno gravose secondo quanto disposto dall'art. 4, comma 2, lett. a) richiamato dall'art. 1, comma 1, al fine di evitare il ricorso a interventi aventi un maggior grado di invasività sul piano tecnico e psicologico per i destinatari.

Sulla necessità di procedere gradualmente dal metodo meno invasivo a quello più invasivo sono state, tuttavia, sollevate diverse critiche da illustri esponenti del campo medico, i quali²³⁸ giustamente sostengono l'inutilità di tale progressione nei casi in cui emerga evidente sin dall'inizio l'irreversibilità

²³³ Così DOGLIOTTI, *La legge sulla procreazione assistita: problemi vecchi e nuovi*, in *Famiglia e diritto*, 2004, p. 118.

²³⁴ Così BUZZI, TASSI, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 117.

²³⁵ Cfr. *infra* cap. IV.

²³⁶ Il supposto divieto di eseguire indagini preimpianto e l'obbligo di trasferire tutti gli embrioni prodotti rende, tuttavia, anche in tal caso, il ricorso alle tecniche scarsamente efficace.

²³⁷ Si opera così una discriminazione tra cittadini sulla base di una condizione personale in violazione dell'art. 3 Cost. cfr. VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., p. 65.

²³⁸ Per tutti si veda FLAMIGNI, *Appunti sulle tecniche di procreazione assistita*, in SANTOSUOSSO (a cura di), *Le tecniche della biologia e gli arnesi del diritto*, Pavia, 2003, p. 138.

della sterilità soprattutto in soggetti non più giovani, sebbene tali tecniche presentino un grado più elevato di invasività dal punto di vista fisico e psicologico.

La legge in esame non contempla comunque sanzioni qualora si ricorra alle tecniche di PMA in assenza della condizione di sterilità o dell'infertilità, oppure nel caso in cui le stesse vengano praticate senza osservare il criterio della gradualità²³⁹. Apprezzabile risulta la scelta di non sanzionare il mancato rispetto del principio di sussidiarietà²⁴⁰, sia perché i termini sterilità e infertilità sono carenti sotto il profilo della tassatività, a sua volta corollario del principio di legalità²⁴¹, sia perché lo stesso requisito oggettivo che legittima l'accesso alla PMA dipende da una autodichiarazione della coppia, impossibile da smentire, alla quale il medico non potrà che attenersi, a conferma, ancora una volta, del carattere solo ideologico della disciplina²⁴².

La legge afferma poi di avere come ulteriore finalità quella di assicurare i diritti di tutti i soggetti coinvolti nelle tecniche di PMA, «compreso il concepito»²⁴³, al quale viene così espressamente riconosciuta per la prima volta la soggettività giuridica²⁴⁴.

La tutela della vita prenatale, nell'essere oggetto di una declatoria iniziale con un apparente riconoscimento della soggettività del concepito, è però in contraddizione con quanto contenuto nell'art. 1 c.c.

²³⁹ Per quanto concerne il principio di sussidiarietà, il rinvio dell'art. 5 al comma 1 dell'art. 4 (e dunque alla condizione di sterilità o infertilità) non sembra consentire l'applicabilità della sanzione prevista dal comma 2 dell'art. 12; l'ambito di applicazione di tale articolo pare, infatti, strettamente circoscritto alla mancanza dei requisiti testualmente richiamati dall'art. 5, tra cui non rientrano gli stati patologici previsti dalla legge. La scelta di non sanzionare il mancato rispetto del principio di sussidiarietà ha trovato consensi in quanti sottolineano che i concetti di sterilità e infertilità sono carenti sotto il principio di tassatività. Così CANESTRARI, *La disciplina della procreazione medicalmente assistita, L. 19-2-2004, N. 40*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la vita e l'incolumità personale*, a cura di CADOPPI, CANESTRARI, MANNA., PAPA, Torino, 2008, p. 626 s.

²⁴⁰ Nel corso dei lavori preparatori (art. 4, comma 1 del Testo unificato del 1998) era invece stata prospettata la pena della reclusione da due a cinque anni, congiuntamente ad una multa, a tutela del bene giuridico della naturalità della procreazione. Si vedano a questo riguardo le osservazioni critiche di CANESTRARI, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita?*, cit., p. 62 ss.

²⁴¹ CANESTRARI, *Legge 40: procreazione e punizione*, in *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, (a cura di) CAMASSA, CASONATO, Trento, 2005, p. 74 sottolinea «le difficoltà di tipizzare i presupposti patologici o fisiologici per accedere alle metodiche di PMA: in sede scientifica permangono invero divergenze significative sulle nozioni di sterilità e di infertilità».

²⁴² Nel corso dei lavori preparatori della l. n. 40/2004 si era invece prospettata – con il Testo Unificato 1998 – la configurazione come delitto (punito con la reclusione da 2 a 5 anni) dei trattamenti di PMA praticati nei confronti di soggetti non sterili né infertili.

²⁴³ Già la legge n. 194/1978 poneva la tutela del concepito assieme a quella della salute della gestante tra le finalità che essa intendeva perseguire: «lo Stato riconosce il valore sociale della maternità, tutela la vita umana fin dal suo inizio, e conseguentemente si impegna, attraverso la rete dei consultori familiari, ad informare la donna dei diritti ad essa spettanti e dei servizi ad essa concretamente offerti dalle strutture del territorio e a contribuire al superamento delle cause che potrebbero indurla all'interruzione della gravidanza (attraverso colloqui col medico, con l'equipe del consultorio o della struttura socio-sanitaria e con la previsione di una pausa di riflessione)».

Si noti peraltro che la parte dell'art. 1 emendata non risulta completamente identica al testo poi licenziato in via definitiva, nel quale la locuzione «compreso il concepito» ha preso il posto del precedente «in particolare del concepito».

²⁴⁴ Alcuni autori hanno messo in evidenza la connotazione ideologica della legge resa evidente dall'enunciazione all'interno del testo normativo, e precisamente dall'art. 1 della legge, delle motivazioni socio-politiche delle scelte compiute, nonché della declamazione iniziale sulla tutela della vita prenatale, che passa attraverso la soggettivazione del concepito. Cfr. LIPARI, *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa, relazione al Convegno "Procreazione assistita: problemi e prospettive"*, Roma, 31 gennaio 2005, Accademia dei Lincei, i cui atti sono pubblicati sul sito <http://www.laprocreazioneassistita.it>.

Si tratta chiaramente di una formula volutamente ambigua, che sembrerebbe sottendere la volontà del legislatore di attribuire al concepito la dignità di soggetto di diritto, laddove, invece, la capacità giuridica è subordinata, come noto, all'evento della nascita²⁴⁵.

In particolare, viene fatto osservare come l'uso dell'espressione "diritti" insieme a quella di "soggetto" sia alquanto significativa perché riflette la concezione del legislatore circa lo statuto giuridico dell'embrione umano, coerente al suo statuto ontologico²⁴⁶; egli avrebbe così accolto, in modo più o meno esplicito, l'orientamento di quanti, fra scienziati, giuristi e filosofi del diritto, sostengono che l'embrione sia persona, ovvero un individuo umano con capacità razionali sin dal momento del suo concepimento²⁴⁷.

È così che all'interno del quadro conflittuale prima esaminato e proprio di ogni legge che disciplina una tematica così complessa come la PMA, in cui si fronteggiano inevitabilmente una pluralità di interessi e di diritti spesso confliggenti, nonostante sul piano programmatico la legge n. 40/2004 affermi a parole di voler cercare un equilibrio tra questi ultimi, in realtà, pur non precisando quali siano i diritti assicurati a «tutti i soggetti», dall'impianto complessivo della legge in commento si evince chiaramente come il legislatore abbia accordato una netta prevalenza ai diritti del concepito e alla tutela dell'embrione²⁴⁸, rispetto agli interessi e diritti facenti capo ad altri soggetti, (soprattutto alle donne)²⁴⁹, nonostante essi siano formalmente equiparati. Di chiara evidenza è, infatti, l'attenzione che viene riservata allo statuto giuridico del concepito, quasi che la disciplina della fecondazione assistita costituisse un pretesto, o almeno l'occasione, per introdurre nell'ordinamento il principio della soggettività giuridica dell'embrione.

La disposizione legislativa contenuta nell'art. 1 si inserisce così anch'essa nel contesto legislativo ispirato all'esigenza di garantire una piena tutela del «soggetto più debole, l'embrione, che l'assenza di norme poneva a rischio»²⁵⁰.

Una domanda che molti si sono posti concerne il fatto se tale riconoscimento della soggettività del concepito sia una mera affermazione programmatica senza un valore tecnico-giuridico posta all'inizio di una legge, che ha come finalità teorica la tutela della vita prenatale, o se si tratti, invece, del tentativo di "superare" le regole sulla qualificazione giuridica dei soggetti di diritto, attribuendo la capacità giuridica

²⁴⁵ La legge *de qua* effettua così volutamente una confusione nella sfera dei soggetti di diritto: il concepito diviene un'entità autonomamente considerata che entra in conflitto con quella soggettività che in virtù della nascita di acquisisce ai sensi della nascita.

²⁴⁶ Si veda *infra* cap. I, par. 4.1.

²⁴⁷ Posto che il concepito appartiene alla realtà umana, l'art. 1 della legge in commento sottintende così che questi abbia una sua individualità, sin dal momento del suo essere embrione, rispondente a quella della persona. In questo senso e in ragione di questa lettura, l'affermazione di cui all'art. 1, l. n. 40 del 2004, è quella secondo cui l'embrione è persona umana e come tale soggetto del diritto.

²⁴⁸ Come dimostra peraltro lo stesso titolo del capo VI intitolato «Misure a tutela dell'embrione».

²⁴⁹ La disciplina, lungi dal realizzare quel temperamento di interessi che pure afferma di voler realizzare, assesta invece un duplice micidiale colpo alla salute della donna nella misura in cui vieta la crioconservazione degli embrioni (art. 14, comma 1) e l'obbligo di un unico e contemporaneo impianto di embrioni comunque non superiori a tre come unità (art. 14, comma 2). Per un esame critico di queste disposizioni si rinvia al cap. III.

²⁵⁰ Così come affermato dal prof. Girolamo Sirchia, Ministro della Salute nel 2004, ossia al momento dell'emanazione della legge n. 2004/40.

anche al concepito²⁵¹. In altre parole, ci si è domandati se l'art. 1 della l. n. 40/2004 abbia attribuito la capacità giuridica al concepito in contrasto con l'art. 1 c.c., che invece ricollega la capacità giuridica e quindi la soggettività alla nascita della persona.

Secondo l'opinione largamente dominante in dottrina e in giurisprudenza si tratterebbe di una norma a carattere eccezionale inidonea a sovvertire la regola generale contenuta nel primo comma dell'art. 1 c.c. secondo cui la capacità giuridica si acquista al momento della nascita²⁵². In realtà, a ben vedere, il vero motivo per cui non sembra possibile riconoscere la soggettività e quindi la titolarità di diritti soggettivi al nascituro è che tale riconoscimento risulta incompatibile con l'assenza di autonomia e con l'immedesimazione ed interdipendenza del concepito con il corpo materno, di cui è parte. Ben si è osservato²⁵³ che il riconoscimento della capacità e quindi della soggettività del concepito, con conseguente attribuzione a quest'ultimo di diritti soggettivi, porterebbe ad un evitabile e insanabile conflitto con la madre, portatrice di interessi propri spesso in contrasto con quelli del nascituro²⁵⁴. Si potrebbe in tal modo arrivare ad imporre alla madre divieti e comportamenti di qualsiasi tipo in nome dell'interesse del nascituro, arrivando perfino a privarla della libertà di autodeterminazione nella scelta del modello di vita da condurre durante la gestazione.

Per concludere sul punto si deve, quindi, ritenere che il riferimento alla soggettività contenuto nell'art. 1 c.c. non abbia una precisa rilevanza giuridica, ma sia un'affermazione enfatica e tecnicamente errata, volta a sottolineare un impegno alla tutela dell'interesse alla vita dell'embrione. Tutelare la vita prenatale è però tutt'altra cosa che riconoscere la capacità giuridica dell'embrione!

Pertanto, coerentemente con la volontà della legge n. 40/2004 che non distingue fra le varie fasi di sviluppo della vita umana e tutela a trecentosessanta gradi il soggetto che viene coinvolto nelle procedure di PMA, (chiamandolo «concepito» una sola volta, ossia nell'art.1, comma 1 e successivamente «embrione», come ad esempio negli artt. 13 e 14 del capo VI, intitolato appunto «Misure a tutela dell'embrione») si deve ritenere che nella legge n. 40/2004 i termini concepito ed embrione siano assolutamente fungibili fra loro²⁵⁵.

D'altra parte è lo stesso legislatore che mostra di utilizzare in modo improprio anche il concetto di «nascituro» nel titolo del capo III «Disposizioni concernenti la tutela del nascituro», considerato che

²⁵¹ In questi termini MASTROPIETRO, *Procreazione assistita: considerazioni critiche su una legge controversa*, in *Diritto e famiglia*, 2005, p. 1379.

²⁵² In realtà già alcune disposizioni del codice civile anticipano il riconoscimento della capacità giuridica ad un momento anteriore a quello della nascita e del concepimento (artt. 2, 462 e 784 c.c.), in deroga all'art. 1 c.c. che prevede l'acquisto della capacità giuridica al momento della nascita. Si tratta tuttavia di disposizioni eccezionali, che attribuiscono diritti in ambito patrimoniale e successorio a condizione che il concepito nasca. Pertanto anche la disposizione sulla soggettività giuridica del nascituro, contenuta nell'art. 1 della legge in tema di PMA assume la natura di norma eccezionale, derogatrice della regola generale.

²⁵³ Cfr. MASTROPIETRO, *Procreazione assistita*, cit., p. 1379 s.

²⁵⁴ Come si vedrà parlando della revoca del consenso (art. 6, comma 3), tale principio non risulta applicato nella pratica allorché la madre, nonostante alcune norme possano far intendere il contrario, potrà sempre rifiutare di iniziare la gravidanza attraverso l'impianto dell'embrione.

²⁵⁵ Nel linguaggio comune i due termini vengono spesso usati come sinonimi almeno nella primissima fase della gravidanza. Con il progredire della gestazione appare, invece, più corretto parlare di feto in via di sviluppo.

questo contiene, invece, disposizioni relative al soggetto già nato²⁵⁶. Concepito e nascituro non sono, peraltro, termini estranei al codice civile²⁵⁷, mentre è di recente acquisizione e tratta dalla scienza biologica la parola «embrione» più volte ricorrente nel testo della legge sulla PMA, ma il cui significato non è chiarito da nessuna norma.

5. I rapporti fra la legge n. 40/2004 e la legge n. 194/1978.

La disciplina contenuta nella legge n. 40/2004, a prescindere dai difetti di formulazione tecnica, solleva, come si è detto, numerose questioni di illegittimità costituzionale che verranno esaminate a breve.

Fra gli aspetti di irragionevolezza uno è sicuramente costituito dal contrasto esistente fra i principi ispiratori della legge n. 40/2004 e le scelte politico-criminali contenute nella legge 22 maggio 1978, n. 194 recante «Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza», che si riflette in particolare nella disciplina della diagnosi preimpianto, a cui è dedicato il quarto capitolo di questo lavoro.

Con la legge sull'interruzione volontaria di gravidanza, che costituisce un aspetto fondamentale anche se controverso del diritto alla libertà procreativa inteso anche nel suo aspetto negativo, ossia come libertà di non procreare, il legislatore, come noto, ha operato per la prima volta una separazione fra sessualità e riproduzione, mettendo per un certo verso in crisi i valori e i principi sui quali si era basata fino ad allora l'istituzione della famiglia. Egli si è impegnato inoltre a garantire l'esercizio della procreazione "cosciente e responsabile", a riconoscere il valore sociale della maternità, a tutelare la vita umana dal suo inizio e a promuovere i servizi socio-sanitari per evitare che l'aborto sia usato per il controllo delle nascite.

Sebbene non sia questa la sede per una disamina dettagliata e analitica dei principi ispiratori della legge n. 1978/194, né della giurisprudenza costituzionale in materia, a cominciare dalla fondamentale sentenza n. 27 del 1975 della Corte costituzionale²⁵⁸, poi confermata dalla sentenza n. 35 del 1997²⁵⁹, occorre qui ricordare solo come essa, per quanto concerne gli interessi tutelati e il loro bilanciamento, operi una mediazione tra il diritto alla procreazione cosciente e responsabile e la tutela della vita umana fin dal suo inizio.

Mentre, infatti, da un lato, all'art. 1 essa prevede che sia tutelata la vita umana sin dall'inizio, analogamente all'art. 1 della legge n. 40/2004, dall'altro lato consente la soppressione di quest'ultima per alcuni motivi tassativamente previsti.

²⁵⁶ Si tratta degli artt. 8 (Stato giuridico del nato) e 9 (Divieto di disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre). La parola nascituro compare invece nell'art. 6, comma 1, in tema di consenso informato.

²⁵⁷ Si vedano gli artt. 1, comma 2, 462, comma 1, 643, comma 2, 715, comma 1, 784, comma 1. Il non concepito è indicato nel codice civile come tale (artt. 643, comma 1 e 784, comma 3) o come nascituro non concepito (artt. 320, comma 1, 715 comma 3 e 4; 784 comma 1, 2, e 3).

²⁵⁸ Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, cit. Cfr. *supra* nota 44.

²⁵⁹ Corte cost., sentenza 10 febbraio 1997 n. 35, cit. Cfr. *supra* nota 45.

In particolare, essa ha espressamente statuito che, previa osservanza di una procedura che prevede anche accertamenti medici, sia lecita «l'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni», allorché la donna «accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle condizioni economiche o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito». Nei successivi novanta giorni, invece, il bilanciamento fra gli interessi fra donna e nascituro si fa più rigido e l'interruzione della gravidanza viene consentita solo qualora sussista un grave pericolo, accertato dal medico, per la vita o la salute della donna.

Nella sentenza n. 27 del 1975 la Corte costituzionale ha poi espressamente riconosciuto per la prima volta un fondamento costituzionale alla tutela del concepito, ritenendo tuttavia che tale tutela non possa essere pienamente equivalente a quella apprestata al diritto alla vita e alla salute della madre²⁶⁰. Infatti solo la posizione giuridica di quest'ultima è qualificata in termini di tutela, mentre con riguardo al concepito si parla di «interesse costituzionalmente protetto», al quale la legge non può dare una prevalenza totale e assoluta; e ciò perché, secondo le parole dei giudici delle leggi, «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare»²⁶¹.

La Corte afferma in sostanza che nel bilanciamento fra questi due interessi costituzionalmente rilevanti, quello della madre e quello dell'embrione, bisogna accordare prevalenza alla situazione di colei che è già persona, a condizione però che esista un serio accertamento clinico del grave e comprovato danno o pericolo di danno alla salute fisica o psichica della gestante per la prosecuzione della gravidanza²⁶².

Dalla legge n. 194/1978, interpretata secondo lo spirito e la *ratio* che risultano dalla stessa normativa, nonché dall'interpretazione costituzionalmente orientata fornita dalla Corte, non deriva pertanto nel nostro ordinamento un diritto alla libera autodeterminazione della donna circa l'interruzione o la

²⁶⁰ Secondo FATTIBENE, IADICCO (*L'aborto nella giurisprudenza costituzionale*, in <http://www.unibioetica>) la Corte, nell'operare il bilanciamento dei diritti, «assume ad elemento di confronto con il diritto alla vita ed all'integrità psico-fisica della madre, un diritto nuovo, o meglio, non esplicitamente enunciato nel catalogo costituzionale, ma ugualmente dotato di garanzia costituzionale. Si tratta del diritto alla vita del concepito, il cui fondamento è rintracciato nel combinato disposto degli artt. 31, 2 comma, e 2 della Costituzione. Il riconoscimento della dignità costituzionale della tutela giuridica del concepito è frutto di un'interpretazione estensiva della categoria dei diritti individuali, di cui sono titolari tutti gli esseri umani e non già coloro che, come il concepito, "persone ancora non sono", in quanto la loro esistenza è condizionata all'evento della nascita».

²⁶¹ Nello stesso senso si sono pronunciate le sentenze n. 26 del 1981 e n. 35 del 1997, che hanno ritenuto inammissibili le proposte referendarie volte ad abrogare la legge n. 194/1978. In particolare la sentenza del 1997 ha precisato che la Costituzione non consente di toccare [...] «quel nucleo di disposizioni che attengono alla protezione della vita del concepito quanto non siano presenti esigenze di salute o di vita della madre, nonché quel complesso di disposizioni che attengono alla protezione della donna gestante».

²⁶² In realtà la prassi della l. n. 194/1978 si è molto discostata dall'interpretazione costituzionale della stessa. Pur essendo la legge sull'interruzione volontaria di gravidanza una legge di tutela contro possibili situazioni di danno o pericolo di danno alla salute fisica e psichica della gestante, essa svela infatti «una malcelata ipocrisia, laddove accorda alla donna nei primi novanta giorni la possibilità di praticare un aborto, la cui disponibilità è nei fatti a sua piena discrezione» (si pensi all'art. 4), contravvenendo così a quanto affermato dalla Corte nella sentenza n. 27. Cfr. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito*, cit., p. 183.

continuazione della gravidanza, bensì, proprio in quanto espressione del temperamento dei suddetti diritti costituzionali, la subordinazione della liceità dell'interruzione della gravidanza alla ricorrenza di alcuni presupposti idonei a giustificare la compressione dell'altrui sfera giuridica, ossia la ricorrenza di pericoli gravi e medicalmente accertati per la salute della donna legati alla protrazione della gestazione.

Tornando ora ai profili di contrasto fra le due normative, si osserva come il nostro ordinamento consenta uno spazio di accesso alla diagnosi prenatale con conseguente interruzione della gravidanza, ricorrendo i presupposti prescritti dalla l. n. 194/1978, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto.

In altre parole, essendo consentita in base al disposto originario della legge n. 40/2004 (senza tenere conto, quindi, delle successive pronunce che hanno ammesso tale pratica diagnostica e che verranno esaminate nel dettaglio nel proseguo) solo una diagnosi di tipo osservazionale, ne deriva un'irragionevole disparità di trattamento fra le donne che richiedono l'accesso a tale pratica, tra l'altro la meno invasiva e la meno pericolosa fra tutte quelle ugualmente disponibili per il medesimo scopo, e quelle che, invece, sugli stessi presupposti e per la medesima finalità hanno accesso alla diagnosi prenatale ed eventualmente all'interruzione di gravidanza con il risultato di aumentare in modo esponenziale le probabilità di ricorrere successivamente all'interruzione di gravidanza (c.d. "aborto terapeutico").

Risulta, infatti, paradossalmente consentito alla donna abortire il feto portatore di malattie genetiche in fase di gravidanza avanzata, ma non rifiutare l'impianto dell'embrione la cui eventuale patologia genetica potrebbe essere diagnosticata prima del trasferimento.

In questo senso un ulteriore punto di contrasto tra legge n. 40/2004 e legge n. 194/78 sorge in merito a quanto stabilito dall'art. 6, comma 3 della legge in tema di PMA, il quale sancisce l'irrevocabilità del consenso prestato al trattamento, con il conseguente obbligo (seppur incoercibile) di trasferire in utero embrioni affetti da gravi patologie genetiche, cosicché la donna è obbligata, anche se in modo incoercibile, ad acconsentire al trasferimento dell'ovulo fecondato, ma alla stessa è successivamente consentito ricorrere all'aborto.

Nella misura in cui si costringe la donna non solo al trasferimento di tutti gli embrioni creati *in vitro*, ma anche all'impianto in utero di embrioni affetti da gravi patologie genetiche, si determina l'effetto di elevare una misura esponenziale le probabilità di aborto.

Emerge, pertanto, l'urgenza di procedere ad un coordinamento sistematico fra le due normative, che risulta costituzionalmente imposto, dal momento che, *rebus sic stantibus*, «all'embrione viene accordata una tutela più ampia e pregnante che non al feto, in contrasto con il paradigma della protezione graduale della vita *in fieri*, che presuppone la modulazione della vita prenatale, in relazione all'avanzamento dello stadio di sviluppo della stessa»²⁶³.

In attesa che il legislatore intervenga, ci si auspica in tempi rapidi, è necessario interpretare la legge n. 40/2004 in modo conforme alla legge sull'interruzione di gravidanza, in quanto i contenuti della legge n. 194/1978 sono stati dichiarati costituzionalmente vincolanti dalla Corte costituzionale con la già

²⁶³ Così MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, cit., p. 3347 s.

menzionata sentenza n. 35 del 1997. Tra l'altro proprio alla normativa sull'aborto «la legge n. 40/2004 fa ripetuti rinvii confermativi, che rivelano l'intento del legislatore del 2004 non già di affermare un nuovo paradigma valoriale (come ben avrebbe potuto fare semplicemente modificando la legge 194/78, salvo poi esporsi a probabili questioni di legittimità), bensì di evitare di disarticolare i contenuti assodati della disciplina dell'aborto terapeutico»²⁶⁴.

Non è vero, invece, quanto sostengono alcuni Autori, ossia che è la legge n. 194/78 a dover essere reinterpretata in modo più ristretto per adeguarla al nuovo disposto normativo volto alla salvaguardia del concepito²⁶⁵, dovendosi ritenere che in questo caso, ossia nel caso dell'affermazione di un nuovo paradigma valoriale, il legislatore avrebbe dovuto riscrivere i contenuti dell'intera legge.

Circa i rapporti fra le due leggi si osserva, infatti, che la legge n. 40/2004 contiene esplicite clausole di riserva volte a salvaguardare l'intangibilità della legge n. 194/1978. È il caso del divieto contenuto nel comma 4 dell'art. 14 della l. n. 40/2004 che vieta la riduzione embrionaria di gravidanze plurime da PMA, il quale non si estende ai casi previsti dalla legge n. 194/1978, nel senso che la donna può ricorrere alla riduzione, non perché desidera avere un solo figlio, ma solamente nel caso in cui la gravidanza plurima determini un pericolo serio o grave per la sua salute, evitabile solo con la riduzione embrionaria; è il caso, inoltre, del divieto della soppressione di embrioni previsto dall'art. 14, comma 1, il quale fa salvo quanto previsto dalla legge n. 194/1978.

6. I requisiti oggettivi: sterilità e consenso informato.

La prima condizione oggettiva per poter accedere alla PMA è quella richiesta dall'art. 4 comma 1 della legge n. 40/2004, il quale, ribadendo e precisando quanto disposto già nell'art. 1, consente il ricorso alle tecniche di PMA nei soli casi di sterilità o di infertilità, sul cui diverso significato si è già dato conto nel capitolo precedente²⁶⁶.

Qui occorre solo ricordare quanto già accennato precedentemente, ossia che nell'introduzione delle Linee guida del 2004 (e poi del 2008), fonte di rango inferiore alla legge, alla quale è affidato il compito esclusivo di specificare procedure e tecniche di PMA secondo quanto previsto dall'art. 7 della stessa legge, si afferma che «ai fini delle presenti Linee guida i due termini, infertilità e sterilità, saranno usati come sinonimi», ma si tratta di «un'affermazione *contra legem*»²⁶⁷, in quanto sia l'art. 1, comma 1, che il successivo art. 4, comma 2, parlano rispettivamente di «problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità» e di «casi di sterilità o di infertilità», evidenziando implicitamente che si tratta di due termini con un significato ben differente l'uno dall'altro.

²⁶⁴ VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 295.

²⁶⁵ Cfr. EUSEBI, *La vita individuale precoce*, cit., p. 364 ss., secondo cui devono intendersi ancora più restrittivamente i presupposti sostanziali e procedurali per l'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza.

²⁶⁶ Cfr. *supra* cap. I, par. 3.2.

²⁶⁷ Così DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, cit., p. 1575 s.

Le Linee guida affermano poi che per sterilità (infertilità) si deve intendere, altresì, «l'assenza di concepimento, oltre ai casi di patologia riconosciuta, dopo 12/24 mesi di regolari rapporti sessuali non protetti»²⁶⁸; in tal modo la legge mostra così di dare rilievo ai casi di infertilità idiopatica, ossia a situazioni di non meglio precisata infertilità di coppia, pur in assenza di evidenti patologie nell'uomo o nella donna o in entrambi.

Da quanto detto, risulta chiaramente come la disciplina in tema di sterilità e infertilità contenuta nella l. n. 40/2004 e nelle relative Linee guida non sia rispettosa del principio di determinatezza della fattispecie penale, in quanto, come si è osservato, «la scarsa precisione che caratterizza i concetti di sterilità e infertilità viene accentuata da un'infelice formulazione della nozione di infertilità idiopatica, che si traduce in una formula vaga che non può costituire oggetto di accertamento e prova nel processo»²⁶⁹.

Secondo altri la distinzione fra cause accertate e cause inspiegate, pur non apparendo di grande rilevanza, né essendo di particolare chiarezza, sarebbe, invece, stata voluta dal legislatore probabilmente per sottolineare «l'omnicomprensività della norma di qualsiasi situazione nella quale si trovi la coppia, coniugale o convivente e di quell'età, che non riesca ad ottenere il risultato di avere figli»²⁷⁰.

Tornando ora sulla disciplina prevista dalla legge, nel caso di infertilità idiopatica la legge richiede un'apposita certificazione da parte di uno specialista che attesti che tale situazione di infertilità non sia dipendente da un problema patologico acclarato, bensì sia *sine causa* e ciò con l'ovvia precisazione che l'attestazione medica deve essere intesa come attestazione che si limita a prendere atto della dichiarazione della coppia, non potendo chiaramente il medico verificare di persona quanto affermato dalla coppia.

Ciò fa sì, come ha rilevato attenta dottrina, che «il primo baluardo all'accesso alla PMA risulti, nei fatti, agevolmente eludibile, per la sostanziale dipendenza di un presupposto legittimante da una autodichiarazione degli stessi richiedenti impossibile da smentire»²⁷¹, non essendo peraltro questa condizione, ossia il divieto di accesso alle tecniche di PMA alle coppie fertili, così come lo stesso onere di certificazione, presidiata da alcuna sanzione specifica.

L'accesso limitato alle sole patologie di sterilità e infertilità - che comporta l'esclusione dell'impiego delle tecniche di PMA per quelle coppie che, pur essendo fertili, soffrono tuttavia di altra patologia (rendendo così impossibile la riproduzione con metodi naturali) - ha fatto sì che le Linee guida del 2008 abbiano esteso il concetto normativo di sterilità e infertilità, includendovi le ipotesi in cui «l'uomo sia

²⁶⁸ Più precisamente, secondo le Linee-guida, «tutte che le coppie che non ottengono gravidanza nei termini sopra definiti costituiscono la popolazione delle coppie infertili. Questa popolazione è costituita da: coppie sterili nelle quali siano stati accertati fattori di sterilità di almeno uno dei due coniugi; coppie con sterilità idiopatica, nelle quali non sia stato possibile accertare un definito fattore responsabile; coppie subfertili, per ragioni biologiche o per ripetuta abortività spontanea».

²⁶⁹ V. CANESTRARI, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita?*, cit., p. 1095. Secondo l'Autore «la figura delittuosa si espone ad obiezioni ancora più consistenti sul versante del principio di offensività, in quanto rappresenta un'ipotesi tipica di reato senza bene giuridico e, in particolare, di reato senza vittime».

²⁷⁰ Si veda SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita: commento alla Legge 19 febbraio 2004*, cit., p. 52

²⁷¹ Così VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 72.

portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili per infezioni da HIV, epatite B o C, dal momento che l'elevato rischio di infezione per la madre o per il feto costituisce, di fatti, in termini obiettivi, una causa ostativa della procreazione, imponendo l'adozione di precauzioni che si traducono, necessariamente, in una condizione di infecondità, da farsi rientrare tra i casi di infertilità maschile e severa da causa accertata e certificata da atto medico, di cui all'art. 4, comma 1 della legge n. 40 del 2004».

Tra l'altro, per queste coppie, le Linee guida prevedono che si utilizzi una particolare cautela già al momento dell'informativa ai fini dell'acquisizione del consenso informato, disponendo che «quando vi siano coppie positive per HIV, HBC o HCV che vogliano intraprendere un trattamento di fecondazione *in vitro* devono essere considerate le implicazioni di queste patologie infettive per i figli».

Come è stato osservato, anche «a queste categorie di soggetti è dunque consentito accedere alle tecniche di PMA, non essendo possibile interpretare la disposizione in esame come un ulteriore limite di accesso a queste ultime, limite peraltro stabilito da una fonte subordinata, che non trova riscontro nella legge e come tale, dunque, illegittima»²⁷².

Altra questione di grande rilievo, di cui ci si occuperà espressamente nel quarto capitolo dedicato alla discussa pratica della PDG, concerne poi l'esclusione dalle tecniche di PMA per quelle coppie che, pur essendo in grado di procreare naturalmente e, quindi, non sterili o infertili, siano tuttavia portatrici di una malattia genetica²⁷³, così come per le coppie di cui uno o entrambi i membri siano stati sottoposti a trattamenti chemioterapici o a radiazioni, oppure siano portatori di malattie cancerogene²⁷⁴ o infettive.

Tale esclusione, che solleva dubbi di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost., in quanto introduce una discriminazione nell'accesso al protocollo di PMA in virtù di un requisito personale, ha suscitato come prevedibile diverse critiche da parte della dottrina²⁷⁵.

Per quanto concerne l'esclusione delle coppie portatrici di malattie genetiche, secondo l'opinione prevalente, il legislatore avrebbe dovuto formulare un elenco delle patologie più gravi, auspicabilmente con l'aiuto dei genetisti, e autorizzare solo in tale ipotesi il ricorso alla diagnosi preimpianto, per evitare, come avviene oggi, che le coppie portatrici di malattie genetiche trasmissibili al nascituro, ma anche i soggetti esposti a radiazioni o chemioterapici, o portatori di malattie infettive, senza tuttavia problemi di

²⁷² ID, *ivi*, p. 80.

²⁷³ È noto infatti che vi sono diverse malattie genetiche assai gravi che hanno un elevatissimo grado di possibilità di essere trasmesse al nascituro se già presenti magari in maniera non conclamata nei genitori. Sulla preclusione di accedere alla fecondazione assistita per le coppie che non presentino problemi di fertilità, ma vogliano evitare, tramite la fecondazione *in vitro* e la diagnosi preimpianto, il rischio di trasmettere alla prole una malattia ereditaria che deriva dall'art. 13, comma 3 lett. b (divieto di selezione a scopo eugenetico) si tornerà più ampiamente nel cap. IV.

²⁷⁴ Così LOSAPPIO, *Bioetica e diritto penale*, cit., p. 653.

²⁷⁵ Così RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 680 e per una proposta correttiva CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, cit., p. 417. Nel senso dell'illegittimità costituzionale di questa disciplina si veda CELOTTO, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione*, cit., p. 27.

fertilità, siano costretti a sottoporsi alla diagnosi prenatale con successiva pratica abortiva, qualora dalla villocentesi o amniocentesi risulti che l'embrione sia malato²⁷⁶.

Secondo un'altra opinione, la disposizione contenuta nell'art. 4, comma 1 sarebbe, invece, a ben vedere «molto più benevola di quanto possa apparire a prima vista: alla PMA possono accedere tutte le coppie portatrici di anomalie genetiche o sierodiscordanti per una malattia infettiva, perché gran parte dei problemi di infertilità dipendono da cause genetiche o infettive e le coppie infertili [...] possono avere accesso ai trattamenti»²⁷⁷. Infatti, considerato che l'art. 1, comma 1 consente il ricorso alle tecniche di PMA, non solo alle coppie sterili, ma anche a quelle infertili (ossia quelle nelle quali la donna sia in grado di iniziare una gravidanza, ma non di portarla a termine) e considerato che molti aborti sono dovuti ad anomalie genetiche o a malattie infettive, ne deriva che coppie non sterili, ma portatrici di anomalie genetiche potranno accedere alla PMA e alla diagnosi preimpianto, in tutti i casi in cui l'anomalia genetica, secondo le conoscenze medico-scientifiche, comporti un alto rischio di aborto spontaneo²⁷⁸.

Altra condizione oggettiva per poter accedere alle tecniche di PMA, anticipata già nell'art. 4, comma 2, lett. b) che lo indica fra i principi informativi della materia e poi disciplinata in modo dettagliato nel successivo art. 6²⁷⁹, è la presentazione del consenso informato.

La necessità che il paziente esprima il proprio consenso al trattamento medico costituisce un principio ormai consolidato da tempo nel nostro ordinamento²⁸⁰, trovando il suo fondamento negli artt. 13 e 32 Cost., nonché nell'art. 5 della più volte citata Convenzione di Oviedo, secondo cui «un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato»²⁸¹.

La prestazione del consenso informato rappresenta, peraltro, come è stato autorevolmente osservato, «la prima e decisiva formalità dell'attuazione di un protocollo di PMA qualora sussistano tutti i presupposti soggettivi ed oggettivi per procedere ad esso, senza però ancora coinvolgere le sorti dell'embrione, ad ulteriore conferma che siamo di fronte ad un vero e proprio trattamento sanitario fra medico e paziente»²⁸².

²⁷⁶ Ciò risulterebbe irragionevole in quanto in questo modo l'ordinamento finirebbe per tutelare maggiormente l'embrione rispetto al feto. Cfr. CANESTRARI, *Legge 40: procreazione e punizione*, cit., p. 75.

²⁷⁷ FLAMIGNI, *Introduzione*, in DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, cit., p. 7.

²⁷⁸ Così interpretata la disciplina degli artt. 1, comma 1 e 4, comma 1, l. n. 40/2004 non oppone pertanto un rigido divieto all'accesso alla PMA da parte di coppie portatrici di malattie genetiche, considerato che le Linee guida del 2008 annoverano espressamente tra i soggetti infertili gli uomini portatori di patologie virali trasmissibili, cosicché l'esclusione dei portatori di malattie genetiche dall'accesso alla PMA risulterebbe ancora più irragionevole e discriminatoria. In questo senso si veda DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, cit., p. 7.

²⁷⁹ Anche le Linee guida del 2004 ed il regolamento interministeriale del 16 dicembre 2004, n. 336 (in G.U., serie generale, 21 febbraio 2005, n. 42, entrato in vigore l'8 marzo 2005) si sono occupate della prestazione del consenso informato.

²⁸⁰ Sulla problematica legata al consenso nei trattamenti medici si veda fra i tanti NANNINI, *Il consenso al trattamento medico*, Milano, 1989 e sulle problematiche inerenti ai trattamenti medico-chirurgici in genere MANNA, voce «Trattamento medico-chirurgico», in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 1280 ss.

²⁸¹ Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sottoscritta a Nizza il 7 dicembre 2000 stabilisce, per il rispetto del diritto all'integrità della persona contenuto nell'art. 3, che nell'ambito della medicina e della biologia, deve essere rispettato «il consenso libero e informato della persona interessata».

²⁸² Così VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 157.

Perché sia valido ed efficace il consenso deve pertanto essere informato. L'informazione deve essere completa ed efficace, così che il paziente sia messo nelle condizioni di conoscere e comprendere le informazioni essenziali inerenti al trattamento per poter decidere se prestare o meno il consenso all'atto medico. Esso è volto a garantire la piena consapevolezza del paziente e, dunque, la sua libera autodeterminazione nell'accesso ad un trattamento sanitario sicuramente invasivo e molto "impegnativo" sul piano psico-fisico. Con la prestazione del consenso la donna esprime non solo la autorizzazione all'intervento medico, ma altresì la volontà di assumersi, insieme al marito o al convivente, una responsabilità nei confronti del nuovo soggetto che eventualmente nascerà.

Qualora il consenso informato sia stato correttamente prestato, secondo alcuni²⁸³, si configurerebbe a carico del medico un c.d. "obbligo di garanzia" relativamente all'attuazione della pratica di PMA, in quanto la sospensione del trattamento, nonostante il perdurare della volontà del paziente e mancando i motivi d'ordine medico-sanitari (gli unici che legittimano il medico a non procedere alla PMA) verrebbe a configurare una fattispecie di abbandono di persona incapace *ex art. 591 c.p.* In base a questo orientamento l'omissione della pratica concordata di PMA da parte del medico potrebbe altresì rilevare ai sensi del secondo comma dell'art. 40 c.p. in combinato disposto con i reati di lesioni o omicidio nel caso in cui questa comporti il mancato impedimenti degli eventi tipici (si pensi al caso del medico che abbandoni la donna dopo aver praticato una aggressiva stimolazione ovarica, trascurando di diagnosticare una sindrome da iperstimolazione e di attuare le contromisure necessarie).

Il successivo art. 6 della legge n. 40/2004, unitamente alle Linee guida, contiene poi una analitica e rigorosa formulazione delle modalità attraverso le quali deve essere accertato tale consenso, nonché del suo oggetto, davvero amplissimo.

In particolare, il primo comma dispone che per garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa prima del ricorso alle tecniche di PMA e in ogni fase di applicazione delle tecniche stesse, «il medico informa in maniera dettagliata i soggetti che intendano accedervi e che siano in possesso dei requisiti soggettivi stabiliti dall'art. 5 della legge n. 40/2004 sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche medesime, sulle probabilità di successo e sui rischi delle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro».

Tra queste informazioni vi è anche quella sulla possibilità di ricorrere alle procedure di adozione o di affidamento ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184 e successive modificazioni, come alternativa alla procreazione.

Quanto agli obblighi di informazione ad assolvimento eventuale il comma 2 stabilisce che alla coppia devono essere prospettati con chiarezza i costi economici dell'intera procedura, qualora si tratti di strutture private autorizzate. In difetto potrebbe aversi nullità del contratto concluso fra la coppia e la struttura privata per indeterminatezza dell'oggetto *ex art. 1346 c.c.*

²⁸³ ID, *ivi*, p. 164.

Se le disposizioni contenute nei primi due commi dell'art. 6 non hanno valore innovativo, in quanto riproducono principi già consolidati nel nostro ordinamento e non solo, decisamente nuova è invece il disposto di cui al comma 3 il quale, dopo aver indicato che la volontà dei coniugi deve essere espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura, stabilisce la possibilità per la coppia di ripensare alle proprie decisioni: è, infatti, disposto, analogamente a quanto previsto dall'art. 5 della legge n.194/1978, che tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica debba intercorrere un termine non inferiore a sette giorni.

È inoltre previsto che la volontà di accedere alle tecniche di PMA possa essere revocata da ciascuno dei componenti la coppia, ma solo «fino al momento della fecondazione dell'ovulo»; in tal caso il medico ha l'obbligo e non solo la facoltà di sospendere la cura.

Per la revoca è sufficiente pertanto il ripensamento di un solo componente della coppia, da manifestare in forma scritta con la medesima modalità a suo tempo seguite per l'esternazione della volontà positiva nei confronti del medico responsabile della struttura e ovviamente dell'altro *partner*. La decisione di revoca è chiaramente insindacabile dall'altro componente della coppia, nonché dal medico che ha l'obbligo, non la facoltà, di sospendere la cura.

Per quanto concerne la scelta di consentire la revoca del consenso solo «fino al momento della fecondazione dell'ovulo», ciò risponde alla volontà del legislatore di tutelare l'embrione, in linea con quanto enunciato dall'art. 1, al fine di impedire la distruzione o la crioconservazione (vietate *ex art.* 14, comma 1) cui quest'ultimo potrebbe essere fatto oggetto nel caso in cui uno o entrambi i membri della coppia avessero dei ripensamenti dopo la fecondazione²⁸⁴. Tale scelta riflette così ancora una volta l'unilaterale e incondizionata prevalenza accordata dal legislatore alla tutela del concepito a discapito del diritto alla salute e all'autodeterminazione in ordine alla scelte concernenti la maternità che fanno capo alla donna.

Tuttavia, a ben vedere, il legislatore non ha neppure questa volta predisposto delle conseguenze sanzionatorie in caso di revoca del consenso successiva alla fecondazione²⁸⁵, né imposto il trasferimento dell'embrione nel corpo della donna come invece l'art. 14, comma 3, e, nonostante alcune decisioni giurisprudenziali di poco successive all'entrata in vigore della normativa²⁸⁶, un vero e proprio obbligo di trasferire gli embrioni nel corpo della donna né direttamente con mezzi coercitivi, né indirettamente mediante la minaccia della pena, non pare configurabile alla luce della Costituzione. Se, infatti, il legislatore ritenesse inefficace il consenso della donna oltre il termine stabilito dalla legge, con conseguente imposizione alla stessa della prosecuzione della procedura con il trasferimento dell'embrione

²⁸⁴ Osserva VALLINI (*Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 217) come a partire dal momento della fecondazione «l'intera vicenda si complica e assume tratti decisamente peculiari, entrando in gioco la figura del concepito e delle sue prerogative. Prerogative che abbagliano il legislatore, rendendolo cieco di fronte ad ogni altra istanza, sino a spingerlo a prevedere d'istinto un tranciante divieto di revoca del consenso».

²⁸⁵ Per quanto concerne l'uomo, invece, la revoca tardiva è sempre inefficace, come si evince dalla disposizione in tema di fecondazione eterologa, in cui si afferma che il consenso prestato dall'uomo è elemento sufficiente per attribuirgli la paternità del nato: se è impossibile recidere il legame con il nato nelle ipotesi di discendenza non biologica, a maggior ragione lo sarà nel caso in cui questo ultima esista certamente.

²⁸⁶ Trib. Catania, decr. 3.5.2004, n. 40, in *Guida al diritto*, 2004, p. 42 ss.

nel suo utero, nonostante la sua volontà contraria²⁸⁷, si porrebbe in contrasto con l'art. 32, comma 2 Cost. che vieta i trattamenti sanitari coattivi, nonché con la legge. n. 194/1978 (ai cui principi da tempo, come già ricordato, la Consulta ha riconosciuto copertura costituzionale), la quale, nell'intento di tutelare la donna, le consente all'art. 4 di porre termine alla gravidanza ogniqualevolta la stessa, «in relazione alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, possa recare serio pericolo per la sua salute fisica o psichica»²⁸⁸. Infine, ritenere inefficace il consenso della donna oltre il termine stabilito dalla legge contrasterebbe con l'art. 5 commi 1 e 3 della Convenzione di Oviedo, che, da un lato, prevede che un intervento sanitario non possa essere effettuato in assenza di libero consenso del soggetto destinatario e, dall'altro lato, che il consenso prestato possa essere in ogni momento validamente revocato (art. 5, comma 3).

Pertanto, benché il dettato legislativo disponga che il consenso possa essere legittimamente e validamente revocato solo fino al momento della fecondazione, si deve tuttavia ritenere efficace anche una revoca del consenso alle pratiche di PMA prestata successivamente perché «le conseguenze pratiche della affermazione si porrebbero in contrasto con vigenti insuperabili principi legislativi costituzionali e non»²⁸⁹. In altre parole, alla disposizione di cui all'art. 6, comma 3 che vieta alle parti di cambiare idea si deve riconoscere una portata molto minore rispetto al tenore letterale a cui la norma farebbe supporre, sia per la mancanza di una sanzione *ad hoc*, sia per le considerazioni sopra svolte circa l'impossibilità di imporre una gravidanza contro la volontà della donna. È, in altre parole, sempre produttiva di effetti la revoca del consenso, sia essa intervenuta prima della fecondazione, sia dopo e anche un attimo prima dell'inizio delle operazioni di trasferimento dell'embrione nel corpo materno²⁹⁰, in omaggio al principio di autodeterminazione della donna, con conseguente obbligo del medico di rispettare tale volontà. L'unica interpretazione costituzionalmente orientata della norma è pertanto quella secondo la quale dal momento della fecondazione, il consenso alla PMA può essere revocato solamente dalla donna, perché la revoca da

²⁸⁷ A questo proposito si osserva correttamente che non può trovare accoglimento la tesi penalistica, secondo la quale dall'art. 6, comma 3, deriverebbe a carico dei genitori un obbligo di protezione dell'embrione, con conseguente responsabilità a loro carico per mancato impedimento dell'evento del reato di soppressione (artt. 40 cpv. in combinato disposto con l'art. 14, comma 1 della l. n. 40/2004) o, a titolo di concorso, per omissione qualora l'embrione sia oggetto di condotte criminose da parte di terzi (artt. 110 e 40 cpv. in combinato disposto con l'art. 14 o 13 della l. n. 40/2004), in quanto la suddetta disposizione non descrive alcun obbligo di impedimento, né essi avrebbero il potere giuridico o materiale di farlo, essendo tutte le condotte potenzialmente idonee a mantenere in vita l'embrione vietate (il trasferimento in utero coattivo, la crioconservazione vietata dalla legge e l'ectogenesi). Così VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 301.

²⁸⁸ Il trasferimento forzato dell'embrione con la conseguente imposizione della gravidanza costituisce sicuramente un'operazione pericolosa e lesiva della salute psico-fisica della donna, oltre che contraria alla dignità umana. Quest'ultima potrebbe successivamente ricorrere all'interruzione volontaria di gravidanza del tutto lecitamente, in relazione «alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento».

²⁸⁹ Cfr. VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., p. 86, il quale tra l'altro ricorda che la questione è stata (tardivamente) presa in considerazione anche dal legislatore nell'ultima seduta della Camera del 10 febbraio 2004, n. 421, in cui il governo ha accettato l'ordine del giorno n. 9/47 – B/15, con cui si è impegnato a regolamentare la possibilità di revoca del consenso di impianto dell'embrione da parte della donna anche per motivi di tutela della propria salute e del nascituro.

²⁹⁰ Sulla questione della revocabilità del consenso da parte di un solo coniuge, nonché dell'eventuale contrasto tra le volontà dei coniugi si veda VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., p. 88 ss.

parte dell'uomo, perdurando la volontà della donna, è inefficace, potendosi ugualmente procedere la trasferimento in utero anche con il suo dissenso.

Il quarto comma prevede poi che il medico possa decidere di non procedere alla PMA esclusivamente per motivi di ordine medico-sanitario, con l'obbligo però di fornire un'adeguata giustificazione scritta alla coppia richiedente.

Riguardo questa eventualità pare qui sufficiente ricordare che le ragioni per cui il medico può²⁹¹ decidere di non procedere ad attuare un protocollo di PMA (anche in disaccordo con la volontà degli aspiranti genitori) potrebbero sopravvenire nel corso delle stesse pratiche, prima o dopo la formazione dell'embrione e potrebbero essere riferite, oltre che alla donna, anche all'embrione, come nel caso in cui dopo la fecondazione il sanitario accertasse tramite la diagnosi preimpianto (consentita per finalità diagnostiche dall'art. 13) che l'embrione è gravemente malato.

Il medico ha, in altre parole, l'obbligo di procedere alla PMA in conformità al contenuto del consenso informato con facoltà di astenersi quando la migliore *ars medica* disponibile nel momento in cui vanno espletate le procedure di PMA lo richiede, allo scopo di tutelare non solo la donna, ma anche il futuro feto, senza possibilità invece di recedere per sopravvenute perplessità bioetiche (che in questa fase non potrebbero certo configurare una legittima obiezione di coscienza *ex art. 16 l. n. 40/2004*), estranee alle esigenze di tutela degli interessati²⁹².

Si tratta, comunque, di una disposizione problematica in quanto il contenuto delle motivazioni medico-sanitarie rimane, secondo l'opinione dei più, assolutamente imprecisato e vago.

Il successivo comma 5 ribadisce, infine, quanto già disposto dal comma 1, stabilendo che ai richiedenti, al momento di accedere alle tecniche di PMA, devono essere esplicate con chiarezza le conseguenze giuridiche di cui all'art. 8 e all'art. 9 della legge, inerenti allo stato giuridico del nato e al divieto di disconoscimento della paternità, nonché a quello di anonimato della madre.

Nonostante il principio del consenso informato sia un requisito fondamentale per l'accesso alle tecniche di PMA, la sua inosservanza è sanzionata in misura non pesante: secondo il comma 4 dell'art. 12 la sanzione amministrativa per chi proceda ad un trattamento di PMA senza aver raccolto il consenso con le modalità di cui all'art. 6 spazia da 5.000 a 50.000 euro: è la sanzione pecuniaria più bassa tra quelle comminate nell'art. 12, equiparabile a quella prevista dall'art. 14, comma 9 per chi proceda alla crioconservazione di gameti senza consenso informato e scritto, equiparazione discutibile secondo alcuni²⁹³.

²⁹¹ Il fatto che il medico non sia obbligato, ma solo autorizzato ad interrompere il trattamento di PMA concordato, anche in caso di rischio per la salute della donna, configura un'altra ipotetica violazione del disposto di cui all'art. 32 Cost.

²⁹² Cfr. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 165 s.

²⁹³ V. LOSAPPIO, *Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 2061.

7. I requisiti soggettivi: i destinatari delle tecniche di PMA.

Il problema dei soggetti legittimati ad accedere alle tecniche di PMA coinvolge due interessi primari: il c.d. “diritto del soggetto alla procreazione” e il c.d. ”diritto del minore alla doppia figura genitoriale”. Questi ultimi, come è stato osservato, «vanno necessariamente contemperati per due ordini di ragioni: in primo luogo in quanto la nostra è una Costituzione personalistica nel senso che non sposa una concezione utilitaristico-individualista, priva di istanze solidaristiche nei confronti dei soggetti più deboli, in secondo luogo in quanto il diritto del minore ai due genitori riveste rango costituzionale per il combinato disposto degli artt. 2, 30 e 31 Cost»²⁹⁴.

Le proposte di legge che si sono succedute fino alla legge n. 40/2004 mostravano invece due orientamenti arroccati su opzioni radicalmente opposte: mentre lo schieramento di area cattolica richiedeva il requisito dell’eterosessualità, nonché del matrimonio per poter accedere ad un protocollo di PMA, alcuni laici progressisti sostenevano la piena libertà di scelta dell’individuo in materia di fecondazione assistita, con la conseguenza di assecondare ogni aspirazione di genitorialità.

Ne è uscita una norma che, pur ammettendo una procreazione medicalmente assistita extramatrimoniale, solleva numerosi dubbi interpretativi, esponendosi a diverse critiche.

L’art. 5 subordina l’accesso alle diverse tecniche di PMA a cinque diversi requisiti soggettivi. È previsto, infatti, che la coppia sia composta da maggiorenni, di sesso diverso, coniugati o conviventi, in età potenzialmente fertile e viventi.²⁹⁵

Con questa norma il legislatore ha preso così posizione su problematiche da tempo dibattute in dottrina, prima fra tutte l’accesso alle tecniche di PMA ai *single*, agli omosessuali e ai conviventi *more uxorio*, nonché alla “nonne-mamme”, disvelando così chiaramente come il bene giuridico ultimo a tutela del quale sono dettate le disposizioni di cui gli artt. 5 e 12, comma 2 sia l’interesse del nascituro ad avere una doppia figura genitoriale, ossia il diritto di quest’ultimo ad avere una figura femminile ed una figura maschile, che gli garantiscano uno sviluppo armonico, nonché uno *status* certo, come avviene nella famiglia naturale²⁹⁶.

La disposizione riprende peraltro la circolare del 10 ottobre 1985, che consentiva l’accesso alle tecniche di PMA alle sole coppie di coniugi non separati, nonché, quasi letteralmente, il Codice di deontologia medica, che all’art. 42 prevedeva che «è fatto divieto al medico, anche nell’interesse del bene del nascituro, di attuare: a) forme di maternità surrogata; b) forme di fecondazione assistita al di fuori di coppie eterosessuali stabili; c) pratiche di fecondazione assistita in donne in menopausa non precoce; d)

²⁹⁴ CANESTARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, cit., p. 419

²⁹⁵ Per la questione concernente l’esclusione di alcune categorie di soggetti dall’accesso alle tecniche di PMA e i relativi problemi di legittimità costituzionale si veda *supra*, cap. I, par. 2.

²⁹⁶ Così FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 810 ss.

forme di fecondazione assistita dopo la morte del *partner*», a conferma, ancora una volta, del fatto che prima della legge n. 40/2004 non regnava affatto nel nostro Paese una situazione di *far west!*

Analizziamo ora ciascuno dei cinque requisiti soggettivi previsti dalla disposizione in esame.

1) Con la previsione che solo coppie formate da persone di sesso diverso²⁹⁷, siano esse coniugate o conviventi, possono accedere alle tecniche di PMA, il legislatore ha voluto chiaramente assicurare, come già si è detto, il diritto del nascituro alla doppia figura genitoriale²⁹⁸.

Scegliendo di escludere *singles* e omosessuali, si è così voluto privilegiare un modello familiare che appare maggiormente idoneo per un'equilibrata formazione psico-fisica del figlio, piuttosto che l'interesse dei soggetti ad esercitare una piena libertà di procreare.

Tale divieto per *single* e omosessuali è, secondo alcuni, inopportuno e anacronistico perché il modello di società che sposa la legge non corrisponde a quello attuale italiano, ma tale scelta rientra totalmente nello spazio di discrezionalità del legislatore.

Per quanto riguarda i *singles*, tale esclusione viene criticata da coloro che sostengono che ciò produrrebbe un'ingiustificata discriminazione rispetto a quanto avviene nella procreazione naturale dove non sussistono impedimenti, né sanzioni²⁹⁹, all'aspirazione di una donna a diventare madre solitaria, negando che la doppia figura genitoriale costituisca un bene di rilievo costituzionale³⁰⁰. La negazione del rango costituzionale di tale bene troverebbe conferma, peraltro, nel fatto che l'ordinamento non assicura al minore una famiglia ideale, ma si limita a tutelare la famiglia nella quale è nato, quale che sia l'orientamento sessuale dei componenti e il numero degli stessi.

Lo stesso orientamento critica altresì la scelta del legislatore di limitare in tal modo il tasso di artificialità proprie delle pratiche di PMA, ispirandosi all'*imitatio naturae*, sostenendo che la naturalità della procreazione è un valore etico che non giustifica il sacrificio della libertà di procreare propria di ciascuno, e maggior ragione se colui che chiede di accedere alla PMA è un soggetto sterile o infertile, risultando gravemente discriminato rispetto agli altri con violazione degli artt. 2, 3 e 32 Cost.

Quale che sia la posizione personale circa l'esclusione di tale categoria di soggetti dall'accesso alle pratiche di PMA, importa sottolineare che questo limite di accesso, così come quello che riguarda le donne in età non più fertile, non viene sanzionato; il comma 2 dell'art. 12 fa, infatti, espresso riferimento alle violazioni commesse da "coppie di soggetti", con ciò escludendo implicitamente che soggetto attivo della violazione sia una persona sola. È pur vero, tuttavia, che la persona sola, non potendo procreare

²⁹⁷ Il requisito della eterosessualità della coppia è già implicito nei divieti di fecondazione eterologa, surrogazione di maternità nonché di esclusione della richiesta proveniente da una persona sola.

²⁹⁸ A favore dell'esclusione delle coppie coniugate ma separate dalla possibilità di accedere alla PMA v. ordinanza Trib. Bologna 9 maggio 2005, in *Familia*, II, 2001, p. 475 ss.

²⁹⁹ Cfr. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., p. 298 e 331. *Contra* MANTOVANI, *La fecondazione assistita tra il «diritto alla prole» e il «diritto ai due genitori»*, cit., p. 419, secondo cui esistono comportamenti tollerati dall'ordinamento giuridico soltanto se posti in essere da soli, senza l'ausilio di terzi.

³⁰⁰ In questo senso si veda VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 79; DOGLIOTTI, FIGONE, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, cit., p. 27; VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2004, p. 542 e FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., p. 815.

naturalmente, dovrebbe utilizzare gameti di un soggetto terzo, oppure ricorrere ad un compagno/a fittizio, pratiche che però la legge sanziona espressamente.

Dunque alla procreazione assistita possono accedere solo persone di sesso diverso unite da un legame stabile corroborato dalla convivenza, siano esse coniugate o conviventi.

Per quanto riguarda il requisito del coniugio l'unico problema che si pone è quello della separazione, ossia se la mancanza di convivenza dei coniugi coniugati, ma separati, precluda l'accesso alle tecniche di PMA.

Coloro che rispondono negativamente a questa domanda basano il proprio assunto sulla considerazione che il rapporto di coniugio viene meno solo a seguito di una pronuncia di invalidità matrimoniale per il passaggio in giudicato della sentenza di divorzio o per la morte del coniuge: benché marito e moglie, se separati, non formino più una coppia in senso sostanziale, in termini formali lo sono ancora e, pur potendo mancare una stabile convivenza, vi è comunque sempre una relazione sentimentale attuale o passata alla base.³⁰¹

È ammesso, inoltre, l'accesso alle tecniche di PMA da parte di coloro che non sono coniugati, bensì solo conviventi *more uxorio*³⁰²: a tal fine, è sufficiente una personale dichiarazione degli interessati senza alcun controllo di sorta.

Il legislatore ha scelto in tal modo di non fissare un limite temporale alla durata della convivenza, con l'elevato rischio che, pur presidiata da una pesantissima sanzione, la norma in esame si presti ad essere elusa facilmente, ben potendo essere ammesse ai trattamenti anche coppie formatesi appositamente per tale scopo e coppie la cui convivenza sia iniziata il giorno prima della richiesta, essendo precluso al medico e al giudice verificare la veridicità delle dichiarazioni della coppia³⁰³.

Se va sicuramente valutata positivamente la scelta del legislatore di dare un riconoscimento alle coppie di fatto, la legge è, tuttavia, carente sotto il profilo del principio di tassatività, non richiedendo che la convivenza sia stabile e duratura e neppure che sia iniziata da un certo periodo di tempo, a differenza della legge sull'adozione, ossia la l. n. 184 del 1983, la quale richiede che per poter adottare i coniugi siano sposati da almeno tre anni, o anche meno se dimostrano di aver convissuto per almeno tre anni

³⁰¹ Cfr. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 84.

³⁰² È questa, come osserva DOGLIOTTI (*La legge sulla procreazione assistita: problemi vecchi e nuovi*, cit., p. 117), «una delle rare volte in cui la famiglia di fatto assume una decisiva rilevanza giuridica, in un ordinamento come quello italiano che è ancora privo di una disciplina specifica a differenza della maggior parte dei Paesi europei».

³⁰³ MANTOVANI (*Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, cit., p. 328 s.) osserva come «il riconoscimento alla “coppia convivente” degli stessi diritti della “coppia coniugata” costituisc[a] un’apertura inusitata, che, se da un lato rappresenta il frutto di un evidente intento compromissorio, dall’altro lato può costituire un *vulnus* alla doppia genitorialità, stante l’assenza di una disciplina legislativa identificativa della “famiglia di fatto”, il totale silenzio della legge in esame circa i requisiti di esistenza della coppia convivente e la indeterminatezza e precarietà della “convivenza” (essendo stati respinti anche gli emendamenti su una durata temporanea minima della stessa). Sicché la possibile frode alla legge da parte della donna sola, contrabbandando come convivente il partner occasionale o falso, può essere contrastata identificando la convivenza non con l’occasionalità, il vivere insieme o la relazione sessuale, ma con la convivenza *more uxorio*, connotata da quei requisiti di stabilità, inequivocabilità, che hanno caratterizzato quei pur tenui riconoscimenti giuridici della convivenza di fatto, motivati fra l’altro più che dal riconosciuto valore della convivenza in sé, da ragioni di solidarietà e del bene dei figli e che, pertanto, dovrebbero valere a fortiori rispetto alla procreazione, disciplinata, organizzata, finanziata dalle pubbliche istituzioni».

prima del matrimonio in modo stabile e continuativo. Diversi autori³⁰⁴ sottolineano che meglio avrebbe fatto il legislatore a richiedere che la coppia fosse in grado di dimostrare una pregressa convivenza di durata predeterminata, quale attestazione di una certa stabilità della coppia per garantire al nascituro la presenza di entrambi i genitori, oppure mediante la creazione di appositi registri delle unioni civili in modo da formalizzare la convivenza stessa³⁰⁵.

La mancata previsione, nella stessa legge, dell'elemento della stabilità della convivenza e la prova della sua durata per un certo periodo di tempo, è, infatti, all'origine di alcuni aspetti problematici. Un fenomeno che potrebbe verificarsi è, come già anticipato, quello in cui la coppia si costituisca soltanto occasionalmente o simulatamente per consentire alla donna di accedere alle tecniche di PMA e successivamente restare sola una volta avvenuta la fecondazione.

Tuttavia, è pur vero che la stessa legge prevede che l'accesso alle tecniche sia subordinato all'esistenza della sterilità o infertilità della coppia, ossia, come precisano le Linee guida, alla circostanza che dopo dodici/ventiquattro mesi di rapporti regolari non protetti il concepimento non sia avvenuto. Anche in tal caso la sterilità o l'infertilità devono essere documentate da un atto medico, il quale certifichi che la coppia abbia tentato senza riuscirci il concepimento da almeno un anno ed è «questa è la prova della comunanza di affetti e di durata protratta nel tempo della convivenza»: ma il medico non potrà far altro che dar conto di quanto dichiarato dalla coppia.

Peraltro, il rischio di un utilizzo distorto della legge sembra temperato dalla previsione contenuta nell'art. 8 della legge stessa, che attribuisce lo *status* di figlio naturale riconosciuto di entrambi i soggetti che sono ricorsi alla PMA, «con la conseguenza che, almeno sulla carta, la responsabilità di costoro nei suoi confronti dovrebbe essere garantita anche al di là della stabilità o meno della convivenza»³⁰⁶.

Altri ancora ritengono che, seppure il legislatore non abbia richiamato espressamente i caratteri propri della convivenza *more uxorio*, ossia la stabilità e la durata, questi debbano ritenersi ugualmente presenti in virtù di un'interpretazione teleologicamente orientata, presupponendo che al legislatore preme assicurare al nascituro un'assistenza familiare sostanziale e continuativa³⁰⁷.

2) Un'ulteriore requisito, al quale si è già fatto cenno, è che la coppia sia di sesso diverso.

³⁰⁴ Per tutti cfr. SCIANCALEPORE, *Norme in materia di procreazione assistita: principi generali*, in STANZIONE, SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 32, secondo cui andrebbe verificata la stabilità obbiettiva della coppia, consistente nella verifica di un periodo prolungato di convivenza ininterrotta, analogamente alla l. n. 184 del 1983.

³⁰⁵ Le carenze della legge sotto questo profilo sono emerse in sede di discussione, come mostra il fatto che il Senato il 10 dicembre 2003 ha approvato un ordine del giorno che impegnava il Governo ad individuare i criteri di accertamento della convivenza al fine di valutare il carattere della stabilità della stessa, «tenuto conto del preminente interesse del nascituro e degli indirizzi della legislazione di altri Stati europei».

³⁰⁶ Cfr. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, in *Procreazione assistita*, cit., p. 69.

³⁰⁷ DOGLIOTTI, FIGONE, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, cit., p. 133 ss. Tuttavia, secondo VALLINI (*Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 85), in questo modo, però, «si subordina la soddisfazione di un diritto positivo quale quello della salute riproduttiva, non solo alla presenza di requisiti "familiari" già di per sé di dubbia legittimazione, ma addirittura a condizioni non previste espressamente dalla legge, recuperate mediante un procedimento analogico».

Oltre ai *single*, anche alla coppia omosessuale, modello di convivenza che può formarsi liberamente secondo la libera scelta dei soggetti e tutelata per mezzo dell'art. 2 Cost.³⁰⁸, è, infatti, vietato accedere alle tecniche di PMA e ciò si coordina con il divieto di PMA di tipo eterologo (art. 4, comma 3) e di surrogazione della maternità (art. 12, comma 6).

Tale preclusione è giustificata anche in questo caso dall'esigenza di tutelare l'interesse del nascituro ad avere una figura genitoriale maschile ed una femminile.

Anche qualora, come si spera, il divieto di fecondazione eterologa, requisito implicito necessario per la procreazione assistita fra persone dello stesso sesso, venisse a cadere per l'opera congiunta della giurisprudenza sovranazionale e nazionale, non è tuttavia auspicabile, a parere di chi scrive, che il legislatore elimini il divieto per le coppie omosessuali di fare ricorso alla PMA, in quanto queste ultime, similmente che per l'adozione, non garantiscono al nascituro l'equilibrata educazione da parte di una doppia figura genitoriale nell'ambito di una famiglia normale³⁰⁹.

L'esclusione delle coppie omosessuali dall'accesso alle pratiche di PMA è peraltro in linea con la soluzione patrocinata dal Consiglio d'Europa che nei «Principi sul progresso delle scienze biomediche» fa espresso riferimento alla «coppia eterosessuale» (Principio 1, punto 1).

Tuttavia, analogamente al caso del soggetto *single*, la norma si espone, secondo alcuni, a dubbi di legittimità costituzionale nella misura in cui nega il diritto alla salute al *partner* che sia affetto da un problema di sterilità. Non trova, invece, chiaramente tutela nell'ordinamento giuridico la pretesa del *partner* omosessuale del soggetto affetto da sterilità ad essere riconosciuto anch'egli genitore.

Nel panorama legislativo europeo l'unico Paese che consente la fecondazione assistita anche alle coppie omosessuali è la legislazione spagnola, la quale richiede solo che la donna sia maggiorenne e con piena capacità di agire, indipendentemente dallo stato civile e dagli orientamenti sessuali della stessa³¹⁰.

3) Tra i requisiti soggettivi si richiede poi che la coppia sia maggiorenne, ossia che entrambi i soggetti abbiano compiuto i diciotto anni di età.

Sebbene l'art. 5 non lo richieda esplicitamente, tale requisito deve essere posseduto da entrambi i membri della coppia, in quanto l'art. 12, comma 2 prevede una sanzione amministrativa pecuniaria per il medico che abbia applicato tecniche di PMA a coppie in cui «uno dei componenti sia minorenne».

Tale requisito di natura anagrafica costituisce un limite minimo che la legge considera idoneo a garantire la maturità psichica e fisica necessaria ai fini della decisione di diventare genitore con l'ausilio delle tecniche mediche di procreazione. Tale scelta è altresì coerente con il ruolo svolto dal consenso informato, quale principio fondamentale sia all'inizio che durante tutto l'*iter* in cui si svolge il protocollo di PMA; il legislatore vuole, infatti, assicurarsi che la coppia comprenda tutte le informazioni di carattere medico, nonché giuridico che il medico fornirà loro in ogni fase della procedura.

³⁰⁸ Sul punto si veda diffusamente D'ANGELI, *Il fenomeno delle convivenze omosessuali: quale tutela giuridica?*, in *Quaderni della Riv. dir. civ.*, 2003, p. 1 ss.

³⁰⁹ SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 49.

³¹⁰ Art. 6, comma 1, l. 26 maggio 2006, n. 14.

Tuttavia, si osserva come la scelta di far dipendere la cura di un soggetto affetto da sterilità o infertilità da un requisito di età, si esponga a dubbi di legittimità costituzionale sotto il profilo del principio di uguaglianza, dal momento che l'ordinamento non vieta ai minorenni di procreare naturalmente.

Se un limite minimo di età è ragionevole perché la scelta di far ricorso alle tecniche di PMA deve essere responsabile e meditata, tuttavia non appare condivisibile, secondo autorevole dottrina³¹¹, la discriminazione fra minorenni e maggiorenni, considerato che al minore ultrasedicenne è consentito riconoscere il figlio naturale e soprattutto che il minore coniugato è emancipato di diritto. Appare così fondato il sospetto di illegittimità incostituzionale della legge anche sotto questo aspetto, per violazione del principio di uguaglianza.

Secondo altri³¹² la norma non si esporrebbe, invece, a dubbi di legittimità costituzionale, in quanto il requisito della maggiore età andrebbe riferito solamente a coloro che vogliono accedere alle tecniche di PMA senza essere sposati, dal momento che l'infradiciottenne che abbia contratto matrimonio, in quanto emancipato, acquista la capacità di compiere, oltre agli atti di ordinaria amministrazione, anche quelli di natura personale.

4) Con il requisito dell'età potenzialmente fertile, il legislatore ha scelto di consentire il ricorso ad un protocollo di PMA entro un determinato periodo di tempo, composto da due termini, uno iniziale, dato dalla maggiore età, e l'altro finale, dato dall'età potenzialmente fertile della stessa.

Il riferimento all'età potenzialmente fertile con il suo correlato carattere flessibile, evidentemente ispirata al rispetto dei limiti fisiologicamente connaturati alla capacità riproduttiva naturale³¹³, in linea con la natura esclusivamente terapeutica delle tecniche di PMA, ha però sollevato alcuni dubbi interpretativi, dal momento che il legislatore ha evitato di fissare in termini numerici il limite massimo di età, non precisando neppure in quale momento debba essere accertata la presenza della suddetta età fertile, se nel momento in cui si iniziano le procedure, oppure in quello in cui, a seguito di una possibile crioconservazione dell'embrione, si decida di trasferirlo nel corpo della donna³¹⁴.

In primo luogo il fatto che il requisito della "potenziale fertilità" si riferisca non alla donna concreta che si vuole sottoporre alle tecniche di PMA, bensì all'età della stessa, porta a ritenere che, seppur la donna non sia ancora concretamente ed effettivamente in menopausa, ma abbia un'età in cui secondo la miglior scienza medica si entra generalmente in menopausa (ossia cinquantuno anni), essa non possa usufruire della fecondazione assistita.

³¹¹ V. DOGLIOTTI, *La legge sulla procreazione assistita: problemi vecchi e nuovi*, cit., 118.

³¹² Cfr. VILLANI, *La nuova legge sulla procreazione assistita*, in *Studium iuris*, 2004, p. 579.

³¹³ Cfr. NADDEO, in *Accesso alle tecniche*, in *Procreazione assistita*, cit., p. 84.

³¹⁴ Se si ritiene prevalente l'interesse di evitare gravidanze troppo in là nel tempo per assicurare al nascituro un'effettiva assistenza parentale nel tempo, l'accertamento dell'età potenzialmente fertile andrebbe condotta nel momento iniziale dei trattamenti con esclusione, quindi, di trasferimenti successivi dell'embrione formato e permanenza del suo stato di crioconservazione. Se, invece, si ritiene prevalente la tutela dell'embrione, quest'ultimo una volta creato dovrebbe comunque essere trasferito nel corpo materno, sebbene i limiti di età dei soggetti richiedenti siano superati. Secondo VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita in Italia: profili civilistici*, cit., p. 24, la praticabilità di quest'ultima soluzione, seppur *contra legem*, appare non del tutto da escludersi in quanto il legislatore non commina alcuna sanzione per chi acceda alla PMA in mancanza di questo requisito.

In questo modo però si obietta che si finisce per limitare il ricorso ad una terapia funzionale al diritto della salute *ex art. 32 Cost.*, in una donna che non può procreare, non a causa della menopausa, ma per problemi riproduttivi differenti.

La previsione viene però giustificata dalla maggioranza della dottrina³¹⁵ con la considerazione che una gravidanza in età attempata sarebbe pericolosa per la salute della donna stessa a causa della facile ricorrenza di aborti spontanei, e soprattutto dell'interesse del minore ad avere due genitori che possano garantirgli una assistenza effettiva nel periodo della crescita, garantendo così una *imitatio naturae*.

Dunque, anche questo requisito va incontro a delle obiezioni. In primo luogo il legislatore meglio avrebbe fatto a fissare un'età precisa per entrambi i componenti della coppia, così come avviene in tema di adozione al fine oltretutto di evitare trattamenti diversificati da centro a centro.

In secondo luogo manca nell'art. 12 comma 2 una sanzione in caso di mancato rispetto del requisito dell'età potenzialmente fertile per la coppia, omissione che non può certo essere colmata in via interpretativa³¹⁶. Non è chiaro se l'omissione sia dovuta ad una svista del legislatore³¹⁷, oppure sia voluta, nel senso che la mancanza del requisito in parole è considerata secondaria rispetto agli altri quattro.

In conclusione, viene fatto osservare come «il divieto in questione avrebbe dovuto essere sancito, anche per esigenze di certezza giuridica e di tassatività penale, con l'indicazione di un preciso anno di età, in luogo della formula compromissoria usata dal legislatore, che facendo riferimento all'evento-limite della menopausa con le variabili cronologiche individuali, anche consistenti, può costituire, anche per gli ampi poteri di valutazione lasciati al medico, un *vulnus* agli interessi sopra indicati»³¹⁸.

5) L'ultimo requisito, ossia la presenza in vita di entrambi i soggetti, è quello che ha sicuramente creato maggiori problemi di interpretazione³¹⁹.

Premesso che l'art. 12, comma 6 della legge vieta la surrogazione di maternità, se ne deduce che il requisito di essere vivente deve essere riferito all'uomo, poiché la morte della donna interrompe necessariamente ogni pratica di PMA.

³¹⁵ Secondo VALLINI (*Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 77 s.) l'unico significato costituzionalmente orientato della norma, ossia finalizzato alla tutela della salute della donna, è quello che interpreta la locuzione "età potenzialmente fertile" come «età in cui l'esposizione a certi rischi correlati alla procreazione non siano così significativi da sconsigliare l'instaurazione di una gravidanza», valutazione che dovrà essere condotta dal medico in modo accurato. Inoltre, «in questa prospettiva, la norma viene a "positivizzare" una regola cautelare, strumentale rispetto ad eventuali imputazioni a titolo di colpa specifica qualora la paziente dovesse subire lesioni a causa di una gravidanza, o di un parto, tardivi: così si comprende, tra l'altro, l'assenza di una sanzione dedicata».

³¹⁶ Tuttavia secondo alcuni Autori (CASSANI, *Procreazione medicalmente assistita*, in SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, II, Milano, 2009, p. 3713) potrebbe trovare applicazione in via interpretativa sia l'art. 12, comma 3 (il quale richiama l'art. 5 che testualmente prevede tale requisito), sia l'art. 12, comma 4, che sanziona la violazione dell'art. 6, il quale a sua volta esige che ad essere informata sia la coppia di cui all'art. 4, ovvero la coppia potenzialmente fertile.

³¹⁷ Così VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., p. 217, secondo cui il legislatore sarebbe in corso in un'omissione involontaria.

³¹⁸ MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, cit., p. 328.

³¹⁹ La giurisprudenza italiana si è pronunciata in passato nel senso dell'ammissibilità dell'inseminazione *post-mortem* con un'ordinanza del Tribunale di Palermo datata 8 gennaio 1999 (in *Foro it.*, 1999, I, c. 1653 ss., con nota di NIVARRA, *Fecondazione artificiale: un caso recente ed un'opinione dissenziente (ma solo sul metodo)*, dove il divieto previsto dal codice deontologico medico di praticare l'inseminazione *post-mortem* è considerato una violazione ingiustificata del diritto della donna alla propria integrità personale.

Il problema si è posto, pertanto, con riferimento al termine temporale in cui la morte dell'uomo interrompe il procedimento, dato che la disposizione non dà indicazioni in merito al momento in cui si deve valutare la presenza in vita dell'uomo.

Gli interpreti si sono così chiesti cosa accadrebbe se l'uomo morisse quando le pratiche sono già iniziate, ma il trasferimento dell'embrione non è ancora avvenuto.

A questo interrogativo di non poco conto ha in parte risposto la giurisprudenza amministrativa, la quale ha previsto che la presenza in vita dei soggetti deve riferirsi alla fase precedente l'inizio delle procedure, dal momento che dopo trova applicazione l'art. 14, comma 1, che vieta la soppressione degli embrioni e l'art. 6 comma 3, che vieta la revoca del consenso per cui le pratiche dovrebbero comunque continuare. Tuttavia, come si è visto, la donna può sempre revocare il consenso al trasferimento dell'embrione, interrompendo le pratiche già avviate con conseguente crioconservazione.

La dottrina, analogamente alla giurisprudenza³²⁰, sembra concordare sul fatto che, qualora la morte dell'uomo avvenga dopo la fecondazione dell'oocita, ma prima del trasferimento dell'embrione nel corpo materno, ciò non porterebbe a dover interrompere le pratiche di PMA, così che il medico sarebbe comunque obbligato a trasferire l'embrione, a condizione che la donna lo richiedesse, sempre che alla base vi sia una situazione di sterilità o infertilità di uno o entrambi i componenti della coppia e l'uomo sia ancora in vita al momento dell'acquisizione del consenso informato³²¹.

Questa interpretazione della legge sarebbe, peraltro, l'unica coerente con la finalità della legge di salvaguardare la vita e lo sviluppo dell'embrione in linea con il tenore letterale dell'art. 5 che parla di «accesso alle tecniche di PMA», ossia del momento iniziale dei trattamenti.

Dalle complesse procedure relative alla manifestazione del consenso informato sembra, invece, si possa escludere che il procedimento possa avvenire utilizzando il seme di uomo deceduto per fecondare un oocita della moglie o della convivente. Non è, quindi, consentito alla donna utilizzare il seme del compagno morto precedentemente congelato (congelamento possibile perché effettuato solo sul gamete ai sensi dell'art. 14, comma 8), oppure prelevato immediatamente dopo il suo decesso dal cadavere.

Tale divieto troverebbe la sua giustificazione non tanto in considerazione del fatto che in questo caso mancherebbe il consenso dell'uomo a diventare padre, o comunque egli risulterebbe genitore per una volontà e per atti compiuti dopo la sua morte, ma soprattutto nell'interesse del figlio a crescere con la figura paterna. Quest'ultima potrà sì venire a mancare per altre circostanze, ma in tali ipotesi il nascituro non sarà privato della figura paterna già al momento del concepimento secondo un consapevole programma voluto dalla madre. Inoltre, in questo caso il ricorso ad un protocollo di PMA consentirebbe di ottenere un risultato impossibile in natura.

³²⁰ L'ordinanza cautelare del Tribunale di Palermo 8 gennaio 1999 (in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1999, p. 226), nell'ordinare al centro medico specialistico di procedere all'impianto nell'utero di una vedova dell'embrione figlio del marito deceduto, aveva fatto leva fra l'altro sul diritto alla vita del nascituro, sottolineando come la soppressione degli embrioni avrebbe provocato agli stessi un danno irreparabile, la morte, assai più grave di quello che avrebbero subito inserendosi in un contesto familiare, privo di uno dei due genitori.

³²¹ Così DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, cit., p. 1580.

Un altro problema che la legge non chiarisce riguarda il momento in cui i requisiti soggettivi suddetti devono sussistere. Se è indubbio che essi debbano sussistere al momento della richiesta di accesso alle tecniche di PMA, è necessario chiedersi sino a quale momento debbano permanere, dal momento che tra l'accesso e l'applicazione delle tecniche di PMA possono verificarsi degli eventi tali da escludere la permanenza dei requisiti iniziali richiesti.

Ad avviso di alcuni Autori³²², dalla lettura della legge (in particolare dalla disposizioni di cui al comma 4 dell'art. 6 in base al quale prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche» il medico può decidere di «non procedere alla procreazione medicalmente assistita, esclusivamente per motivi di ordine medico-sanitario», ma sempreché «siano fatti salvi i requisiti richiesti dalla legge» e dall'art. 12, comma 2, il quale stabilisce che «chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei cui componenti sia minorenne ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria»), sembrerebbe desumersi la necessità della permanenza dei requisiti ben oltre il momento in cui i soggetti dichiarano la volontà di accedere alle tecniche, ossia che la coppia debba possedere i requisiti legali dal momento di accesso alle tecniche al momento dell'applicazione delle stesse e che, quindi, i suddetti requisiti soggettivi di accesso siano requisiti di legittimità per la prosecuzione dell'intervento medico.

Tuttavia, questa lettura non convince, in quanto il comma 4 dell'art. 6 non deve essere letto come attributivo del potere dovere del medico di interrompere in qualunque momento le procedure nel caso venga meno un requisito soggettivo, ma, in modo più coerente, che al momento dell'accesso, il medico responsabile della struttura, che è colui davanti al quale la coppia esprimerà la propria volontà di accedere alle tecniche, avrà il potere-dovere di rifiutare di proseguire sia nel caso riscontri la mancanza di un requisito soggettivo, sia per motivi di ordine medico-sanitario. D'altra parte tale lettura si porrebbe anche in contrasto con il fine ultimo dichiarato dal legislatore di tutelare l'embrione, che dovrebbe, al contrario, essere soppresso in caso del venir meno anche solo di un requisito di cui all'art. 5 della legge *de qua*.

Per quanto riguarda l'aspetto sanzionatorio, gli artt. 5 e 12, comma 9 e 10 puniscono assai severamente chiunque a qualsiasi titolo applichi tali tecniche senza i suddetti requisiti (ad eccezione del caso dei soggetti che non sono in età potenzialmente fertile e dei *singles*), prevedendo una sanzione amministrativa pecuniaria, che va dai 200.000 ai 400.000 euro, a cui si deve aggiungere per l'esercente la professione sanitaria la sanzione amministrativa accessoria di carattere interdittivo della sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale. Alla struttura nella quale la pratica illecita è eseguita è invece sospesa per un anno l'autorizzazione ad attuare le pratiche in oggetto, mentre in caso di recidiva o di concorso di titoli l'autorizzazione viene revocata.

³²² Cfr. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, cit., p. 82 s., secondo cui tutti i requisiti soggettivi richiesti devono permanere per tutta la durata dell'operazione, dal momento che la loro sopravvenuta mancanza impone di interrompere la procedura. Sarà solo a partire dall'avvenuta fecondazione dell'ovulo che il soggetto concepito non potrà che nascere indipendentemente dalla circostanza che ad accoglierlo sia una famiglia dotata dei requisiti stabiliti dalla legge.

Pur essendo formalmente sanzioni di carattere amministrativo³²³, la loro relevantissima afflittività ha fatto parlare, come si dirà meglio in seguito, di “truffa alle etichette” per la loro elevatissima incidenza sul patrimonio e per le sue ricadute accessorie ai danni del diritto all’esercizio di una professione³²⁴.

Per quanto concerne, invece, l’uomo e la donna che accedono alle tecniche di PMA senza possedere i requisiti prescritti dal legislatore, quest’ultimo ne esclude espressamente la punibilità al comma 8 dell’art.12.

In conclusione, a parere di chi scrive, se appare sicuramente apprezzabile la scelta del legislatore di prescindere dal requisito della convivenza e di sancire la non punibilità degli aspiranti genitori, la norma di cui all’art. 5 suscita, come si è detto, più di una perplessità sotto diversi profili. A tal fine il legislatore avrebbe potuto richiedere solamente la presenza di «una coppia di adulti maggiorenni di sesso diverso», senza alcun riferimento al requisito del matrimonio o della convivenza, in quanto, a scongiurare il rischio di finzioni di paternità sarebbero state sufficienti le disposizioni di cui all’art. 8 e 9 della legge n. 40/2004.

8. *Lo statuto giuridico del nato in seguito a PMA.*

Anche gli artt. 8 e 9 del Capo III, dedicato alla tutela del nascituro, non sono esenti da dubbi interpretativi e sollevano questioni controverse.

Il primo di essi disciplina lo statuto giuridico del nato in seguito a tecniche di PMA, prevedendo che i figli concepiti attraverso tali procedure abbiano lo stato di figli legittimi nell’ambito della coppia coniugata³²⁵ e lo stato di figli riconosciuti nell’ambito della coppia di conviventi «che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime a sensi dell’art. 6» della legge stessa.

Nell’articolo successivo, con evidente pragmatismo, il legislatore ha poi previsto che qualora il divieto di ricorrere a pratiche di fecondazione di tipo eterologo venga aggirato o violato, è vietato sia il disconoscimento della paternità, sia l’anonimato della madre, ma di ciò si darà conto ampiamente nel capitolo dedicato alla fecondazione eterologa a cui si rinvia.

Tale disposizione conferma così che l’art. 8 si riferisce esclusivamente ai nati in seguito a PMA omologa, visto che la legge consente di ricorrere solo a quest’ultima e mai potrebbe esprimersi un consenso valido relativamente in questo senso, essendo l’eterologa espressamente vietata dall’art. 4, comma 3 della legge.

³²³ Sui criteri ai quali dovrebbe attenersi il legislatore italiano nel ripartire gli illeciti tra sistema penale e sistema sanzionatorio amministrativo si veda DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in MARINUCCI, DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 371 ss., il quale osserva come anche la sanzione amministrativa punitiva (pecuniaria o interdittiva) dovrebbe essere usata dal legislatore solo a tutela di beni giuridici, allorché il ricorso alla sanzione penale appaia sproporzionato o non necessari.

³²⁴ VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 80.

³²⁵ Per i nati con le tecniche di PMA non viene però meno la presunzione di legittimità ai sensi dell’art. 232, comma 2, c.c. concernente i coniugi separati, in quanto per questi si tratta di una sicura prova di legittimità e non di una presunzione. Tuttavia in base all’art. 5 della legge possono accedere alle tecniche di PMA solo i coniugi non separati.

Scopo della disposizione di cui all'art. 8, che a prima vista potrebbe sembrare ovvia dal momento che il codice civile già prevede i criteri fondanti per lo *status* dei figli, è quasi certamente quello di creare certezza in merito alla condizione giuridica del nato a seguito di un procedimento diverso da quello naturale³²⁶.

Nonostante le intenzioni del legislatore, a causa della sinteticità della disposizione, permangono comunque diverse questioni aperte, che sono lasciate allo sforzo ermeneutico dell'interprete³²⁷.

In primo luogo si pone il dubbio se il legislatore abbia inteso limitare gli effetti del consenso soltanto all'ipotesi di PMA eseguita rispettando le prescrizioni normative, così come sembra suggerire il richiamo all'art 6 della legge, che prevede che la manifestazione del consenso sia disciplinata da un minuzioso *iter* informativo, oppure anche alle ipotesi di fecondazione eseguita in violazione della legge.

La questione è delicata e la dottrina propende per non far derivare nessuna conseguenza giuridica negativa da omissioni di formalità dovute al sanitario allo scopo di non far dipendere lo *status* del nato da fatti esterni ai genitori, mentre, al contrario, ritiene rilevante il difetto di forma scritta della manifestazione del consenso da parte dei genitori, mancando un atto formale e facilmente provabile di assunzione di responsabilità da parte dei futuri genitori verso il nascituro³²⁸.

In secondo luogo la disposizione in esame pare derogare, innovando parzialmente, ai principi in materia di filiazione naturale: mentre, infatti, nella filiazione naturale occorre un atto di riconoscimento del figlio da parte di entrambi i genitori³²⁹ nelle forme e alle condizioni previste dall'art. 250 c.c., nella PMA l'art. 8 stabilisce un automatismo della filiazione naturale, senza che occorra pertanto un atto di riconoscimento successivo al concepimento³³⁰.

Ciò trova probabilmente giustificazione nel fatto che la legge n. 40/2004 richiede la formazione di una volontà consapevole e consapevolmente espressa quale presupposto per l'accesso alle tecniche di PMA e, nell'ottica di tutela del nuovo nato, il legislatore fa perciò conseguire *ex lege*, dal consenso espresso secondo le modalità disciplinate dall'art 6, anche il riconoscimento di quest'ultimo, impedendo di fatto che possa avvenire quello che la disciplina codicistica consente in ambito di filiazione naturale, ossia che il genitore che per primo riconosce il nato possa opporsi al riconoscimento successivo dell'altro genitore.

³²⁶ *Contra* DOGLIOTTI, *La legge sulla procreazione assistita: problemi vecchi e nuovi*, cit., p. 119, secondo cui il legislatore, invece di semplificare, eliminando ogni distinzione fra figli nati dentro e fuori il matrimonio, ha creato un *tertium genus*, ossia quello dei figli nati in seguiti a fecondazione assistita.

³²⁷ Per un'analisi approfondita delle numerose questioni controverse sollevate dagli artt. 8 e 9 si veda MARTINI, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 208 ss.

³²⁸ VILLANI, *La nuova legge sulla procreazione assistita*, cit., p. 582.

³²⁹ Se fosse solo un genitore a riconoscere il figlio questi potrebbe proporre azione giudiziale di paternità o maternità.

³³⁰ *Contra* SESTA, *Diritto di famiglia*, Padova, 2005, p. 582, secondo cui la norma in esame non ha innovato rispetto alla disciplina ordinaria relativa all'attribuzione di *status* di figlio naturale riconosciuto, motivo per il quale occorrerebbe sempre il riconoscimento da parte di ciascun genitore, in mancanza del quale potrà richiedersi la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità.

9. *Le strutture autorizzate e responsabilità del centro.*

Meritano di essere ricordate, seppur brevemente, anche le disposizioni contenute negli artt. 10 e 11 della legge in commento³³¹, le quali prevedono che gli interventi di PMA debbano essere effettuati in strutture pubbliche e private che abbiano ottenuto l'autorizzazione regionale e siano iscritte in un apposito registro istituito con decreto del Ministero della Salute presso l'Istituto Superiore di Sanità.

Il 1° comma dell'art. 10 dispone in particolare che le tecniche di PMA possano essere applicate solamente in strutture sanitarie, pubbliche o private, che abbiano ricevuto un'apposita autorizzazione regionale, mentre il successivo comma indica i parametri in base ai quali detta autorizzazione può essere concessa, stabilendo che entro tre mesi dall'entrata in vigore della nuova normativa le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano dovranno definire con proprio decreto i requisiti tecnico-scientifici e organizzativi delle strutture, le caratteristiche del personale impiegato, i criteri per la determinazione della durata delle autorizzazioni e dei casi di revoca delle stesse, nonché i criteri per lo svolgimento dei controlli sul rispetto delle disposizioni della legge n. 40/2004 e sul permanere dei requisiti tecnico-scientifici e organizzativi delle strutture medesime.

Il comma 2 dell'art. 10 va, dunque, considerato come la disposizione con la quale il legislatore ha indicato, sia pure in forma generica, i principi fondamentali di cui le regioni dovranno tenere conto, unitamente a quanto verrà stabilito con le Linee guida di cui all'art. 7 della nuova legge, nell'emanare i propri atti normativi, lasciando poi a queste il compito di dare pratica attuazione e contenuto concreto agli stessi con la possibilità che i singoli atti regionali possano avere contenuti anche assai divergenti gli uni dagli altri, data la genericità del disposto dell'art. 10³³².

Il successivo art. 11 dispone, invece, l'istituzione con decreto del Ministero della salute di un registro nazionale delle strutture autorizzate che dovrà essere tenuto presso l'Istituto Superiore della Sanità in cui dovranno essere iscritti, oltre alle strutture autorizzate all'applicazione delle tecniche di PMA, anche gli embrioni formati e i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche medesime.

Il comma 2 dello stesso articolo prevede espressamente che detta iscrizione sia obbligatoria.

Ci si è chiesti quale fosse lo scopo del legislatore con la previsione dell'iscrizione obbligatoria nel registro del nome dei nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di PMA: la creazione di una categoria "speciale" di persone, generava, infatti, in molti il timore, già emerso in sede di dibattito parlamentare,³³³

³³¹ Per un'analisi approfondita del contenuto di questi due articoli si veda VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., p. 111 ss.

³³² Così VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., p. 114.

³³³ Si vedano in questo senso le osservazioni del Presidente dell'Autorità per la tutela dei dati personali Rodotà, riportate in sede di Relazione di minoranza della commissione parlamentare igiene e sanità n. 1514A-bis, secondo cui «destano preoccupazione visto l'inserimento nel registro istituito dall'art. 11, comma, de dati riguardanti gli embrioni formati e i nati con le tecniche di procreazione medicalmente assistita, [...]. La creazione di un autonomo registro, parallelo a quello dello stato civile e riguardante i soli nati grazie alle tecniche di procreazione assistita, può costituire la base per considerare tali persone come un nucleo di persone destinato ad essere sottoposto ad una particolare "attenzione", con possibili effetti di stigmatizzazione sociale, se non di vera e propria discriminazione».

di una discriminazione sociale per in nati da tali tecniche e prospettava inoltre problemi in tema di *privacy*.

Problematico risulta inoltre individuare i presupposti della revoca dell'autorizzazione: secondo autorevole dottrina «la logica di questa disciplina sembra comunque suggerire che “le più violazioni dei divieti” debbano ricondursi a persone diverse operanti all'interno della stessa struttura: mentre la sospensione dell'autorizzazione è prevista per il caso in cui all'interno della struttura venga eseguita *una* pratica vietata, la revoca dell'autorizzazione seguirà, innanzitutto, all'esecuzione di pratiche vietate ad opera di *più* persone diverse»³³⁴.

Relativamente alle sanzioni previste il comma 5 dell'art. 12 della legge n. 40/2004 punisce con una pesante sanzione amministrativa pecuniaria che va da 100.000 a 300.000 euro «chiunque a qualsiasi titolo applica tecniche di procreazione medicalmente assistita in strutture diverse da quelle di cui all'art. 10», ossia, in strutture che non abbiano ottenute l'autorizzazione regionale richiesta e non siano iscritte nel registro di cui all'art. 11.

Alla sanzione amministrativa pecuniaria si accompagnano sanzioni accessorie che vanno dalla sospensione dell'autorizzazione per un arco temporale limitato (fino ad un anno) fino alla revoca della stessa, nei casi di reiterata violazione o di recidiva (art. 12, comma 10)³³⁵.

I divieti la cui violazione comporta la sospensione o la revoca dell'autorizzazione per la struttura sono sia i divieti presidiati con le sanzioni penali di cui all'art. 12, commi 6 e 7 (commercializzazione di gameti o di embrioni, surrogazione di maternità, clonazione riproduttiva), sia i divieti presidiati con la sanzione amministrativa di cui all'art. 12, comma 1, 2, e 4 (fecondazione eterologa, *post mortem*, trattamento eseguito nei confronti di minorenni o senza che il consenso sia stato raccolto secondo le prescrizioni di legge, o, ancora, che la donna non sia coniugata o convivente con persona di sesso maschile).

A giudizio di molti le disposizioni contenute in questi due articoli sono fra le poche che meritano apprezzamento nella misura in cui costituiscono forse le sole che «realmente portano un correttivo al mercato selvaggio, determinando *standard* minimi necessari per le strutture pubbliche e private ed un

³³⁴ Così DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 1584.

³³⁵ Secondo CANESTRARI, *La disciplina della procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 649 la disposizione in esame suscita perplessità sotto diversi profili. «In primo luogo il campo di applicazione del comma dieci risulta ambiguo, dal momento che si riferisce alle «pratiche vietate ai sensi del presente articolo», ma non specifica i commi di riferimento dell'art. 12. Non risulta dunque chiaro se con l'espressione «pratiche vietate» debbano intendersi esclusivamente le tipologie di pratiche procreative vietate dall'art. 12, ovvero tutte le condotte in generale vietate dall'art. 12 stesso. Nel primo caso l'applicazione delle sanzioni interdittive sarà circoscritta all'esecuzione della fecondazione eterologa, della maternità surrogata o della clonazione riproduttiva. Nel secondo caso potrebbe estendersi anche alla commercializzazione di gameti o embrioni ovvero in generale ad ogni violazione dell'art. 12. Considerando che la revoca dell'autorizzazione si riferisce in generale ai “divieti” di cui all'art. 12. L'ultima soluzione pare quella più plausibile. In secondo luogo l'art. 12, comma 10 non risulta conforme a quanto previsto dal d.lgs. n. 231/2001 in materia di responsabilità amministrativa da reato degli enti, in quanto la legge n. 40/2004 ha previsto sanzioni amministrative che vanno a colpire direttamente il centro autorizzato, ignorando completamente il sistema di garanzie, i requisiti ed i presupposti previsti dal d.lgs. n. 231/2001, affinché un ente possa essere chiamato a rispondere».

registro nazionale dei centri, oltre che degli embrioni e dei nati»³³⁶. L'assenza di una disciplina organica che regolamentasse l'attività dei centri, oltre alla stessa frammentarietà della disciplina contenuta nelle circolari ministeriali³³⁷ per di più rivolta ai soli centri pubblici aveva, infatti, determinato una crescita incontrollata dei centri in cui si praticavano le tecniche di PMA, rendendo sempre più urgente, come si è già evidenziato, una sua regolamentazione legislativa, cosa che è appunto avvenuta con la legge n. 40/2004.

10. Il referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2005.

Nei primi mesi del 2004 una coalizione trasversale composta da Radicali Italiani, Democratici di sinistra, Socialisti democratici italiani, Rifondazione comunista e singoli esponenti della Margherita e del centro-destra iniziò a raccogliere le firme fra i cittadini per chiedere la legittimazione di quattro quesiti di abrogazione parziale della legge n. 40/2004 e uno di abrogazione totale, lasciando intravedere la possibilità di mettere presto fine ad una legge considerata dai più "ingiusta", o addirittura, come era stata definita da alcuni³³⁸, una legge "cattiva", in quanto legge contro la vita, contro la stessa procreazione medicalmente assistita che, pur nelle intenzioni, dichiarava di voler favorire.

Come noto la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità delle richieste di referendum abrogativo, con cinque sentenze emesse il 13 gennaio 2005 e depositate in cancelleria il successivo 28 gennaio³³⁹, dichiarò ammissibili le quattro richieste di abrogazione parziale della stessa legge, ma inammissibile la richiesta di abrogazione totale della l. n. 40 del 2004, fissando al contempo la data per la consultazione referendaria per il 12 e 13 giugno 2005³⁴⁰.

Per quanto concerne le motivazioni addotte dalla Consulta nelle proprie pronunce a sostegno dell'ammissibilità della richiesta di referendum popolare, esse danno conto del rispetto tanto dei limiti

³³⁶ GENTILOMO, PIGA, *La procreazione tra natura e cultura. Alcune osservazioni sulla nuova legge in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. it. med. leg.*, 2004, p. 50.

³³⁷ Sono le circolari del Ministero della Sanità su «Limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale» e la circolare del Ministero della Sanità dettante «Misure di prevenzione della trasmissione dell'HIV e di altri agenti patogeni nella donazione di liquido seminale impiegato per fecondazione assistita» prima citate. Cfr. *supra* par. 1.

³³⁸ In questo senso si veda DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, cit., p. 136

³³⁹ Le sentenze in questione sono pubblicate in G.U. *I serie spec.* 2 febbraio 2005, n. 5, p. 98 ss.

³⁴⁰ Su questo argomento si veda nello specifico VIPIANA, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di procreazione medicalmente assistita, prima e dopo la legge n. 40/2004*, cit., p. 87 ss.; RUGGERI, "Tutela minima" di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e...sanati) in tema di procreazione medicalmente assistita (Nota a "prima lettura" di Corte cost. nn. 45-49 del 2005), in AINIS M. (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, Milano, 2005, p. 645 ss. e LAMARQUE, *I referendum sulla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia e diritto*, 2005, p. 195 ss.

espressamente contemplati all'art. 75, comma 2 Cost.³⁴¹, quanto dei limiti ulteriori che la Corte, a partire dalla sentenza n. 16 del 1978³⁴², ha desunto in via interpretativa dal sistema costituzionale.

Nelle sentenze n. 46, 47 e 48 si è sottolineato, in particolare, che andava «escluso che le disposizioni di legge po[tessero] ritenersi a contenuto costituzionalmente vincolato o necessario, così da sottrarsi alla possibilità di abrogazione referendaria». Le richieste, inoltre, non si ponevano «in contrasto con i principi posti dalla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, e dal Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani, cui si è data esecuzione con legge 28 marzo 2001, n. 145», in quanto oggetto del divieto di cui all'art. 1 del richiamato Protocollo addizionale sono «solamente gli interventi diretti ad ottenere un essere umano geneticamente identico ad un altro essere umano vivente o morto, e tali interventi [...] restano vietati anche alla stregua della normativa di risulta».

Analogamente, non faceva difetto il carattere dell'omogeneità del quesito, sebbene quest'ultimo fosse, nei casi decisi con le sentenze n. 47 e 48, «a carattere plurimo».

Le medesime considerazioni sono state svolte nella sentenza n. 49, dove, escluso il contrasto con vincoli internazionali, si è rilevato che la richiesta di *referendum* riguardava «disposizioni fra loro intimamente connesse, le quali forma[va]no un autonomo e definito sistema», donde la «omogeneità e non contraddittorietà» del quesito.

Sotto altro profilo, si è evidenziato che l'eventuale abrogazione delle disposizioni oggetto del quesito non era «susceptibile di far venir meno un livello minimo di tutela costituzionalmente necessario, così da sottrarsi alla possibilità di abrogazione referendaria».

Infine, non poteva sostenersi «il carattere sostanzialmente propositivo e non puramente demolitorio del *referendum*, perché [sarebbe stato] semplicemente abolito un divieto e, conseguentemente, una condotta fino ad allora vietata [sarebbe divenuta] consentita»³⁴³.

Per quanto concerne il contenuto, i quattro quesiti di abrogazione parziale avrebbero dovuto abrogare proprio quelle norme ritenute dai più palesemente incostituzionali, attraverso l'eliminazione di singoli commi, frasi e locuzioni, o parole, in modo da stravolgere il significato delle stesse.

In particolare, essi riguardavano in tutto o in parte gli artt. 1, 4, 6, 12, 13 e 14 della legge n. 40/2004, ossia le norme che regolano le finalità della legge, i diritti dei soggetti coinvolti, il divieto posto nei confronti delle tecniche di tipo eterologo e il limite alle ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni. Venivano toccati, altresì, gli artt. 5 e 9, ma solo in relazione all'accesso alle tecniche di PMA aspetto disciplinato dall'art. 4, comma 3.

³⁴¹ Secondo cui «non è ammesso il *referendum* per le leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e di indulto, di autorizzazione a ratificare i trattati internazionali».

³⁴² Per un'analisi della giurisprudenza costituzionale sui criteri adottati per valutare l'ammissibilità delle richieste referendarie e, in particolare, della sentenza n. 16 del 1978 si veda RUGGERI, «*Tutela minima*» di beni costituzionalmente protetti, cit., p. 195 ss.

³⁴³ Cfr. la Relazione in occasione della Conferenza stampa del Presidente Annibale Marini consultabile all'indirizzo <http://www.cortecostituzionale.it>.

Venendo ora all'esame dei singoli quesiti referendari, la sentenza n. 46 del 2005 ha dichiarato ammissibile il quesito denominato "pma-limite alla ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni – abrogazione parziale".

Tale primo quesito referendario, investendo alcune parti di tre articoli della legge n. 40/2004, mirava in concreto, secondo la Corte stessa, ad «ampliare la possibilità di ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni con finalità terapeutiche e diagnostiche, sia attraverso la rimozione dei limiti di cui all'art. 13, comma 2, sia attraverso l'eliminazione dei divieti di clonazione mediante trasferimento di nucleo e di crioconservazione, in quanto procedure strumentali alle tecniche di utilizzo delle cellule staminali». In altre parole, i promotori del *referendum* chiedevano la modifica degli artt. 12, 13 e 14 in tema di divieto di ricerca e sperimentazione dell'embrione, che la legge vieta in tutte le forme, ad eccezione dei casi finalizzati alla tutela della salute dello stesso.

Le sentenze n. 47 e n. 48 del 2005 hanno, invece, dichiarato ammissibili i quesiti denominati, rispettivamente, «pma – norme sui limiti all'accesso – abrogazione parziale» e «pma – norme sulle finalità, sui diritti dei soggetti coinvolti e sui limiti all'accesso – abrogazione parziale». Entrambi i quesiti intendevano, secondo la stessa Consulta, rimuovere una serie di limiti all'accesso e allo svolgimento delle procedure di procreazione medicalmente assistita ed, in particolare, miravano «a consentire l'accesso alla procreazione medicalmente assistita anche per finalità diverse dalla soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità; ad escludere dai principi che regolano l'applicazione delle relative tecniche quello della gradualità; a consentire la revoca del consenso, da parte dei soggetti che vi accedono, anche dopo la fecondazione dell'ovulo; a consentire interventi sull'embrione aventi finalità diagnostiche e terapeutiche anche diverse da quelle previste dall'art. 14, comma 2, della legge; a consentire la creazione di un numero di embrioni superiore a quello necessario ad un unico e contemporaneo impianto e comunque superiore a tre; a consentire la crioconservazione degli embrioni in ogni caso in cui non risulti possibile il trasferimento degli embrioni stessi nell'utero».

In pratica tale quesito referendario chiedeva la modifica in tutto o in parte degli artt. 1, 4, 5, 6, 13 e 14 della legge n. 40/2004; soltanto il secondo quesito, aggiungendo, invece, la richiesta di abrogazione dell'art. 1, comma 1, della legge³⁴⁴, intendeva eliminare anche la dichiarazione di principio, posta all'inizio della legge, relativa alla necessità di assicurare i diritti del concepito alla pari di quelli degli altri soggetti coinvolti.

Infine, la sentenza n. 49 del 2005 ha dichiarato ammissibile il quesito denominato «pma – divieto di fecondazione eterologa – abrogazione parziale». In particolare si chiedeva l'abrogazione degli artt. 4, 9 e 12 nella parte in cui vietavano con pesanti sanzioni amministrative a carico del medico e del biologo di praticare le tecniche di PMA di tipo eterologo, parificando la nostra legislazione a quella della maggior parte dei Paesi europei.

³⁴⁴ Secondo cui «al fine di favorire la soluzione di 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».

È interessante notare come, seppur l'eventuale esito positivo di tutti e quattro i *referendum* di abrogazione parziale avrebbe determinato la sostanziale caducazione dell'intera legge n. 40/2004, la Consulta non ha tuttavia rinunciato a dichiararli tutti ammissibili, affermando tra l'altro che «il quesito, pur a contenuto plurimo, presenta d'altro canto il necessario carattere di omogeneità».

Se i quattro *referendum* parziali sulla legge PMA sono stati dal giudice delle leggi ritenuti ammissibili, non altrettanto positivo è stato il giudizio dello stesso sulla richiesta di abrogazione totale delle legge in esame³⁴⁵.

La sentenza n. 45 del 2005 ha, infatti, dichiarato inammissibile³⁴⁶ il quesito volto ad abrogare *in toto* la legge n. 40/2004³⁴⁷, ritenendo che essa coinvolga una normativa «costituzionalmente necessaria»³⁴⁸ e, come tale, non sottoponibile a *referendum* perché «la sua totale abrogazione, travolgendo quel minimo di tutela legislativa che essa assicura, avrebbe comportato la violazione di quegli stessi principi costituzionali che si propone di attuare»³⁴⁹.

Sulla scorta della giurisprudenza costituzionale pregressa, la Corte ha, infatti, sottolineato come la legge n. 40/2004, nei suoi sette capi, disciplini «analiticamente una molteplicità di differenziati profili connessi o collegati alla procreazione medicalmente assistita, materia in precedenza non disciplinata in via legislativa». In effetti, trattasi «della prima legislazione organica relativa ad un delicato settore, che negli anni più recenti ha conosciuto uno sviluppo correlato a quello della ricerca e delle tecniche mediche, e che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa»³⁵⁰.

A nulla valeva l'obiezione che, in caso di esito positivo del *referendum*, si sarebbe potuta adottare una diversa legislazione in tema di PMA, pur essa idonea a garantire almeno un minimo di tutela agli interessi costituzionalmente rilevanti nella materia: la Corte, a tal riguardo, ha ripreso le affermazioni

³⁴⁵ Sull'inammissibilità del *referendum* abrogativo totale si veda PUGIOTTO, *È ancora ammissibile un referendum abrogativo totale?*, in *I referendum sulla fecondazione assistita*, cit., p. 617 ss.

³⁴⁶ Un limite all'ammissibilità delle richieste referendarie di abrogazione totale è stato individuato nelle «leggi a contenuto costituzionalmente vincolato», cui si sono affiancate, a far tempo dalla sentenza n. 27 del 1981, le «leggi costituzionalmente necessarie», «la cui eliminazione determinerebbe la soppressione di una tutela minima per situazioni che tale tutela esigono secondo la Costituzione».

³⁴⁷ Il quesito di abrogazione totale ha il suo precedente nel 1974, quando si svolse il *referendum* sul divorzio.

³⁴⁸ Come esposto dalla medesima Consulta nella sentenza 49/2000, le leggi costituzionalmente necessarie sono quelle che, «in quanto dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona, una volta venute ad esistenza possono essere dallo stesso legislatore modificate o sostituite con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela precedentemente concessa, pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento». Sulla configurabilità della legge 40 come legge costituzionalmente necessaria, cioè come unico modo di dare esecuzione alla Costituzione, sono stati messi in luce dalla dottrina costituzionalistica, che ha dato avvio ad un vivace dibattito sul tema, diversi profili di incostituzionalità, tra cui il fine dichiarato della sterilità o infertilità e i mezzi che la stessa legge fornisce per raggiungere il fine. Pertanto la Corte avrebbe dovuto chiedersi se la tutela minima di tipo giurisprudenziale non fosse meno peggiore di quella legislativa. Così PUGLIESE, *Il diritto a diventare genitori. Procreazione medicalmente assistita e caduta di divieti*, Laterza, 2011, p. 60.

³⁴⁹ Sulla pronuncia n. 45 del 2005 si veda MEZZANOTTE, *La sentenza n. 45 del 2005 e la "metamorfosi" del limite delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato*, in *I referendum sulla fecondazione assistita*, cit., p. 485 ss. e MONACO, *Il referendum per l'abrogazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita di fronte al limite delle "leggi costituzionalmente necessarie"*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 351 ss.

³⁵⁰ Così Corte cost., 28 gennaio 2005, n. 45, cit., 416.

contenute nella sentenza n. 17 del 1997³⁵¹, secondo cui «ciò che conta è la domanda abrogativa, che va valutata nella sua portata oggettiva e nei suoi effetti diretti, per esaminare, tra l'altro, se essa abbia per avventura un contenuto non consentito perché in contrasto con la Costituzione, presentandosi come equivalente ad una domanda di abrogazione di norme o principi costituzionali, anziché di sole norme discrezionalmente poste dal legislatore ordinario e dallo stesso disponibili»³⁵².

Ed è proprio a partire da questi presupposti che il quesito totalmente abrogativo è stato dichiarato inammissibile e tale motivo di inammissibilità è stato ritenuto assorbente rispetto agli altri parametri di giudizio, cosicché la Consulta non è entrata in valutazioni di merito della norma³⁵³, così come stabilito da una giurisprudenza della Consulta ormai risalente nel tempo³⁵⁴. Ciò che rileva in questi tipi di giudizi, infatti, è «... soltanto una valutazione liminare e inevitabilmente limitata del rapporto tra oggetto del quesito e norme costituzionali, al fine di verificare se, nei singoli casi di specie, il venire meno di una determinata disciplina non comporti *ex se* un pregiudizio totale all'applicazione di un precetto costituzionale, consistente in una diretta e immediata vulnerazione delle situazioni soggettive o dell'assetto organizzativo risultanti a livello costituzionale»³⁵⁵.

Nella medesima sentenza la Consulta, pur non ammettendo che i cittadini si pronunciasse sul'abrogazione totale della legge e riconoscendo che i molteplici interessi rilevanti costituzionalmente ivi contenuti postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minima di tutela legislativa, non ha però individuato in concreto gli interessi costituzionalmente bilanciati e tutelati nel loro livello minimo dalla legge n. 40/2004, limitandosi solo ad alcuni richiami senza però ulteriori indicazioni³⁵⁶.

Se l'esito del giudizio è condivisibile, ossia l'inammissibilità della richiesta di abrogazione totale, desta perplessità, secondo alcuni³⁵⁷, la motivazione posta alla base delle decisione, che avrebbe potuto basarsi invece sul carattere disomogeneo della richiesta di *referendum* dell'intera legge n. 40/2004, «posto che questa legge disciplina sia l'accesso alle, e l'applicazione delle, tecniche di procreazione medicalmente assistita sia la ricerca scientifica sugli embrioni non avente finalità procreative»³⁵⁸.

Come noto, il *referendum* non ha raggiunto il *quorum* di validità (ossia il 50% più 1), essendosi recato alle urne solamente il 25,9% degli aventi diritto.

³⁵¹ Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 17, consultabile all'indirizzo <http://www.giurcost.org>.

³⁵² Sentenza n. 16 del 1978 e n. 26 del 1981.

³⁵³ Cfr. punto 3 del «Considerato in diritto» della sentenza n. 45/2005.

³⁵⁴ Cfr. le sentenze n. 24 del 1981 e n. 26 del 1987.

³⁵⁵ Cfr. punto 3 del «Considerato in diritto» della sentenza n. 45/2005.

³⁵⁶ Su questo punto si veda MARTINI, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 55.

³⁵⁷ In questo senso cfr. LAMARQUE, *I referendum sulla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 199 secondo cui essa «avrebbe potuto riferirsi al criterio dell'omogeneità, o non eterogeneità del quesito nella sua versione originaria, così come formulato nella sentenza n. 16 del 1978 secondo cui non possono essere sottoposti al voto popolare quesiti formulati in modo tale da mettere 'alle corde' l'elettore, costringendolo a rispondere con un sì o con un no non già ad una domanda ben precisa, bensì ad un 'pacchetto di domande' eterogenee, alle quali sarebbe naturale rispondere invece in modo distinto ed eventualmente differenziato».

³⁵⁸ COSÌ VIPIANA, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 88, il quale osserva peraltro come la Corte non spenda alcuna parola sull'argomento proprio più forte, ossia proprio la disomogeneità della richiesta di *referendum*.

Differenti, come ovvio, sono poi state poi le letture date dai diversi schieramenti all'esito del *referendum*. Se i promotori della legge, ossia la Conferenza episcopale italiana, di cui era presidente Ruini, hanno interpretato il fatto che la legge n. 40/2004 sia uscita indenne dall'esito referendario come segno di approvazione a parte della società italiana ai valori e alle scelte di fondo espresse dal legislatore del 2004, sul fronte opposto si è chiaramente osservato come il mancato raggiungimento del *quorum* sia piuttosto da ricondurre ad altri fattori, quali in primo luogo, il disinteresse della maggioranza della popolazione ai quesiti posti, dovuto anche ad una campagna referendaria carente e strumentalizzata, oltre che l'obiettivo complessità tecnica degli stessi quesiti sottoposti³⁵⁹, nonché un generale ed endemico disinteresse per le questioni referendarie³⁶⁰.

Va poi sottolineato che i vescovi italiani, rivolgendo ai fedeli un pressante invito all'astensionismo, non si sono limitati a manifestare la propria opinione su un tema che tocca certamente questioni morali ed etiche, ma sono entrati direttamente nel campo delle scelte politiche.

Ciò che è certo è trent'anni dopo il *referendum* sul divorzio e oltre vent'anni da quello sull'aborto il nostro Paese si trovava era ancora fortemente diviso su un tema di natura etica e morale.

11. Le sanzioni penali ed amministrative: un quadro di estrema durezza.

La legge n. 40/2004 contiene al suo interno numerosi divieti concernenti vari aspetti dell'applicazione delle tecniche di PMA elencati nei Capi V e VI (artt. 12, 13, e 14) e accompagnati da corrispondenti sanzioni.

Per quanto concerne il Capo V, intitolato «Divieti e sanzioni», esso prevede pesanti sanzioni amministrative di tipo pecuniario e, in taluni casi, sanzioni penali, pecuniarie e detentive, per i divieti sanciti in sede di definizione dei criteri e dei requisiti soggettivi per l'accesso alle tecniche, esplicitando, peraltro, il divieto di qualunque forma di surrogazione di maternità (art. 2, comma 6) e il divieto di clonazione (art. 12, comma 7). Queste due ipotesi comportano le sanzioni di maggior gravità, la reclusione da tre mesi a due anni e la multa da seicentomila a un milione di euro, la prima, la reclusione da dieci a venti anni e la multa come nell'ipotesi precedente, la seconda.

Il già ricco elenco di divieti si arricchisce poi notevolmente grazie agli articoli del Capo VI «Misure di tutela dell'embrione», capo che, nell'impianto complessivo della legge, viene ad assumere un posto centrale³⁶¹.

³⁵⁹ Secondo uno studio demoscopico condotto nel periodo di poco antecedente al *referendum* quasi il 40% degli aventi diritto al voto ammetteva di ignorare quali fossero i punti della legge oggetto del *referendum*.

³⁶⁰ Sull'interpretazione dell'esito del *referendum* si veda DOLCINI, *La legge sulla procreazione assistita: quali prospettive dopo il referendum del 12 giugno 2005*, cit., p. 104.

³⁶¹ In particolare l'art. 12 contiene un elenco delle sanzioni da comminare per la violazione del divieto di fecondazione eterologa, per l'accesso alle tecniche di PMA in assenza dei requisiti soggettivi prescritti, o senza la raccolta del consenso secondo le modalità descritte, in strutture non autorizzate, o, ancora, per aver clonato un essere umano e, infine, per aver realizzato, organizzato o pubblicizzato in qualsiasi forma la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità.

Relativamente al regime sanzionatorio di cui è dotata la legge *de qua*, va detto preliminarmente che essa si caratterizza per la sua “poliformità”, nel senso che vi è una diversificazione delle tipologie di sanzioni previste per le diverse violazioni ai divieti comminati dal legislatore: in altre parole, il legislatore non ha scelto un solo modello sanzionatorio, ma ha utilizzato, a volte anche contestualmente, sanzioni penali (detentive, pecuniarie, interdittive), amministrative (pecuniarie o interdittive) e disciplinari³⁶².

Per quanto concerne le sanzioni penali, si tratta di pene congiunte (reclusione e multa), previste per gli illeciti ritenuti più gravi, quali la clonazione riproduttiva, la commercializzazione di gameti ed embrioni, la surrogazione di maternità³⁶³, nonché la violazione delle misure di tutela dell’embrione racchiuse all’interno del Capo VI della legge.

Da osservare poi che la punibilità dell’organizzazione e della pubblicizzazione delle condotte di maternità surrogata e di commercializzazione di gameti ed embrioni riflette la scelta del legislatore di apprestare una tutela progressiva ed anticipata ai beni giuridici considerati.

Le sanzioni amministrative pecuniarie³⁶⁴ sono, invece, previste a presidio della correttezza dell’accesso e dello svolgimento delle tecniche di PMA, ammesse solo nei casi e alle condizioni previste dalla legge³⁶⁵.

Infine, è prevista l’irrogazione di sanzioni disciplinari di diversa intensità nei confronti dell’esercente una professione sanitaria e delle strutture, cui sia stata concessa l’autorizzazione ministeriale a praticare la PMA per le violazioni di cui agli articoli sopra menzionati.

In particolare, le pene accessorie vanno dalla sospensione dall’esercizio della professione sanitaria (da 1 a 3 anni a norma dell’art. 12, comma 9 e fino ad un anno, a norma dell’art. 14, comma 7), all’interdizione perpetua dall’esercizio della professione medica prevista in caso di clonazione umana. Per la struttura al cui interno è eseguita una pratica vietata è invece prevista la sospensione per un anno dell’autorizzazione concessa ai sensi dell’art. 10, mentre nell’ipotesi di più violazioni dei divieti o di recidiva l’autorizzazione può essere revocata.

I successivi artt. 13 e 14 pongono invece divieti in campo sperimentale e limiti all’esecuzione delle tecniche di PMA, questi ultimi particolarmente gravosi ma poi in parte ridimensionati in seguito all’intervento della Consulta nel 2009.

³⁶² In dottrina non si è esclusa la realizzazione anche di un illecito civile che può facilmente concorrere con l’illecito penale e amministrativo ma, a differenza di essi, non ha funzioni punitive, né preventive ma solo risarcitorie. Cfr. BARELA, *La regolamentazione delle strutture autorizzate e la disciplina dei divieti e della sanzioni*, cit., p. 171 ss.

³⁶³ Secondo D’AMICO (*I diritti contesi*, Milano, 2008, p. 46) il divieto della surrogazione di maternità e della commercializzazione dei gameti puniti con la sanzione della multa e della reclusione è una scelta di politica criminale molto forte che pone altresì dei problemi di compatibilità con il diritto comunitario, il quale prevede, come noto, la libera circolazione dei servizi e delle merci.

³⁶⁴ RISICATO (*Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, cit., p. 682 s.) sottolinea come nell’ambito della superiore categoria del diritto punitivo, alla sanzione amministrativa è riservato un ruolo secondario ed una funzione deterrente rispetto alla prospettazione della reiterazione di comportamenti sì trasgressivi, ma tuttavia non meritevoli, in base ai canoni di proporzione e di necessità, di una pena anche potenzialmente privativa della libertà personale (come nel caso della circolazione stradale). Le due tipologie di sanzioni, penale e amministrativa, hanno in comune alcuni principi, primo fra tutto quello di offensività.

³⁶⁵ Ossia per la PMA praticata senza il rispetto dei requisiti oggettivi e soggettivi previsti dagli artt. 4 e 5, o in assenza di consenso informato richiesto dall’art. 6, o in strutture non autorizzate.

Dall'apparato sanzionatorio così descritto emerge subito la sproporzione dell'intervento punitivo³⁶⁶, soprattutto al confronto tra le pene previste dalla legge n. 40/2004 e altre ipotesi di reato presenti nel nostro ordinamento³⁶⁷.

Scontata è stata la dura condanna proveniente dalla comunità scientifica, nonché dalla maggioranza della dottrina a tale strategia di politica criminale, caratterizzata da un trattamento sanzionatorio eccessivamente squilibrato, che sanziona con pene pecuniarie draconiane e con misure restrittive della libertà personale che incidono sul diritto di esercitare la professione³⁶⁸, le infrazioni alla legge *de qua*, facendo sì che il nostro Paese costituisca ancora una volta un *unicum* nel panorama legislativo europeo, anche rispetto alla disciplina tedesca³⁶⁹, che spesso viene richiamata dai fautori della legge *de qua* a conforto delle scelte compiute dal legislatore del 2004.

Esaminando l'apparato delle sanzioni amministrative previste dall'art. 12 della nuova legge ciò che appare evidente è che si è di fronte ad un tipico caso di "truffe alle etichette", che ricorre quando sanzioni sostanzialmente penali qualificate come amministrative, con conseguente impoverimento delle garanzie, sul piano sostanziale e su quello processuali, che caratterizzano il diritto penale.

Il penalista è pertanto necessariamente chiamato ad interrogarsi sul ruolo e sui limiti dell'intervento penale in un campo così delicato e personale quale quello della PMA, che concerne scelte intime proprie delle coppie e nel quale la decisione del legislatore di intervenire con disposizioni penali non può che destare notevoli perplessità.

È d'obbligo precisare, infatti, che anche in un campo quale quello della bioetica la scienza penale ha sempre rivestito un ruolo fondamentale già prima dell'entrata in vigore della l. n. 40/2004 e maggior

³⁶⁶ In alcuni casi, come quello della fecondazione eterologa, la natura afflittiva del trattamento previsto dal legislatore è particolarmente evidente: la previsione di minimi e massimi edittali straordinariamente elevati lascia spazio a margini eccessivi di arbitrarità del giudice.

³⁶⁷ Così, ad esempio, la sperimentazione sugli embrioni (art. 13, commi 1 e 4, legge n. 40/2004) è punita con un massimo di reclusione (6 anni) superiore a quello (5 anni) previsto per l'omicidio colposo (art. 589, comma 1 c.p.) o per la corruzione propria (art. 319 c.p.). Allo stesso modo la produzione di embrioni a scopo di ricerca (art. 13 comma 3, lett. a) e 4, legge n. 40/2004) è considerata più grave del sequestro di persona (art. 605 c.p.), infatti entrambi i delitti sono puniti con un massimo di reclusione pari a otto anni, ma la pena minima per la produzione di embrioni a scopo di ricerca è pari a due anni e un giorno, mentre quella per il sequestro di persona è pari a sei mesi. La questione più complessa riguarda, comunque, la clonazione umana, configurata come reato e punita con un sanzione pesantissima quasi prossima a quella per l'omicidio, (benché in questo caso venga data la vita e non tolta) ossia la reclusione da dieci a vent'anni e la multa da seicentomila ad un milione di euro.

³⁶⁸ Cfr. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, Torino, 2012, p. 34, secondo cui in questo modo «il seme del diritto penale viene introdotto nel corpo del diritto amministrativo, così che il patrimonio genetico dei due rami dell'ordinamento giuridico non viene alterato ma il nato – una responsabilità amministrativa altamente afflittiva – eredita le anomalie di entrambi i genitori».

³⁶⁹ Nell'ordinamento tedesco le diverse ipotesi di reato vengono tutte punite, anche quelle più gravi, alternativamente con pena detentiva o con pena pecuniaria. Pertanto, la pena minima è pari al minimo generale previsto nel codice penale tedesco per la pena pecuniaria, ossia cinque tassi giornalieri da determinarsi in ragione delle condizioni economiche del soggetto, fra euro 1 e euro 5.0000, mentre la pena massima non può in nessun caso superare i cinque anni di pena detentiva (e qualora il giudice scelga per la pena detentiva, egli ha sempre la possibilità di applicarla entro il limite minimo generale previsto per quella pena, ossia un mese). Cfr. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, cit., p. 127 s.

ragione dopo di essa, considerando che quest'ultima ha esplicitamente compreso l'embrione nel novero degli oggetti della tutela penale³⁷⁰.

Non si tratta semplicemente di individuare il bene giuridico da tutelare con sanzione penale, ma anche di applicare correttamente le categorie e i principi dello stesso diritto penale, ossia i canoni di frammentarietà, proporzione e di necessità dell'intervento penale, nonché di materialità e di offensività.

In particolare, lo studioso del diritto penale deve interrogarsi non tanto se possa e debba essere apposto un qualche limite al ricorso alla fecondazione artificiale, il che ovviamente appare scontato, ma se questo limite possa essere costituito da un divieto legale supportato da una sanzione penale.

Come hanno affermato più volte la maggioranza degli studiosi di diritto penale «un diritto penale, consapevole del suo carattere sussidiario e ispirato al principio di laicità, non può in nessun caso tollerare l'incriminazione di fatti privi di dannosità sociale, che si limitino ad essere in contrasto con una determinata visione etica e religiosa della fecondazione»³⁷¹. Punire con una sanzione penale la violazione di meri precetti etici contrasta, infatti, sia i presupposti fondamentali dello Stato di diritto, sia con il criterio dell'offensività, in quanto appare difficile individuare quali diritti o libertà potrebbero essere offesi da un'attività così naturalmente intima come la procreazione, a meno che ovviamente non si intenda come bene giuridico tutelato la salvaguardia una nuova tipologia di interesse, ossia la naturalità della procreazione che non possiede però alcuna dignità costituzionale³⁷².

Nonostante sulla carta le sanzioni minacciate dal legislatore siano di estrema durezza, mancano tuttavia pronunce giurisprudenziali in tal senso. Ci si è, pertanto, chiesti se l'assenza di condanne giurisprudenziali in tal senso sia dovuto ad un generale adeguamento dei consociati ai dettami della legge, oppure sia una conferma di quello che alcuni sospettavano da tempo, ossia il fatto che la normativa *de qua* sia «un mero manifesto ideologico», destinata a vivere solo sulla carta e a mantenere un valore deterrente puramente simbolico³⁷³.

12. La responsabilità del medico.

Attenta dottrina, dopo aver ricordato che i problemi che possono presentarsi al penalista che si accinga ad affrontare la materia della PMA sono quelli tipici di ogni trattamento medico chirurgico, che come tale può integrare reati contro la persona, quali lesioni o omicidio, oppure reati contro la libertà

³⁷⁰ Sulla dottrina penalistica si veda fra i molti CONSORTE, *La procreazione medicalmente assistita: legge 19 febbraio 2004, n. 40*, in *I reati contro la persona*, vol. I, *I reati contro la vita e l'incolumità individuale*, in CANESTRARI (a cura di), Milano, 2006, p. 215; RIZZO, *Profili penalistici della l. n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2005, p. 252 ss.

³⁷¹ CANESTRARI (*Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita?*, cit., p. 1097). Secondo questo Autore in tal modo si arriverebbe a sanzionare l'eventuale applicazione delle tecniche di PMA a soggetti pavidi che rifiutano di sottoporsi a interventi chirurgici, come un intervento di varicocele, per superare la propria condizione di sterilità o infertilità.

³⁷² In questo senso VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 64.

³⁷³ Fra tutti si veda BUZZI, TASSI, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 147.

morale in caso manchi il requisito del consenso informato, ha sottolineato come questo sia uno dei pochi casi in cui la responsabilità penale del medico può assumere una connotazione psicologica di tipo doloso, e non soltanto colposo, così come avviene nei casi eticamente delicati di inizio e fine vita, ossia, oltre alla procreazione assistita, anche nel caso di aborto ed eutanasia³⁷⁴.

Le durissime sanzioni comminate dal legislatore sono dirette a colpire in primo luogo il medico ed eventualmente il biologo che lo assiste, elevati così, secondo alcuni, a «capri espiatori di un trattamento punitivo dai tratti emergenziali»³⁷⁵.

Non si tratta tuttavia di reati propri, ma della conseguenza del fatto che, con poche eccezioni (commercializzazione dei gameti o di embrioni, organizzazione e pubblicizzazione della maternità surrogata ex art. 12 comma 6), le figure di reato o di illecito amministrativo contemplate dalla legge vanno ricondotte nell'ambito di attività mediche o di attività di laboratorio³⁷⁶.

Quando tali reati siano commessi da un soggetto non abilitato all'esercizio della professione medica, con tale reato concorrerà naturalmente, ex art. 81 comma 1 c.p., l'ulteriore delitto di esercizio abusivo della professione medica ex art. 358 c.p.³⁷⁷.

Un limite alla responsabilità del medico in relazione agli illeciti amministrativi di cui all'art. 12 comma 2 della legge n. 40/2004 deriva dalla disposizione contenuta nel comma 3 del medesimo art. 12, ove si stabilisce, come si è visto prima, che per l'accertamento dei dati di cui al comma 2 il medico si avvale di una dichiarazione sottoscritta dai soggetti richiedenti.

In presenza di una dichiarazione con la quale i componenti della coppia certifichino la sussistenza di quei requisiti, dalla maggiore età alla convivenza, sarà quanto meno difficile provare che il medico fosse in dolo o che ignorasse per colpa l'assenza di uno o più requisiti.

L'art. 12, comma 3, prevede, d'altro canto, che in caso di dichiarazioni mendaci si applichi l'art. 76, commi 1 e 2, d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445, ossia il T.U. sulla documentazione amministrativa, secondo cui «chiunque rilascia dichiarazioni mendaci, forma atti falsi o ne fa uso nei casi previsti dal presente testo unico è punito ai sensi del codice penale e delle leggi speciali in materia».

Da questa norma potrebbe discendere una responsabilità penale a carico del dichiarante, mentre risulterebbe del tutto eccezionale la configurabilità di una responsabilità del medico a titolo di concorso nel falso documentale³⁷⁸.

³⁷⁴ In questo senso DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, cit., p. 115 s.

³⁷⁵ Cfr. MANNA *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione dei beni giuridici*, cit., p. 352.

³⁷⁶ Così DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, cit., p. 1588 s.

³⁷⁷ In questo senso DOGLIOTTI, FIGONE, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, cit., p. 207.

³⁷⁸ *Contra* PECORA, VITTORI, CINGOLANI, *Il sistema sanzionatorio della legge 19 febbraio 2004, n. 40, «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»*. *Aspetti giuridici e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 1075 secondo cui, sebbene il comma 3 sembrerebbe liberare il medico da ogni sorta di responsabilità perché l'accertamento dei requisiti è rimesso alla dichiarazione dei diretti interessati, tuttavia il legislatore prevede il reato delle dichiarazioni mendaci sulla sussistenza delle condizioni di cui all'art. 5, richiamando il D.P.R. 444/2000, in particolare i commi 1 e 2 dell'art. 76. Tale disposizione, nel rinviare a sua volta al codice penale, prevede come reato, ragionevolmente riconducibile all'art. 483 c.p. (falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico), la dichiarazione mendace e l'esibizione di un atto contenente dati non più rispondenti a verità, entrambe dichiarate

Per quanto riguarda, invece, la coppia di pazienti che si sottopone alle tecniche di PMA essa parrebbe a prima vista rispondere di concorso nell'illecito amministrativo in quanto istigatrice ex art. 5, l. n. 689/1981.

Tuttavia, per espressa previsione legislativa (art. 12, comma 8) e a conferma dell'estrema delicatezza della materia, essa gode di una causa personale di esclusione della punibilità, ossia di una clausola di non punibilità in senso stretto seppur riferita ad illeciti amministrativi, in relazione ad un vasto numero di illeciti, come nel caso della fecondazione eterologa, dell'utilizzazione di gameti di un soggetto non più in vita, dell'applicazione delle tecniche di PMA a soggetti che non hanno i requisiti prescritti dalla legge come i minorenni o le coppie dello stesso sesso, ovvero non coniugate, né conviventi, o, infine, senza che il consenso degli interessati sia stato prestato nelle forme richieste o la PMA sia stata praticata in centri non autorizzati. Nel caso della fecondazione eterologa la dottrina si è interrogata circa la possibilità di estendere la causa di non punibilità prevista espressamente per la coppia che chiede di accedere ad un protocollo di PMA anche al soggetto terzo che dona il seme, propendendo per la soluzione affermativa sulla base del tenore letterale della norma³⁷⁹.

Nei casi restanti potrà invece profilarsi per i pazienti una responsabilità a titolo di concorso con il medico e/o il biologo nel reato o nell'illecito amministrativo, qualora ovviamente ricorrano tutti gli estremi a norma degli artt. 110 ss. c.p. o dell'art. 5 l. n. 689/1981, come nel caso di chi solleciti il medico con successo a praticare una surrogazione di maternità o un processo di clonazione, essendo tali ipotesi estranee alla causa di non punibilità di cui all'art. 12, comma 8.

Per quanto concerne l'apporto del contributo causale, esso risulterà integrato nel momento in cui l'uomo o la donna forniscano i loro gameti per eseguire il trattamento violato, mentre l'elemento psicologico del dolo potrà dirsi sussistente nel momento in cui il medico fornisca alla coppia tutte le informazioni necessarie in merito al contenuto e alle modalità delle tecniche che verranno utilizzate³⁸⁰.

Infine, la causa di esclusione della colpevolezza di cui all'art. 5 c.p. non potrà essere invocata qualora il paziente potesse sapere, usando la diligenza dovuta, che quel trattamento era vietato dalla legge e punito con una pena o una sanzione amministrativa.

L'immunità sanzionatoria degli aspiranti genitori ha suscitato non poche perplessità in dottrina. Mentre alcuni³⁸¹ hanno affermato che la scelta del legislatore lascerebbe intendere una sottovalutazione da parte del legislatore della capacità dannosa dei pazienti, gravando così eccessivamente di responsabilità il sistema organizzativo delle strutture, altri hanno criticato aspramente tale disposizione nella misura in cui si pone in contrasto con l'intero sistema sanzionatorio, nonché con gli obiettivi che la legge si prefigge di realizzare, affermando che «l'immunità sanzionatoria dei componenti della coppia non solo incrementa la loro irresponsabilità, ma alimenta anche la clandestinità dei centri, fomentati dalle

equivalenti all'uso di atto falso, punito ai sensi dell'art. 489 c.p. Dunque, conclude l'Autore, la punibilità del medico e della coppia non è affatto esclusa; il loro comportamento viene sanzionato penalmente.

³⁷⁹ LOSAPPIO, *Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., p. 2061.

³⁸⁰ DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, cit., p. 1591

³⁸¹ PECORA, VITTORI, CINGOLANI, *Il sistema sanzionatorio della legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., p. 1075.

richieste degli aspiranti genitori, affrancati da qualsiasi timore sanzionatorio. La potenzialità organizzativa e persuasiva del regime di autorizzazione e controllo dei centri sanitari, idonei ad utilizzare le tecniche di PMA, è ridotta, se non ostacolata, dalla richiesta di procedimenti vietati che continueranno ad avere largo spazio fin quando saranno lasciati incolumi coloro che sono all'inizio della catena dei procedimenti, ossia gli aspiranti genitori»³⁸².

Secondo altri, invece, tale scelta risponderebbe ad un duplice obiettivo: «libererebbe i protagonisti più deboli e più sensibili della PMA dal carico di sofferenze che comporterebbe l'intervento del diritto punitivo e promuoverebbe il medico al ruolo di garante delle regole del gioco procreativo voluto dal legislatore»³⁸³. In altre parole si sostiene che l'esimente *de qua* «intenda risparmiare un motivo di stigmatizzazione ed ulteriore sofferenza a chi si è mostrato d'essere a tal punto animato dall'istintiva urgenza d'avere un figlio, tristemente ostacolata dalla malattia, a cedere alla scelta, certo non indolore, di sottoporsi ad un trattamento illecito o clandestino»³⁸⁴.

Infine, potranno rispondere a titolo di concorso di persone nei diversi reati o illeciti amministrativi che si profileranno di volta in volta anche altri soggetti che intervengono a vario titolo nei trattamenti di PMA, quale lo psicologo, che svolge attività di sostegno della coppia come previsto dalle Linee guida del 2008, o il personale paramedico che lavora nelle strutture mediche che praticano gli interventi di PMA.

Chiarito il quadro sanzionatorio approntato nei confronti dei sanitari in caso di violazione delle prescrizioni dettate dalla legge, rimangono aperti alcuni interrogativi a proposito degli illeciti imputabili al medico.

In primo luogo si può prospettare una responsabilità penale per il medico italiano che, durante la fase di consulenza, consiglia ai propri pazienti di rivolgersi ad un centro esterno di PMA per eseguire uno o alcuni dei trattamenti vietati nel nostro Paese. Nel caso in cui la coppia accolga il consiglio del medico³⁸⁵ e decida di recarsi in un Paese straniero per effettuare il trattamento di PMA voluto, il medico italiano risponderà a titolo di concorso morale *ex art. 110 c.p.* del reato materialmente commesso dal medico che opera nel centro estero, ma che la legge penale italiana considera come compiuto in Italia, dal momento che una significativa parte della fattispecie concorsuale è stata compiuta nel nostro Paese. Naturalmente, a norma dell'art. 115 c.p., la responsabilità del medico italiano sorgerà soltanto a condizione che i pazienti,

³⁸² Così BARELA, *La regolamentazione delle strutture autorizzate e la disciplina dei divieti e della sanzioni*, in STANZIONE, SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita*, cit., p. 190.

³⁸³ Cfr. LOSAPPIO, *Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., p. 2061 s.

³⁸⁴ Cfr. CASINI, CASINI, DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004*, cit., p. 182.

³⁸⁵ Qualora il consiglio del medico di recarsi all'estero non venga seguito dai pazienti viene comunque integrato, secondo alcuni (BONGIORNO, *Interrogativi sugli illeciti puniti dalla legge n. 40 del 2004, La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, cit., p. 82 s.), il reato *de quo*. Contra DOLCINI, *Responsabilità del medico e reati in materia di procreazione assistita. Ambiguità e rigori della legge n. 40 del 2004*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 47, secondo cui «il consiglio fornito ai singoli pazienti, nel corso di colloqui individuali, non è idoneo a integrare una condotta di 'pubblicizzazione': 'pubblicizzare' è infatti sinonimo di 'divulgare', formula che è presente in più di una disposizione penale (ad esempio negli artt. 50° e 656 c.p.) e che, secondo costante interpretazione fornita dalla giurisprudenza e dalla dottrina, esclude la comunicazione riservata ad un numero indeterminato di persone. D'altro canto, l'oggetto del divieto di pubblicizzazione dettato dall'art. 12 co. 6 è assai circoscritto: riguarda soltanto la cessione a pagamento di gameti o di embrioni e la surrogazione di maternità, non coinvolgendo in nessun modo altre forme di trattamento di PMA che pure siano vietate dalla legge italiana».

accogliendo il suo consiglio, si siano effettivamente rivolti a quel centro estero e qui abbiano ricevuto il trattamento vietato dalla legge italiana³⁸⁶. Si evidenzia, quindi, che il mero consiglio se diventa forma di istigazione integra una fattispecie incriminatrice e il reato si considera commesso in Italia³⁸⁷.

In secondo luogo ci si chiede se il medico italiano risponda ugualmente del fatto realizzato, qualora ponga in essere le condotte vietate recandosi all'estero.

La risposta sarà affermativa nel caso del medico italiano il quale, dopo aver concordato presso il proprio studio professionale situato in Italia, un trattamento di PMA vietato dalla legge italiana, pratici quest'ultimo in prima persona presso un centro estero, situato in un Paese nel quale quel trattamento non è vietato. Anche in questo caso la legge italiana considera infatti il reato commesso in Italia.

Da ultimo ci si è chiesti se il direttore di un centro clinico, ossia il soggetto che si trova in posizione apicale, qualora un sanitario suo dipendente realizzi uno dei reati previsti dalla legge, risponda in concorso con quest'ultimo, per l'eventuale illecito realizzato. Secondo l'opinione maggioritaria nei confronti del direttore sanitario sarebbe configurabile una responsabilità per omissione, dal momento che il soggetto che ricopre una posizione apicale ha anche il ruolo di garante e di conseguenza l'obbligo di impedire che i suoi sottoposti realizzino un determinato reato³⁸⁸. Il direttore della clinica ha, infatti, l'obbligo di attivarsi, ponendo in essere tutto ciò che è nelle sue possibilità per evitare che i suoi dipendenti realizzino dei fatti costituenti reato. Qualora il sanitario interno, all'oscuro di chiunque altro, realizzi comunque una delle condotte vietate dalla legge, è ragionevole pensare che si possa ugualmente escludere una responsabilità a carico del direttore, dimostrando che egli ha adempiuto diligentemente e scrupolosamente il suo obbligo di controllo.

Non pare profilarsi alcuna responsabilità penale, invece, per il medico italiano che effettui il trasferimento dell'embrione o degli embrioni prodotti all'estero e successivamente importati in Italia e ciò in quanto, in primo luogo, l'utilizzo di gameti estranei alla coppia è stata eseguito all'estero ad opera di personale medico straniero e pertanto non può dirsi integrata la fattispecie di cui all'art. 12, comma 1 e in secondo luogo perché non esiste una disposizione nel nostro ordinamento che vieti di trasferire nell'utero

³⁸⁶ Un'eccezione alla normale regola che stabilisce che se il delitto non viene commesso l'istigazione a commetterlo non è punibile è rappresentata dall'art. 12 legge 40/2004 che punisce la condotta di «chiunque in qualsiasi forma realizza, organizza, pubblicizza la commercializzazione di gameti di embrioni o la surrogazione di maternità». In tal caso la semplice indicazione di recarsi all'estero, anche quando non sia seguita da accettazione del consiglio, integra comunque il reato *de quo*.

³⁸⁷ BONGIORNO (*Interrogativi sugli illeciti puniti dalla legge n. 40 del 2004*, in *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, cit., p. 82 s.) segnala un'altra peculiarità della legge n. 40/2004, ossia che, mentre alla stregua dell'art. 115 c.p. l'istigazione a commettere un delitto quando il delitto non viene commesso non è punibile, l'art. 12 della legge punisce la condotta di «chiunque in qualsiasi forma realizza, organizza, pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità». Perciò anche quando tale indicazione non viene seguita da accettazione del consiglio, il reato viene ugualmente integrato, perché la condotta del medico risulta comunque una forma di pubblicizzazione di un centro clinico straniero.

³⁸⁸ In tal senso si parla di responsabilità da reato omissivo improprio: in presenza cioè di un soggetto che si trova in posizione di vertice, si configura un obbligo di controllo sui suoi preposti e/o dipendenti.

della donna un embrione ottenuto con gameti di soggetti terzi e, d'altra parte, se il medico decidesse di sopprimere l'embrione incorrerebbe nel delitto di cui all'art. 14, commi 1 e 6³⁸⁹.

Andrà parimenti esente da responsabilità penale anche il medico italiano che, operando presso un centro estero di PMA, esegua un trattamento vietato in Italia, ma lecito secondo la normativa del Paese straniero, qualora destinataria del trattamento sia una coppia (italiana o straniera) con la quale il medico italiano non abbia avuto precedenti contatti, in particolare nel caso in cui una coppia non sia stata indirizzata presso quel centro dallo stesso medico italiano. Infatti, trattandosi di delitto commesso all'estero, anche qualora il fatto fosse previsto in Italia come delitto, la legge italiana sarebbe applicabile solo in presenza dei requisiti previsti nell'art. 9 c.p., ossia la presenza del soggetto nel territorio dello Stato e per le pene inferiori nel minimo a tre anni di reclusione anche la richiesta del Ministro della Giustizia, oppure l'istanza o la querela della persona offesa, nonché il requisito della doppia incriminazione, ossia che il fatto costituisca reato anche secondo la legge del luogo in cui fu commesso.

Si ricordi, infine, che l'art. 16 della nuova legge consente al medico, che abbia preventivamente sollevato l'obiezione di coscienza, di astenersi dal prendere parte alle procedure di PMA. Tale previsione, che riproduce l'art. 9 della legge in materia di interruzione volontaria di gravidanza, appare però difficilmente comprensibile e condivisibile, dal momento che la PMA è finalizzata a far nascere una nuova vita e non certo ad eliminarla.

13. Il turismo procreativo. Qualche dato statistico e un primo bilancio sugli effetti prodotti dalla legge.

Un altro effetto negativo di grande rilevanza prodotto dalla legge in commento è dato dall'impressionante aumento, registrato a partire 2004, ossia l'anno di entrata in vigore della legge n. 40/2004, del fenomeno del c.d. "turismo procreativo", come conferma l'Osservatorio del Turismo Procreativo, istituito in Italia all'indomani dell'approvazione della legge *de qua* allo scopo di fornire dati relativi al flusso migratorio delle coppie italiane in centri europei e statunitensi.

Con l'espressione "i viaggi dei diritti" si allude a quel fenomeno, in fortissima espansione, che vede le coppie italiane con problemi di sterilità o portatrici di gravi malattie rivolgersi ai centri esteri (dove non vige il furore repressivo dell'etica cattolica divenuta legge in materia di PMA) per forme di trattamento vietate nel nostro Paese, ossia, *in primis*, la donazione di gameti, nonché la diagnosi preimpianto sull'embrione e, infine, prima dell'intervento della Consulta nel 2009, l'inseminazione di un numero di oociti superiore a tre con eventuale crioconservazione.

Si ricordi, infatti, che al pari delle altre «prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione», anche le prestazioni sanitarie godono della libertà di circolazione all'interno dell'Unione europea³⁹⁰. In via

³⁸⁹ Cfr. DOLCINI, *Responsabilità del medico e reati in materia di procreazione assistita. Ambiguità e rigori della legge n. 40 del 2004*, cit., p. 48 ss.

generale si osserva come l'incidenza della normativa comunitaria relativa alla libertà dei servizi è tanto maggiore quanto maggiori sono le differenze tra le discipline esistenti nei singoli Stati membri; così in materia di PMA, le norme comunitarie potrebbero essere invocate nei Paesi con una legislazione più restrittiva in un'ottica di liberalizzazione³⁹¹.

Applicando questi principi nel campo della PMA non si potrebbe pertanto vietare la pubblicità di servizi riproduttivi disponibili in un altro Stato membro o negare l'autorizzazione degli atti necessari al fine di poter effettivamente fruire di servizi all'estero, come nel caso della fecondazione eterologa o la crioconservazione di embrioni.

È bene sottolineare come le coppie che fuggono dall'Italia e si rivolgono a centri stranieri che praticano tecniche di PMA per vedere realizzato il loro sogno di genitorialità non vadano in cerca dei c.d. "paradisi riproduttivi", bensì cerchino solo di sfuggire alle vessazioni di una legge tanto severa quanto ingiusta³⁹², approfittando delle legislazioni più permissive nei confronti della fecondazione assistita³⁹³.

Circa le mete di destinazione vi è una spaccatura: mentre le coppie benestanti si rivolgono a centri all'avanguardia come quelli presenti in Spagna, Belgio e Svizzera, che offrono le migliori garanzie per la salute della donna e del concepito, quelle meno abbienti ripiegano su Paesi dove i costi sono più bassi, come Romania, o altri Paesi dell'est, con un notevole rischio in termini di salute e qualità dei servizi offerti.

Dati in merito al numero di coppie che decidono di recarsi all'estero per effettuare PMA e PGD sono ricavabili dalle statistiche fornite dall'Osservatorio sul Turismo Procreativo³⁹⁴ il quale, monitorando ventisette centri, ha rilevato che a partire dai primi dodici mesi di applicazione della legge (ossia dal

³⁹⁰ Sul tema della libera circolazione dei servizi in campo di fecondazione assistita cfr. CAMPIGLIO, *Procreazione assistita: regole italiane e internazionali a confronto*, cit., p. 546 ss.

³⁹¹ Le disposizioni sulla libertà di servizi sono state interpretate estensivamente dalla Corte di giustizia fino a renderle invocabili anche da parte dei destinatari dei servizi stessi. Essa, in particolare, ha affermato che «per consentire l'esecuzione delle prestazioni di servizi, può aversi uno spostamento sia del prestatore che si reca nello Stato membro in cui il destinatario è stabilito, sia del destinatario che si reca nello Stato di stabilimento del prestatore. Mentre il primo caso è espressamente menzionato nell'art... [50 comma 3] che ammette l'esercizio, a titolo temporaneo, dell'attività di prestatore di servizi nello Stato membro in cui la prestazione viene erogata, il secondo ne costituisce il necessario completamento che risponde allo scopo di liberalizzare ogni attività retribuita e non regolata dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, persone e capitali. Ne consegue che la libera prestazione dei servizi comprende la libertà, da parte dei destinatari dei servizi, di recarsi in un altro Stato membro per fruire ivi di un servizio, senza essere impediti da restrizioni». Così Corte giust., 31 gennaio 1984, nelle cause 286/82 e 26/83, *Luisi e Carbone*, in *Raccolta*, p. 377, punti 10 e 16, nonché sentenza 2 febbraio 1989, causa 186/87, *Cowan*, in *Raccolta*, p. 195.

³⁹² Di questo avviso è DOLCINI, *La legge n. 40 del 2004: alla prova dei fatti, un efficace strumento di lotta contro la procreazione assistita*, in *Corr. merito*, 2007, p. 1427.

³⁹³ Si ricordi che fra le diverse normative europee non esiste uno *standard* internazionale in tema di PMA e la normativa italiana risulta tra le più restrittive. Sul panorama europeo si veda più ampiamente infra il cap. III, par. V.

³⁹⁴ Consultabili all'indirizzo <http://www.osservatorioturismoprocreativo.it>. Altri dati sono forniti anche dall'ESHRE, la Società scientifica europea che raccoglie e costituisce un punto di riferimento per tutti i centri europei. In particolare quest'ultima ha rilevato che i tre/quarti delle coppie che si recano all'estero lo fanno per avviare procedure di fecondazione eterologa; dai dati presentati al Congresso del 2009 emerge che il fenomeno interessa almeno 5000 coppie italiane ogni anno. Cfr. FERRARETTI, *La migrazione per problemi riproduttivi: l'Europa e l'Italia*, relazione presentata al convegno annuale ESHRE del 2010, consultabile all'indirizzo <http://www.eshre.eu>, all. 4.

marzo 2004) il numero di coppie italiane recatesi all'estero è più che triplicato, passando da 1.066 a 3.600; mentre nel 2006, le coppie italiane che si sono rivolte alle cure di centri esteri sono state 4.173.

Questi pochi dati bastano per far capire come in soli tre anni, ossia dal 2004 al 2006, le migrazioni riproduttive delle coppie nostrane siano quadruplicate!

I dati forniti si spiegano leggendo la Relazione del Ministero della Salute³⁹⁵ presentata al Parlamento il 28 giugno 2007, che dà conto della prassi della PMA fino al 2005³⁹⁶.

Da essa emerge come le percentuali di gravidanze ottenute tecniche di fecondazione di secondo e terzo livello effettuate con tecniche a fresco (ossia su oociti che non siano stati sottoposti in precedenza a crioconservazione) siano passate dal 24,8% nel 2003 al 21,2% nel 2005 con un calo del 3,6%³⁹⁷. Sono quindi state perse ben 1041 gravidanze: un numero davvero elevato se si pensa che il numero totale delle gravidanze sempre nel 2005 era stato di 6243³⁹⁸.

Oltre ad essere diminuite le gravidanze sono diminuiti i casi in cui queste ultime sono giunte a termine. Sono, infatti, ben il 26,4% gli aborti nel 2005, con un aumento del 3% rispetto al 2003 in cui erano il 23,4% e ciò si spiega facilmente con la scelta del legislatore del 2004 di vietare qualsiasi selezione preimpianto degli embrioni.

Infine, i parti plurimi sono passati dal 22,7% nel 2003 al 24,3% nel 2005 con un incremento pari all'1,6%, in quanto, come si legge nella Relazione, «imponendo la legge di trasferire tutti gli embrioni prodotti all'interno di ciascun ciclo, è accaduto che nel 2005 i trasferimenti con un solo embrione siano stati il 18,7%, quelli con due embrioni il 30,9% e quelli con tre embrioni il 50,4%, in netta controtendenza rispetto alla maggior parte dei Paesi europei, che sono sempre più orientati a trasferire un solo embrione e con un più alto potenziale di sviluppo, in base alle caratteristiche e all'età della donna, al fine di evitare le gravidanze gemellari che sono fonte di patologia perinatale e materna».

In altre parole, ad un anno dall'approvazione della legge in commento, secondo le parole di un autorevole esperto della riproduzione assistita «i successi sono diminuiti del 3% il che suggerisce una diminuzione del 15% delle gravidanze; ci sono più aborti, il che significa che il numero dei bambini nati

³⁹⁵ Relazione del Ministero della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita consultabile all'indirizzo <http://www.ministerosalute.it>.

³⁹⁶ La legge n. 40/2004 dispone che l'Istituto Superiore della sanità, sulla base dei dati che obbligatoriamente sono forniti dalle strutture predisponga annualmente, entro il 28 febbraio, una relazione per il Ministro della salute, relativa all'attività delle strutture autorizzate. Il Ministro della Salute, sulla base dei dati raccolti presenterà a sua volta, entro il 30 giugno, di ogni anno una relazione al Parlamento sull'attuazione della legge, ai sensi dell'art. 15 della legge n. 40/2004, articolo che riprende il contenuto dell'art. 16 della legge sull'interruzione volontaria di gravidanza.

³⁹⁷ L'indagine non tiene, dunque, conto delle limitazioni dovute al divieto di congelare gli embrioni, ma segue soltanto al divieto di creare *in vitro* un numero di embrioni superiore a tre, mentre in passato la fecondazione di un numero maggiore di oociti rendeva possibile scegliere tra più embrioni, così da trasferire nell'utero quelli con le caratteristiche morfologiche migliori.

³⁹⁸ Come osserva DOLCINI (*La legge n. 40 del 2004: alla prova dei fatti un efficace strumento di lotta*, cit., p. 1426) questi dati non tengono conto tuttavia di due fattori, dando una visione solo parziale del decremento delle nascite. In primo luogo vengono omessi i casi più difficili da trattare (donne sopra i quarant'anni, uomini affetti da grave oligoastenospermia o azoospermia) perché le coppie, proprio per le basse probabilità di successo che i centri italiani offrono loro, si rivolgono ai centri esteri e, in secondo luogo, le scienze mediche e biologiche compiono ogni anno passi in avanti in questo campo, rendendo verosimile un aumento progressivo delle nascite, piuttosto che una diminuzione.

cala ancora di più; ci sono troppe gravidanze multiple nelle donne più giovani; c'è una diminuzione nel ricorso al trattamento delle coppie che non hanno figli a causa della sterilità maschile particolarmente severa e di quelle nelle quali l'età della donna è relativamente avanzata»³⁹⁹. Tale diminuzione dei successi è particolarmente allarmante se si pensa che il costante progresso della medicina e della biologia dovrebbe al contrario portare ad un progressivo aumento delle nascite. Dato altrettanto grave, come è stato osservato⁴⁰⁰, è che tale diminuzione viene calcolata sui successi ottenuti per trasferimento embrionario, il che significa che ogniqualvolta il trasferimento embrionario non ha successo si è obbligati a ripartire daccapo con una stimolazione ormonale e un nuovo prelievo di oociti.

Viene comunque fatto osservare come, dopo il disastroso impatto iniziale, la PMA abbia ripreso tuttavia la sua “lunga marcia” favorita sia dal progresso delle scienze mediche, sia dalle diverse pronunce dei giudici nazionali e sovranazionali che hanno decretato la fine del limite rigido dei tre embrioni da trasferire contemporaneamente e consentito la diagnosi genetica preimpianto⁴⁰¹.

Tuttavia, secondo uno studio del 2010 pubblicato su *Human Reproduction*⁴⁰², gli italiani che emigrano all'estero alla ricerca di un figlio sarebbero fra i 3.500 e i 4.500 e fra i pazienti totali dei sei Paesi presi in considerazione che praticano tecniche di PMA i nostri connazionali sarebbero addirittura al primo posto, rappresentando il 31,8% del totale. Un dato rimasto pressoché costante dal 2004 ad oggi, a dimostrazione del fatto che per le coppie italiane il nostro Paese, nonostante i correttivi introdotti nella legge dalla giurisprudenza ordinaria e costituzionale, non offre una soluzione soddisfacente alla domanda di cura dell'infertilità.

Secondo un'altra indagine relativa ad un anno successivo, ossia al 2011 e condotta dall'Osservatorio sul Turismo Procreativo, sono almeno 4000 le coppie italiane che hanno varcato i confini nazionali, spesso senza alcuna indicazione medica, ma di propria iniziativa, per cercare di dare una risposta al desiderio di avere un bambino⁴⁰³. Di queste 4000 più di 2000 coppie si sono rivolte ai centri esteri per praticare l'eterologa, altrettante per ottenere trattamenti di procreazione assistita che possono avere anche in Italia, e almeno trentadue sono state le richieste di maternità surrogata di nostri concittadini nei Paesi in cui è permessa. Le mete preferite rimangono la Spagna, la Svizzera, il Belgio, seguite ora da Repubblica Ceca, Grecia e Austria, ma la scelta dipende ovviamente dal tipo di trattamento cercato (come vedremo parlando dei profili comparatistici della materia, ci sono Paesi in cui è permessa solo la donazione di

³⁹⁹ Così FLAMIGNI, *Cilicio e martello*, luglio 2007, in <http://www.carloflamigni.com>.

⁴⁰⁰ DOLCINI, *La legge 40/2004: costi o benefici?*, in *Bioetica*, 2006, p. 625.

⁴⁰¹ DOLCINI, *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello Stato: da sempre un rapporto difficile*, in *Dir. pen. cont.*, 27 novembre 2013. L'Autore, leggendo i dati della *Relazione del Ministero della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, anno 2011, anno di pubblicazione 2013 (in <http://www.ministerosalute.it>) osserva come nel 2011, con un'inversione di tendenza rispetto agli anni precedenti, si sia registrato un calo nel numero dei nati vivi: da quota 5000 nel 2005, il numero era salito a 12.500 nel 2010, per poi scendere appena sotto 12.000 nel 2011.

⁴⁰² Cfr. SHENFIELD, DE MOUZON, PENNINGS, FERRARETTI, NIBOE ANDERSEN, DE VERT, GOOSSENS, *Cross border reproductive care in six European countries*, in *Human Reproduction* (2010) 25 (6), p. 1361-1368.

⁴⁰³ L'indagine è stata condotta su trentanove centri esteri in ventuno Paesi europei ed extraeuropei (in particolare Spagna, Svizzera, Austria, Belgio, Danimarca, Grecia, Gran Bretagna, Repubblica Ceca e Ungheria).

gameti maschili, altri in cui è consentita la donazione sia dei gameti femminili che di quelli maschili e altri dove è consentita anche la donazione di embrioni).

A parte le coppie che si recano all'estero per eseguire tecniche di PMA con donazioni di gameti e quindi come scelta obbligata, l'altra metà dei pazienti richiede trattamenti di tipo omologo che potrebbe eseguire anche in Italia. Le coppie lamentano in molti casi la difficoltà di reperire informazioni chiare su cosa sia permesso e cosa no dalla legge n. 40/2004 in seguito alle modifiche avvenute a partire dall'intervento della Corte costituzionale dal 2009, nonché scarsa fiducia nella possibilità di ricevere trattamenti adeguati nel nostro Paese. È poi diffusa la convinzione che la legge n. 40/2004 abbia posto un freno alla ricerca clinica dei medici italiani negli ultimi dieci anni; infine, nella scelta di un centro esterno, giocano un ruolo importante anche la celerità, l'accoglienza, il costo, la visibilità e la fama dei centri.

A conclusione di questo capitolo dedicato all'analisi della situazione normativa esistente in Italia prima e dopo l'entrata in vigore delle legge n. 40/2004, è possibile tracciare un breve bilancio sugli effetti che essa ha prodotto in Italia a distanza di dieci anni dalla sua promulgazione, con l'avvertenza però, come giustamente ha sottolineato Flamigni, che «è difficile dare un giudizio sulla legge n. 40/2004 rinunciando alla propria appartenenza, in quanto siamo tutti affetti da un male molto comune, il pregiudizio»⁴⁰⁴.

Sebbene gran parte del mondo cattolico abbia sempre assiduamente difeso la legge n. 40/2004, definendola una "buona legge", in quanto efficace e funzionale⁴⁰⁵, la maggior parte dei tecnici che applicano i protocolli di PMA, la comunità scientifica internazionale, nonché la popolazione interessata dal problema della sterilità e dell'infertilità, peraltro in continuo aumento⁴⁰⁶, ha duramente criticato la legge in questione in quanto illogica, talora addirittura crudele e pervasa da un autentico furore ideologico, etichettandola come una scelta autoritaria in termini etici, oscurantista in termini scientifici e incostituzionale in termini giuridici⁴⁰⁷.

Con riferimento in particolare al principio di laicità dello Stato⁴⁰⁸, la legge *de qua* sembra aver segnato una svolta neo-confessionale nel nostro ordinamento, in quanto il legislatore pare averla

⁴⁰⁴ FLAMIGNI, *Fecondazione assistita e momento del concepimento*, in *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, cit., p. 11.

⁴⁰⁵ Da alcuni anni lo stesso quotidiano *Avvenire* celebra con toni entusiastici i dati diffusi dal Ministero della Salute che confermerebbero un significativo ricorso alle tecniche di fecondazione artificiale extracorporea in applicazione delle legge 40, documentato dal fatto che il numero di bambini nati dalla provetta in Italia sarebbero in crescita. Secondo Carlo Casini (*Riflessioni sulla legge imperfetta: il caso della procreazione artificiale in Italia*, in *Medicina e morale*, LIII, 2003, n. 2, p. 227 ss.) il vantaggio principale consisterebbe nella solida tutela garantita all'embrione e nel nuovo impulso alla difesa del diritto alla vita come diritto umano fondamentale, favorendo la cosiddetta «cultura alla vita», in Italia e forse nel resto dell'Europa.

⁴⁰⁶ Secondo le stime più attendibili il problema della sterilità riguarda attualmente circa il 15-20% delle coppie in età potenzialmente fertile. Si calcola che le pratiche di PMA abbiano permesso, in circa trent'anni, la nascita di oltre un milione e mezzo di bambini in tutto il mondo, decine di migliaia anche in Italia (nel nostro Paese, a tasso zero di natalità), un bambino su cento nasce grazie alle tecniche in oggetto): si tratta quindi di un fenomeno, non solo diffusissimo, ma anche sempre più socialmente accettato.

⁴⁰⁷ Così ZANON, *Introduzione*, in *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, cit., p. 7.

⁴⁰⁸ Il principio di laicità è, come già detto, un principio supremo dell'ordinamento giuridico italiano, che ha una valenza superiore rispetto alle altre norme di rango costituzionale, come si ricava dagli art. 3, 8 comma 1, 19, 21 Cost., nonché dagli artt. 2 e 13 Cost. Cfr. MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. I, Milano, 2001, p. 451

modellata sulla falsariga della dottrina cattolica, da sempre contraria alle pratiche di fecondazione assistita, che attentano alla naturalità della procreazione⁴⁰⁹.

Già prima della sua promulgazione le norme contenute nella l. n. 40/2004 avevano, infatti, scatenato accese reazioni sia nei potenziali utenti, che lamentavano l'eccessivo rigore e i numerosi limiti e i divieti in essa contenuti, in particolare quello relativo alla PDG e alla fecondazione eterologa, sia negli operatori sanitari, preoccupati del fatto che il divieto di crioconservazione degli embrioni avrebbe potuto arrecare seri danni alla salute della donna. I professionisti italiani avevano denunciato, altresì, le conseguenze economiche che una legge siffatta avrebbe potuto avere; gli stessi si sarebbe invero trovati, come poi è realmente avvenuto, in condizioni non competitive e avrebbero necessitato di strutture straniere per continuare a svolgere le attività loro precluse in Italia, mentre gli investimenti nel settore della medicina riproduttiva e della ricerca nel campo sarebbero stati disincentivati.

A causa dei rigidi divieti e limiti contenuti nella normativa *de qua*, che hanno portato il risultato, peraltro ampliamento previsto durante i lavori preparatori della legge⁴¹⁰, di far nascere meno bambini di prima, alcuni Autori si sono addirittura domandati se «ad una disciplina lacunosa e contraddittoria, oltre che dominata dall'ideologia, fosse preferibile il vuoto normativo»⁴¹¹.

Non è mancato, infine, chi ha definito la legge n. 40/2004 una «legge cattiva»⁴¹², ovvero una «legge contro la procreazione», in quanto, a dispetto delle proclamate finalità di ausilio alla riproduzione, essa dimostra, nei fatti, di avere come obiettivo non dichiarato quello di costituire uno strumento di lotta contro le tecniche innaturali di ricerca della gravidanza, in linea con l'insegnamento della Chiesa cattolica⁴¹³.

ss. e RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, cit., p. 18 ss.

Sulla laicità del diritto penale nell'ordinamento italiano si veda ampiamente DOLCINI, *Da quale pulpito... laicità, «sana laicità» e diritto penale*, in D'ORAZIO (a cura di), *La laicità vista dai laici*, Università Bocconi, 2009, p. 175 ss. Tale principio annovera tra i suoi corollari, in diritto penale, il principio di offensività, dal quale discende il divieto per il legislatore di fare uso della pena fino a quando il soggetto non abbia leso un bene giuridico, o quanto meno abbia messo in pericolo la sua integrità, ossia che l'azione sia giunta a uno stadio nel quale può dirsi, secondo regole di esperienze, che è probabile il verificarsi della lesione. Sul principio di offensività cfr., per tutti, MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 449 ss. e MANES, *Il principio di offensività. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.

⁴⁰⁹ Per questi rilievi critici si veda DOLCINI, *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello Stato: da sempre un rapporto difficile*, cit.

⁴¹⁰ Cfr. FLAMIGNI, BORINI, COTICCHIO, *Il parere della comunità scientifica internazionale sulla legge italiana sulla pma*, in <http://www.carloflamigni.com>, 2005.

⁴¹¹ RESCIGNO, *Note in margine alla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in «*La fecondazione assistita, riflessioni di otto grandi giuristi*», ed. Corriere della Sera, 2005, p. 31.

⁴¹² Cfr. DOLCINI, *Responsabilità del medico e reati in materia di procreazione assistita*, cit., p. 49 s.

⁴¹³ Come noto le uniche tecniche alle quali la Chiesa dà il proprio consenso, ma non senza riserve, sono le tecniche di fecondazione *in vivo* (ossia la IUI e la GIFT), in quanto «l'atto coniugale rappresenterebbe più un mezzo per il prelievo dello sperma che per procreare una nuova vita»: così si esprime TETTAMANZI, *Nuova bioetica cristiana*, Edizioni Piemme, 2000. I tentativi di fecondazione *in vitro*, invece, sono da respingersi in quanto «immorali e assolutamente illeciti», così Pio XII, *Allocuzione ai partecipanti al Congresso mondiale della fertilità e della sterilità*, 19 maggio 1956, in *Acta Apostolicae Sedis*, 48, 1956, p. 469, (citazione da DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, cit., p. 75). Ancora oggi il cardinale Tettamanzi (in *Nuova bioetica cristiana*, cit., p. 220) definisce la tecnica di fecondazione *in vitro* «intrinsecamente illecita in quanto costituisce una radicale alterazione – una contraddizione – del significato specificamente umano del procreare».

È ben noto, infatti, come quest'ultima⁴¹⁴ si opponga da sempre alla fecondazione medicalmente assistita, ritenendo l'inseminazione e la fecondazione artificiale immorali, in quanto «dissociano la procreazione dall'atto con cui gli sposi si donano mutualmente, instaurando così un dominio della tecnica sull'origine e sul destino della persona umana»⁴¹⁵. L'unica pratica ritenuta ammissibile è la fecondazione *in vivo*, purché compiuta all'interno del matrimonio, che viene, infatti, da sempre praticata negli ospedali cattolici di tutto il mondo⁴¹⁶.

Neppure le Linee guida del 2004 hanno portato a quell'apertura liberalizzante da tanti auspicata⁴¹⁷, dal momento che esse sono dotate per loro natura di un contenuto meramente tecnico, motivo per il quale ad esse è precluso modificarla, anche implicitamente.

Se è innegabile che in un settore come quello della PMA sia necessaria una normativa organica che assicuri un livello minimo di tutela, sull'esempio delle legislazioni europee, in quanto il legislatore non può prescindere dal disciplinare tutti quegli aspetti che i progressi della scienza medica e delle tecniche ad essa collegate hanno oggi reso disponibili alla volontà umana e manipolabili da essa, a parere di chi scrive, egli avrebbe dovuto però limitarsi ad una regolamentazione delle tecniche di PMA, che lasciasse margini più ampi nella libertà procreativa, tenendo conto del pluralismo e del relativismo ideologico che concerne le scelte in un settore così intimo e personale della vita umana.

Come abbiamo ripetuto più volte, il legislatore ha imposto, invece, una serie di irragionevoli divieti e limiti nell'esecuzione delle tecniche di PMA, sicuramente più preoccupato di preservare la “dignità della procreazione” e di tutelare ad ogni costo l'embrione (tradendo così la sua matrice di chiara impronta cattolica⁴¹⁸), piuttosto che favorire «la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o di

⁴¹⁴ Sul giudizio negativo della Chiesa cattolica in merito alla PMA si veda diffusamente DOLCINI, *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello Stato: da sempre un rapporto difficile*, cit.

⁴¹⁵ *Catechismo della chiesa cattolica. Compendio*, Roma, 2005, par. 499.

⁴¹⁶ FLAMIGNI, *Il libro della procreazione*, 1998, p. 365.

⁴¹⁷ Sul contenuto delle Linee guida si veda in dottrina DOGLIOTTI, *Diagnosi preimpianto, accertamento dello stato di salute dell'embrione e diritti della persona*, in *Famiglia e diritto*, 2007, 12, p. 1151 ss. e ID., *Le “Linee guida” del Ministero della salute sulla procreazione assistita*, in *Guida al diritto*, 2004, 40, p. 14 ss.

⁴¹⁸ Nonostante la legge in esame contenga una serie di norme molto rigide nell'esecuzione delle tecniche di PMA con lo scopo dichiarato di proteggere la “vita nascente” e il principio di “famiglia” di chiara ispirazione cattolica, il Magistero cattolico ha tuttavia più volte chiaramente negato che la l. n. 40/2004 possa dirsi una legge di matrice cattolica, in quanto la procreazione assistita lede in quanto tale la dignità della procreazione e non può, quindi, essere considerata mai lecita.

A sostegno di questa loro tesi i sostenitori della legge sulla PMA adducono due argomenti. In primo luogo, secondo gli stessi, la dottrina cattolica romana si oppone ad ogni fecondazione assistita, e non solo a quella *in vitro* e a quella eterologa (cfr. *Evangelium Vitae*, lettera enciclica del Sommo Pontefice Giovanni Paolo II sul valore e l'invulnerabilità della vita umana, Città del Vaticano, 1995, p. 22), mentre la legge l'ammette, seppur con alcune limitazioni e pertanto quest'ultima non corrisponderebbe all'insegnamento etico della Chiesa. In secondo luogo la legge è stata approvata grazie al voto trasversale di deputati e senatori appartenenti a schieramenti diversi.

A queste obiezioni si ribatte che di fatto il testo della legge è stato elaborato da associazioni di sicura fede cattolica, è stato approvato dai vescovi italiani ed anche dal Papa e viene strenuamente difeso dai cattolici. In questo senso più ampio pertanto «la legge n. 40/2004 è la “legge cattolica” perché, pur non recependo la dottrina cattolica romana, riesce a fare in modo che nelle attuali circostanze storiche questa riesca a trovare la massima attuazione possibile: di più non era realisticamente possibile fare, e quindi si è accettato un testo che effettivamente non corrisponde all'insegnamento della Chiesa cattolica romana. Questo non toglie tuttavia che i valori proposti continuino ad essere il riflesso più o meno pallido (o vivido) del principio d'inscindibilità difeso dalla dottrina cattolica. Sia pure in forma attenuata, la legge continua a riflettere i valori di un specifico gruppo di fedeli: quello

infertilità umana», finendo così di fatto per stravolgere la finalità enunciata nel suo stesso art. 1 e producendo una serie di effetti dannosi, sia per la salute della donna⁴¹⁹ che del concepito, oltre che una vera e propria fuga dalla legge stessa.

A ciò si aggiunga che le norme contenute nella nuova legge, non solo non favoriscono il pieno sviluppo della persona umana, in particolare della donna, nelle vicende procreative, ma anzi lo ostacolano⁴²⁰.

L'interrogativo che molti⁴²¹ si sono posti è, dunque, il seguente: può il legislatore decidere delle scelte più intime dell'individuo o di una coppia? Può egli imporre regole circa il modo in cui procreare, imponendo ostacoli alle forme in cui potrebbe nascere (o non nascere) una famiglia o regolare il modo in cui rapportarsi alla maternità o paternità? E, ancora, può una maggioranza parlamentare imporre ad una società intera le sue concezioni etico-morali che si basano oltretutto su nozioni scientifiche fortemente dibattute e su cui non esiste un orientamento condiviso? E, infine, per ciò che attiene più da vicino al diritto penale, può il legislatore presidiare con lo strumento della pena la violazione di precetti che corrispondono ad una visione della vita condivisa da una parte della società, sia essa minoritaria o maggioritaria?

La risposta a questi quesiti pare scontata. Risulta, infatti, difficilmente comprensibile come in un ordinamento ispirato al pluralismo e alla laicità⁴²² e fondato sui principi dello Stato di diritto «il legislatore abbia potuto qualificare come illecite e sanzionare anche penalmente pratiche di maternità

dei cattolici romani. Non è una legge rappresentativa delle posizioni diffuse, quindi una legge “laica” in quanto non è rappresentativa di posizioni diffuse».

In secondo luogo, riguardo all'argomento che la legge è stata votata da uno schieramento trasversale a dimostrazione che i valori affermati dalla legge sono laici e non di stampo cattolico, si ribatte che è un argomento questo molto debole poiché la trasversalità è stata probabilmente ottenuta con una oculata azione di *lobbying*: il Movimento per la Vita Italiano non ha mai nascosto, infatti, di avere stipulato accordi con numerosi parlamentari al tempo delle elezioni politiche e quindi può ragionevolmente ipotizzarsi che la trasversalità del voto sia l'effetto di questi accordi.

Secondo FLAMIGNI (*Fecondazione assistita e momento del concepimento*, in *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, cit., p. 12) «Il legislatore, obbligato a tenere conto delle regole scritte del catechismo cattolico ha dovuto però fare in modo che ciò non risultasse in maniera troppo evidente, nonché obbligato a tenere conto della buona pratica clinica, della Costituzione e delle legislazioni europee in materia, ha provveduto costruendo, all'interno delle norme giuridiche, una serie di “passerelle” utili per evitare certe amarezze, incongruenze e certe crudeltà che i cittadini non avrebbero apprezzato».

⁴¹⁹ La donna, soggetta all'originario divieto di produrre più di tre embrioni e all'obbligo di trasferire contemporaneamente tutti gli embrioni prodotti, era esposta, come si vedrà meglio nel terzo capitolo, al duplice effetto di un alto rischio di gravidanze plurime e, in caso di insuccesso, di reiterate stimolazioni ormonali.

⁴²⁰ L'argomento della realizzazione esistenziale e sociale della donna, connaturata al fatto stesso della gravidanza e che si potrebbe sintetizzare nella formula del “diritto ad essere madre” è sovente utilizzato nel dibattito americano per giustificare il ricorso alle tecniche di PMA, con particolare riferimento alla maternità surrogata. V. SHALEV, *Birth power. The Case for Surrogacy*, New Haven- London, 1989, p. 112 ss. e 123 ss.

⁴²¹ Per tutti si veda ZANON, *Introduzione*, in *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, cit., p. 7.

⁴²² Il principio di laicità, che la Corte costituzionale nella sentenza 203/1989 ha come noto desunto dagli artt. 3, 7, 8 e 19 della Costituzione, impone al legislatore neutralità ed equidistanza rispetto alle confessioni religiose (Corte cost., sent. 329/1997, 327/2002 e 168/2005), ma dal momento che la legge 40/2004 fa propria la controversa posizione cattolica, essa non può dirsi neutrale ed equidistante rispetto alle confessioni religiose. Cfr. DI COSIMO, *Quando il legislatore predilige un punto di vista etico/religioso: il caso del divieto di donazione dei gameti*, cit., ritiene che il caso della divieto di donazione dei gameti sia il risultato di una discutibile forma di paternalismo legislativo, dal momento che il legislatore, mossa da preoccupazioni di natura etico/religiosa, decide al posto della coppia su una questione che non mette a rischio interessi di altre persone.

assistita che, radicate nella cultura e nel consenso sociale, sono espressione di libertà individuali conformi a Costituzione che rispondono all'interesse alla genitorialità come espressione di una libertà di scelta responsabile, espressione di quel fondamentale interesse dell'individuo a procreare, oltre naturalmente al superamento di varie forme di sterilità (e quindi espressione del diritto alla salute) qualora queste non siano strumentali a interessi egoistici o, addirittura, eugenetici»⁴²³.

In tale Stato non dovrebbe essere, infatti, consentito al legislatore (il quale generalmente si considera il depositario del consenso della maggioranza di cui esprime le scelte secondo i principi della democrazia) imporre a singoli e alla collettività opzioni etiche e religiose, che riguardano la conduzione della propria vita personale, come decidere se abortire o sottoporsi a tecniche di fecondazione assistita, sanzionando penalmente la posizione contraria, e ciò vale tanto più se tra gli scienziati non vi è accordo su una certa questione di ordine morale e scientifico (come l'inizio della vita umana), che costituisce il presupposto vengono fatte poggiare tutte le scelte legislative conseguenti⁴²⁴.

In altre parole, ogni qualvolta il legislatore si appresti a disciplinare materie eticamente sensibili, quale quella della fecondazione assistita, nelle quali esistono profondi contrasti morali fra i cittadini, egli dovrebbe astenersi dall'imporre ai consociati contenuti e prescrizioni che riflettono uno soltanto dei punti di vista esistente sull'argomento, perché a ciò si oppongono i principi di laicità, uguaglianza e pluralismo.

Al contrario, compito del Parlamento dovrebbe essere quello di stabilire che il ricorso agli istituti in oggetto sia facoltativo, lasciando semmai alle Chiese il compito di dissuadere eventualmente i propri fedeli dall'avvalersene o meno, pena la negazione della libertà di coscienza e del principio di autodeterminazione⁴²⁵.

Di riflesso, anche per quanto concerne il diritto criminale, in uno Stato laico e secolarizzato il legislatore non può, in assenza di valori meritevoli e bisognosi di protezione penale, stabilire sanzioni (penali o amministrative) allo scopo di difendere precetti morali.

E non importa se le sanzioni contenute nell'art. 12 abbiano natura non penale, bensì amministrativa, dal momento che identica è la funzione assolta nell'ordinamento dalle sanzioni penali e dalle sanzioni amministrative punitive⁴²⁶, ossia quella di tutelare preventivamente i beni giuridici, cioè condizioni essenziali per una pacifica e ordinata convivenza civile, non già una funzione di presidio di precetti morali.

⁴²³ Cfr. SESSA, *Dalla bioetica al biodiritto*, cit., p. 895 s.

⁴²⁴ DI COSIMO (*Quando il legislatore predilige un punto di vista etico/religioso: il caso del divieto di donazione dei gameti*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 17 ottobre 2013) sostiene che «se nella società manca il consenso attorno ai temi della vita e della morte, il legislatore non può affermare un solo punto di vista, ma deve favorire la convivenza di più opzioni etiche. A questo scopo deve lasciare libere le persone di decidere in base alle proprie convinzioni, salvo che le loro decisioni non ledano diritti altrui».

⁴²⁵ Per quanto concerne nello specifico il tema che qui interessa la scelta procreativa non dipende dalle convinzioni morali e religiose del legislatore, ma da quelle dei genitori, a cui spetta decidere in forza del principio di autodeterminazione e della libertà di coscienza. Il legislatore non può pertanto imporre il proprio codice morale anche se è condiviso dalla maggioranza dei cittadini, ma deve rispettare le decisioni e le diverse opzioni etiche dei soggetti coinvolti nelle procedure di fecondazione assistita. Cfr. DI COSIMO, *Quando il legislatore predilige un punto di vista etico/religioso*, cit.

⁴²⁶ DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in MARINUCCI, DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, 1985, p. 371 ss.

In altre parole, le leggi non dovrebbero essere espressione di principi confessionali ed integralistici, ma dovrebbero accogliere valori considerati “laici”, ossia il rispetto delle differenti posizioni morali e la tolleranza verso le differenze⁴²⁷.

A ciò si aggiunga che la legge *de qua* sposa l’orientamento di una minoranza, perché è ormai riconosciuto il fatto che, come confermano ricerche promosse dalla CEI, in Italia, in particolare su alcuni temi che riguardano la sfera delle decisioni personali in campo procreative (*in primis* la contraccezione) i comportamenti approvati e sollecitati dalla Chiesa non sono più numericamente prevalenti come era qualche decennio fa.

In estrema sintesi, dunque, la legge del 2004, con la vasta gamma di limiti e divieti imposti alla PMA, ha cancellato la pluralità di valutazioni esistenti nella nostra società sul problema dell’inizio della vita umana, sulla liceità, o addirittura doverosità di garantire al nascituro una certa qualità di vita e, infine, sul significato dell’atto generativo e sul concetto di famiglia, imponendo una propria visione di essi.

Il pericolo sotteso alla legge n. 40/2004, come è stato acutamente osservato, è dunque che la stessa divenga il modello per l’approvazione in futuro di altre leggi bioetiche, in quanto l’impegno profuso nell’approvazione di questa legge manifesta lo sforzo di una parte del mondo cattolico di controllare la vita morale degli italiani attraverso gli assetti istituzionali con il rischio concreto che l’Italia subisca una sorta di Controriforma.

Se la legge sull’aborto del 1978 ha segnato uno dei momenti più alti nel cammino della nostra legislazione penale lungo la strada della laicità, scelta confermata dall’esito negativo del *referendum* del 1981⁴²⁸, volto a incriminare nuovamente l’interruzione volontaria della gravidanza, la legge n. 40/2004 ha invece segnato una nuova svolta confessionale del nostro ordinamento.

Formulato un giudizio etico negativo sulla fecondazione assistita, la Chiesa cattolica ha cercato di fare ciò che non le era riuscito in materia di aborto, ossia tutelare penalmente in forma assoluta la vita *in fieri*, ma questa volta in un momento ancora più arretato rispetto alla nascita. Per fare ciò, non si è accontentata di chiedere ai propri fedeli di astenersi dal ricorso a tecniche bollate come immorali, ma ha dispiegato tutte le sue forze per far sì che il legislatore statale facesse proprio quel giudizio, traducendolo in una serie di divieti e di limiti alla procreazione assistita.

⁴²⁷ FLAMIGNI (*Vietare per credere*, in *Notizie di Politeia*, 2008, p. 108) osserva come «in un Paese tendenzialmente laico sono stati imposti, per legge, principi religiosi che a molti cittadini sembrano sbagliati, che sono certamente confutabili e che sono messi in discussione all’interno dello stesso potere che li ha prodotti».

⁴²⁸ Nel *referendum* abrogativo della legge n. 194 del 1978 promosso dal Movimento per la vita nel 1981 il 68% dei votanti si espresse contro l’abrogazione della normativa.

CAPITOLO III

IL LIMITE MASSIMO DEI TRE EMBRIONI,
L'OBBLIGO DI UN UNICO E CONTEMPORANEO IMPIANTO
DI TUTTI GLI EMBRIONI PRODOTTI E
IL DIVIETO DI CRIONCONSERVAZIONE
PRIMA E DOPO LA SENTENZA
DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 151 DEL 2009

SOMMARIO: 1. La disciplina precedente al 2004. - 2. La disciplina introdotta dalla legge n. 40/2004 (prima dell'intervento della Corte costituzionale). - 3. La sentenza della Corte costituzionale dell'8 maggio 2009 n. 151. - 3.1. Il fatto. - 3.2. La decisione. - 4. Il nuovo art. 14 dopo l'intervento della Consulta. - 5. Uno sguardo alla disciplina degli altri Paesi europei.

1. La disciplina precedente al 2004.

Prima dell'entrata in vigore della l. n. 40/2004, al fine di limitare alla donna i disagi causati dalla sottoposizione a stimolazioni ovariche plurime e a ripetuti interventi di prelievo di ovociti, si era affermata la prassi medica di produrre più ovociti per ogni ciclo di procreazione assistita, inseminarli tutti creando embrioni in soprannumero, impiantarne due o al massimo tre e crioconservare⁴²⁹ gli altri per successivi interventi, nel caso in cui il primo tentativo non fosse andato a buon fine. Solo così, infatti, si poteva, da un lato disporre di nuovi embrioni nel caso in cui il primo impianto dell'embrione nell'utero non avesse dato i risultati voluti, circostanza peraltro frequente, senza dover così ricominciare ogni volta daccapo le pratiche di stimolazione ormonale stressanti, oltreché dannose per la salute della donna, e, dall'altro lato, praticare una corretta PGD (al tempo non vietata e diffusa) con buone possibilità di successo.

⁴²⁹ La crioconservazione è una tecnica di congelamento in azoto liquido a - 196°C di gameti o embrioni in grado di mantenerne la vitalità e capacità di sviluppo anche per lungo tempo. Essa costituisce il destino naturale degli embrioni soprannumerari o di quelli di cui risulti comunque non praticabile un immediato trasferimento. In Italia prima del 2004 non esisteva una normativa che impedisse il congelamento embrionario. Tuttavia, anche prima di tale normativa, l'applicazione della crioconservazione degli embrioni era praticata in una percentuale minoritaria di centri. Uno studio promosso dal Ministero della Salute del 2001 e pubblicato dall'Istituto Superiore di Sanità del 2003 documenta che, all'epoca dell'indagine e, quindi, poco prima dell'entrata in vigore della legge 40, i centri che offrivano ai loro pazienti l'opzione della crioconservazione degli embrioni erano settantaquattro, vale a dire solo il 37,4% del totale dei centri di secondo e terzo livello. Cfr. SPINELLI, SCARAVELLI, VIGILIANO, DIEMOZ, *Indagine sull'attività di procreazione medicalmente assistita in Italia*, Rapporti ISTISAN 03/14, Istituto Superiore di Sanità, 2003.

Per quanto concerne la possibilità di praticare una corretta PGD l'assenza di un limite numerico agli ovociti fecondabili consentiva di selezionare, tra gli embrioni prodotti in soprannumero, quelli più idonei al trasferimento in utero, scartando quelli con anomalie di natura genetica o imperfezioni tali da renderne problematico il loro attecchimento nel corpo materno o il successivo sviluppo, a causa di diversi fattori quali, oltre alla qualità degli embrioni, la salute e l'età della donna e i precedenti esiti di altre procedure di PMA⁴³⁰.

La necessità di procedere alla crioconservazione di un numero non limitato di embrioni si basava sulle stesse ragioni: in primo luogo permetteva alle donne di sottoporsi ad un numero minore di stimolazioni ovariche e di prelievi per ogni ciclo di intervento, in secondo luogo risultava ampliata la possibilità di scelta degli embrioni che mostravano maggiori probabilità di sviluppo, riducendo così il numero di quelli da trasferire in utero (in genere uno o due) a seconda delle condizioni di salute e dell'età della paziente e, infine, consentiva di non dover ripetere l'intera procedura qualora la coppia decidesse di avere un secondo figlio.

Al momento dell'introduzione dell'art. 14 della legge n. 40/2004 la prassi vedeva, pertanto, i centri di fecondazione inseminare un numero di ovociti, quando possibile, superiore a tre con l'obiettivo di impiantare un numero di embrioni di buona qualità pari a due o tre al massimo, che quindi dessero concrete speranze di gravidanza per poi procedere al congelamento degli altri embrioni in soprannumero da impiantare in seguito se il tentativo precedente non fosse andato a buon fine.

La conseguenza di tale sovrapproduzione di embrioni era, però, che nella maggior parte dei casi la gravidanza si produceva prima dell'utilizzo complesso di tutti gli embrioni prodotti e, quindi, quelli rimasti rimanevano nei centri in una sorta di limbo⁴³¹, tranne nel caso in cui la coppia decidesse di intraprendere un nuovo impianto e una nuova gravidanza.

2. La disciplina introdotta dalla legge n. 40/2004.

Con l'entrata in vigore della legge n. 40/2004 e in particolare dell'art. 14 della stessa, questo quadro di riferimento è però fortemente mutato.

Tale disposizione ha costituito, fino all'intervento della Corte costituzionale nel 2009, il punto cruciale dell'intera normativa in esame, nonché il suo aspetto più irragionevole e ingiusto⁴³². Essa contiene, infatti, un triplice divieto: il divieto di produrre più di tre embrioni per ogni ciclo di trattamento, il divieto di crioconservazione di embrioni e il divieto di soppressione degli stessi (commi 1 e 2). Questa

⁴³⁰ Cfr. TRIPODINA, *La Corte costituzionale e la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la «Costituzione che non vale più la pena di difendere»*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1696.

⁴³¹ Nel Regno Unito la *Human Fertilisation and Embriology Authority* in un rapporto al Ministro della Sanità del luglio 1999 segnalava la presenza di circa cinquantaduemila embrioni congelati alla fine di giugno 1995, per tremila dei quali, allo scadere dei cinque anni di congelamento, non risultava possibile rintracciare la famiglia di origine (c.d. "embrioni abbandonati").

⁴³² Così si esprime D'AMICO, *I diritti contesi*, cit., p. 45.

serie di divieti si completa con l'obbligo di trasferire contemporaneamente tutti gli embrioni prodotti (comma 3).

Le disposizioni contenute nell'art. 14 sono peraltro quelle che, più delle altre, hanno posto il problema del bilanciamento tra beni giuridici diversi, in quanto in esse emerge in maniera particolarmente evidente e drammatica il conflitto esistente fra diritto alla salute della madre con il diritto alla vita dell'embrione.

Dall'insieme di tale disciplina emerge, altresì, la logica che ispira l'intera legge n. 40/2004, ossia che nel bilanciamento tra la vita dell'embrione, da un lato, e le esigenze della procreazione e la salute della donna, dall'altro, il legislatore privilegia nettamente la prima, partendo dalla considerazione che il concepito possiede pari dignità rispetto agli altri soggetti coinvolti nella procreazione.

Al fine di accordare protezione al soggetto ritenuto più vulnerabile e bisognoso di tutela di tutta la vicenda procreativa, ossia l'embrione, il legislatore ha stabilito un limite massimo di embrioni, che, tutti dotati di pari dignità, possono essere generati e che devono essere tutti impiantati in utero, in quanto a ciascuno di essi deve essere garantito, indipendentemente dal loro stato di salute, l'impianto, essendo vietata qualunque tipo di selezione in base alle caratteristiche degli embrioni. Allo stesso tempo ha vietato il congelamento embrionario se non in casi di assoluta necessità per motivi di salute.

Preoccupato esclusivamente di tutelare l'embrione, il legislatore sembra però dimenticare il bene della salute della donna al quale non risulta essere offerta una tutela adeguata, in quanto, come si dirà a breve, la legge impone al medico l'obbligo di adottare protocolli assai lontani da quelli che l'*ars medica* richiederebbe nel caso concreto.

Tornando ora alla disciplina contenuta nell'art. 14, intitolato «Limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni», si osserva come quei limiti siano assai gravosi, vincolando il medico ad una serie di condotte che mortificano la sua autonomia discrezionale in un settore peraltro particolarmente delicato.

In altre parole, tale normativa sanziona le ipotesi in cui le tecniche di PMA, pur possedendo una finalità lecita (in quanto rientrano nell'ambito di un progetto genitoriale di una coppia eterosessuale), risultano, quanto alle modalità di applicazione, suscettibili di offendere il bene giuridico "embrione"⁴³³.

Proprio nell'ottica di salvaguardare l'integrità dell'embrione⁴³⁴, rientra la previsione contenuta nel primo comma dell'art. 14, secondo cui «è vietata la crioconservazione⁴³⁵ e la soppressione degli embrioni,

⁴³³ Così BARTOLETTI, MARENGHI, VALLINI, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita (l. 19.2.2004, n. 40)*, in *Legisl. pen.*, 2005, p. 11.

⁴³⁴ La sopravvivenza dell'embrione è messa a dura prova nel momento del suo scongelamento. Esiste, infatti, un danno biologico da raffreddamento, ma ciò sembra dipendere anche dalla qualità dell'embrione e dalla sua ridotta vitalità indipendentemente dal congelamento. Si calcola che sopravviva allo scongelamento il 70% degli embrioni (contro al massimo il 50% degli spermatozoi). Tuttavia, come per gli spermatozoi, i dati indicano che gli embrioni sopravvissuti allo scongelamento sono altrettanto sani di quelli "freschi" e che non c'è aumento di aborti e di malformazioni fetali nelle gravidanze ottenute da embrioni congelati.

La principale causa di distruzione cellulare durante il congelamento è dovuta alla formazione di cristalli di ghiaccio intracellulari: per questo durante il procedimento, è importante ridurre la quantità di acqua all'interno della cellula. Per minimizzare i danni dovuti alla formazione intercellulare di ghiaccio, vengono adottate alcune procedure, ovvero l'utilizzo di sostanze crioprotettrici e l'uso di un congelatore biologico programmabile computerizzato⁷ e che non c'è aumento di aborti e di malformazioni fetali nelle gravidanze ottenute da embrioni congelati.

fermo quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194». Sia la crioconservazione, che la soppressione⁴³⁶ sono punite con una reclusione fino a tre anni e una multa da 50.000 a 150.000 euro.

Posto il divieto, il legislatore ha però immediatamente previsto un'eccezione. L'art. 14 comma 3 prevede, infatti, una deroga al divieto generale di crioconservazione che la dottrina ha chiamato "crioconservazione per stato di necessità", che ricorre qualora il trasferimento nell'utero dell'embrione «non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione». Tuttavia tale pratica, che costituisce una facoltà (in presenza del presupposto anzidetto, a cui si accompagna peraltro l'obbligo del successivo trasferimento dell'embrione), mai un obbligo, non può prolungarsi senza limite di tempo, dovendosi procedere al trasferimento degli embrioni nel corpo della donna «non appena possibile»⁴³⁷.

Giova ricordare a tale proposito che tra la fecondazione ed il trasferimento degli embrioni nell'utero materno intercorre necessariamente un certo di lasso, durante il quale possono verificarsi eventi imprevedibili (riguardanti lo stato di salute della donna⁴³⁸), che rendono impossibile l'immediato trasferimento degli stessi, motivo per il quale la crioconservazione diviene una necessità per tutelare il concepito, che rappresenta lo scopo attorno a cui ruota l'intera normativa. Da ciò sembra conseguire che in caso di prevedibilità, secondo quanto stabilito dalla scienza medica nel caso specifico, non si sarebbe dovuto procedere alla fecondazione, trovando in tal caso applicazione l'art. 6, comma 4 della legge n. 40/2004.

Dal contenuto di tale disposizione risulta che la condizione che rende impossibile il trasferimento non deve riguardare patologie già esistenti al momento in cui si è deciso di produrre l'embrione, né tanto meno lo stato di salute dello stesso, in quanto queste ultime, mancando dei requisiti di transitorietà e imprevedibilità richiesti dalle legge, non possono integrare quella causa di forza maggiore in grado di avere ripercussioni negative sulla salute della donna. Tuttavia è evidente il paradosso a cui conduce un'applicazione rigida di questa normativa nella pratica: una sopravvenuta e improvvisa sindrome febbrile potrebbe, infatti, dar luogo a crioconservazione al contrario di una preesistente grave patologia geneticamente trasmissibile.

⁴³⁵ Per quanto riguarda gli embrioni prodotti precedentemente all'entrata in vigore della legge, non vi è alcuna indicazione da parte delle disposizioni transitorie che rinviano ad un decreto del Ministero della Salute, il cui contenuto dovrà essere stabilito in collaborazione con l'Istituto Superiore della Sanità (art. 17, comma 3). si calcola che sopravvivva allo scongelamento il 70% degli embrioni (contro al massimo il 50% degli spermatozoi).

⁴³⁶ La soppressione di embrioni *in vitro* era una condotta in precedenza priva di rilievo penale, non essendo assimilabile all'omicidio o al danneggiamento, in quanto avente ad oggetto un embrione e non un uomo (ad ennesima conferma del fatto che l'embrione non è ritenuto un individuo a pieno titolo dal legislatore del 2004), né riconducibile alle norme incriminatrici contenute nella l. n. 194/1978, mancando il presupposto della gravidanza. Essa si configura come una fattispecie d'evento a forma libera, realizzabile pertanto anche nella forma del reato omissivo improprio, pur mancando in capo alla coppia e al medico un obbligo penalmente rilevante (c.d. "obbligo di garanzia") di impedirne l'estinzione. In questo senso si veda diffusamente VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit. p. 236.

⁴³⁷ Tale previsione è volta a garantire un rapporto di stretta interdipendenza tra manipolazione dell'embrione e suo successivo trasferimento in utero, impedendo così qualsiasi altro tipo di strumentalizzazione dello stesso, ossia un impiego dell'embrione che non faccia parte di un progetto procreativo, secondo un criterio di *imitatio naturae*. In questo senso si veda diffusamente VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 240.

⁴³⁸ Il caso più comune è quello dell'iperstimolazione ovarica, determinata dalle terapie ormonali a cui si deve sottoporre la donna.

Al fine di risolvere tale paradosso, il richiamo alla formulazione stessa dell'art. 14 sembra suggerire una possibile soluzione costituzionalmente orientata. Tale disposizione, ponendo la regola del divieto di crioconservazione, contempla, infatti, anche un'eccezione che si sostanzia nel riferimento alla l. n. 194/1978, il che significa anche agli artt. 4 e 6 di quest'ultima, che consentono, in presenza di determinati presupposti e specificatamente nel caso di anomalie e malformazioni del feto, il ricorso alle stesse tecniche che la disposizione nella sua parte iniziale immediatamente vieta, ossia la soppressione e la crioconservazione, finendo così per realizzare quel bilanciamento degli interessi e dei diritti dei soggetti che la legge n. 40/2004 invece sembra negare⁴³⁹. Bilanciamento più volte confermato dalla giurisprudenza costituzionale anche precedente alla legge, in cui si riconosce che «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia di chi persona ancora deve diventare»⁴⁴⁰.

La crioconservazione deve inoltre ritenersi possibile, pur nel silenzio della legge, ogni volta in cui il consenso venga revocato dopo la fecondazione.

Coerentemente con il divieto della soppressione e crioconservazione degli embrioni la legge all'art. 14, comma 2 prevede che «le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall'art. 7, comma 3» (cioè le Linee guida del Ministro), «non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, e comunque non superiore a tre».

In altre parole, con questa disposizione il legislatore vieta la produzione di un numero di embrioni superiore a tre alla volta, obbligando altresì ad impiantarli contemporaneamente.

La *ratio* della scelta operata per tali limiti risiede nelle seguenti considerazioni:

- l'impianto di un massimo di tre embrioni garantisce una sufficiente percentuale di successo senza incorrere in una gravidanza plurigemellare che comporterebbe un rischio di maggiore di morbilità e mortalità materno-fetale;
- la consapevolezza di tale maggior rischio potrebbe indurre a ritenere accettabili pratiche di embrioiduzione;
- un numero maggiore di embrioni creati rispetto a quelli trasferiti favorirebbe l'embrioselezione eugenetica con incremento del numero di embrioni scartati perché ritenuti malati sulla base di osservazione di caratteri patologici anche minimali;

⁴³⁹ Secondo LIPARI, *La legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, in *Rass. parl.*, 2005, p. 345 fra i vizi della tecnica legislativa «il più vistoso, consiste nel dettare una disciplina senza alcun tentativo di coordinamento con l'integrità del sistema, anzi nella evidente consapevolezza (sarebbe peggio dire nella colpevole ignoranza) di determinare frizioni o conflitti con istituti altrimenti operanti o con categorie giuridiche consolidate». Si veda anche MOROZZA DELLA ROCCA, *Procreazione medicalmente assistita e beta-talassemia*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2005, p. 75, secondo cui quella espressa nell'inciso *de quo* «è una norma illogica, risultato di un compromesso sbagliato, perché frutto non del bilanciamento tra valori, né della ricerca di un punto di convergenza realistico e ragionevole tra le visioni etiche e culturali, ma piuttosto mera giustapposizione tra norme contraddittorie tra loro perché espressione di visioni opposte: un frutto avvelenato del "bipolarismo etico"».

⁴⁴⁰ Così sentenza n. 27 del 1975, cit.

- la discrepanza di numero fra embrioni generati e impiantati comporterebbe un loro inevitabile accumulo⁴⁴¹, nonché l'acuirsi delle problematiche legate alla crioconservazione, crescendo di conseguenza la tentazione di un utilizzo non consentito ai fini della sperimentazione o procreazione eterologa.

La disposizione di cui all'art. 14, comma 2 secondo cui va creato un numero massimo di tre embrioni, uguale a quello trasferito in un unico e contemporaneo impianto, è peraltro una logica conseguenza della disposizione contenuta nel comma precedente, in quanto è finalizzata a prevenire il fenomeno della soppressione e/o crioconservazione embrionaria. Tale disciplina risulta altresì coerente con i divieti di selezione eugenetica (art. 13, comma 3, lett. b), sperimentazione (art. 13, comma 1 e 2), commercializzazione (art. 12, comma 6), donazione (art. 12, comma 6 e 1) e riduzione embrionaria (art. 14, comma 4). Condotte queste ultime o vietate in modo categorico, oppure ammesse alla presenza di tassative condizioni indicate⁴⁴².

È di chiara evidenza come il divieto di produzione soprannumeraria di embrioni umani sia anch'esso volto a tutelare l'embrione, ritenuto dal legislatore del 2004 portatore di vita umana già dal concepimento, mentre il limite massimo e l'obbligo dell'immediato trasferimento si fondano sul riconoscimento dell'uguale dignità di tutti gli esseri umani; come detto più volte, per il legislatore del 2004 gli embrioni sono esseri umani e dunque anche nei loro confronti vale il principio di uguaglianza⁴⁴³.

In breve, il divieto normativo di produzione soprannumeraria di embrioni umani a cui si collega la coincidenza fra embrioni prodotti e trasferiti è finalizzato ad arginare la pregressa consuetudine di produrre embrioni in eccesso rispetto a quelli che possono essere "ragionevolmente" trasferiti nelle vie genitali della donna con il rischio che questi ultimi possano essere selezionati, utilizzati nella sperimentazione o soppressi per la scadenza dei termini di crioconservazione⁴⁴⁴.

Il fatto che anche nella fecondazione naturale alcuni embrioni vadano naturalmente persi non giustifica, tuttavia, secondo il legislatore, una distruzione programmata di embrioni formati in soprannumero al solo scopo di costituire una scorta di riserva in caso di insuccesso di precedenti impianti, anche se in ultima analisi così facendo, ossia per tutelare il nascituro, si limita il numero di quelli che possono nascere.

Per quanto concerne il limite numerico stabilito dalla legge, da sempre oggetto di vivaci discussioni, i fautori della legge affermavano che esso era supportato dalla scienza medica che individua in due o tre, a

⁴⁴¹ Secondo un censimento ufficiale alla data di aprile 2001 erano 24.276, divisi in 73 centri.

⁴⁴² Secondo CANESTRARI, *La disciplina della procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 669 «con i primi tre commi dell'art. 14 si può così dire che «il legislatore avesse deciso di intervenire massicciamente nell'unica fase di sviluppo della vita in cui ciò gli è possibile. Dopo l'annidamento, infatti, la donna acquisisce il dominio sul destino dell'embrione; prima dell'annidamento e dopo il trasferimento, non pare di contro plausibile l'introduzione – a carico del medico – del reato di «embrionicidio» doloso o colposo. Il nostro ordinamento, infatti, considera leciti i contraccettivi abortivi».

⁴⁴³ Così CASINI, *La sentenza costituzionale 151/2009: un ingiusto intervento demolitorio della legge 40/2004*, in *Diritto di famiglia*, 2009, p. 1033.

⁴⁴⁴ Cfr. CASINI, CASINI, DI PIETRO, *La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 508.

seconda dell'età della donna, il numero di embrioni da impiantare in modo da bilanciare le probabilità di riuscita della tecnica con i rischi di gravidanze plurime⁴⁴⁵. Il legislatore italiano avrebbe così aderito alla regola del c.d. "caso semplice", che suggerisce di fertilizzare solo gli oociti corrispondenti al numero massimo di embrioni che può essere trasferito mediante un'unica operazione⁴⁴⁶.

Nonostante queste considerazioni sostenute dai redattori della legge, nonché dagli interpreti di matrice cattolica favorevoli alla stessa, la nuova disciplina è stata oggetto da subito di durissime critiche da parte della comunità scientifica, nonché dell'opinione pubblica, entrambe preoccupate che il numero massimo di tre embrioni producibili sarebbe stato del tutto incongruo rispetto alla finalità ultima della disciplina che è quella di risolvere le problematiche connesse all'infertilità e alla sterilità soprattutto nei casi in cui la donna fosse stata giovane o avesse un'età avanzata. È di chiara evidenza, infatti, come la creazione di tre embrioni non sempre riesca ad assicurare che almeno uno di essi sia in grado di impiantarsi nell'utero e di dare inizio ad un gravidanza.

In particolare la comunità medica criticava il secondo comma dell'art. 14 della legge n. 40/2004, in quanto lamentava l'impossibilità per gli operatori sanitari di applicare la terapia più adatta al singolo caso concreto, non potendo escludersi che in alcuni casi sarebbe stato necessario disporre di un numero maggiore di embrioni al fine di ottenere una gravidanza.

Tale disposizione, nel porre dei limiti insuperabili alle pratiche terapeutiche di PMA, annullava di fatto la figura del medico, il quale era costretto ad adottare in ogni caso le stesse soluzioni per situazioni diverse fra loro, pur sapendo che per alcune di esse quei limiti avrebbero comportato l'insuccesso della pratica.

Per le donne non più giovani inseminare solo tre oociti significava, infatti, avere poche probabilità di successo rispetto a quanto avrebbe richiesto l'*ars medica*; a ciò doveva aggiungersi che tale limite numerico non permetteva al medico di scegliere, al fine del successivo trasferimento in utero, gli embrioni di migliore qualità, ossia quelli dotati di maggiori probabilità di successo.

A fronte quindi di una notevole diminuzione delle probabilità di successo di ogni singolo procedimento di PMA, al fine di ottenere le medesime percentuali di gravidanza che si sarebbero ottenute seguendo la precedente prassi, vi era la necessità per la donna di esporsi a reiterati cicli ormonali per produrre ogni volta nuovi embrioni, con grave pericolo per la salute della stessa⁴⁴⁷, a causa dei gravi rischi connessi alla stimolazione ovarica a cui dovevano aggiungersi i rischi anestesiológicos e chirurgici

⁴⁴⁵ Per il giudizio espresso dalla comunità scientifica si veda FLAMIGNI, *La procreazione assistita*, cit., p.15.

⁴⁴⁶ Gli embrioni ottenuti sono però quasi sempre inferiori al numero di oociti inseminati dal che ne consegue una drastica probabilità di successo della PMA nel caso di pazienti in età avanzata e l'aumento complessivo delle stimolazioni ovariche a cui le donne devono sottoporsi. Per tali ragioni una parte della letteratura scientifica ritiene preferibile fecondare un numero di ovuli superiore al numero di embrioni da impiantare, quindi verificare il numero di embrioni prodotti e infine crioconservare i soprannumerari nella prospettiva di un loro eventuale uso in caso di mancato successo del primo tentativo.

⁴⁴⁷ I rischi per la salute della donna erano dunque i seguenti: a) sindrome da iperstimolazione ovarica; b) rischi chirurgici per il prelievo di ovociti; c) rischi da fecondazione trigemellare; d) casi rarissimi in cui lo zigote dia luogo ad un tumore maligno.

collegati al prelievo e all'impianto di ovociti, nonché i disagi transitori, ma comunque prostranti, sia dal punto di vista fisico che psichico, dovuti all'assunzione di ormoni⁴⁴⁸.

A ciò si aggiungeva che nelle donne più giovani vi era un'elevata probabilità (con una percentuale assai più alta che negli altri Paesi europei), peraltro destinata ad aumentare nel tempo con il prevedibile perfezionamento delle tecniche di PMA, di andare incontro a gravidanze plurime con gravi rischi sia per la salute della madre, sia per quella degli stessi feti, nell'ipotesi in cui tutti e tre gli embrioni creati fossero stati trasferiti e avessero attecchito⁴⁴⁹.

Questo fenomeno non era neppure ovviabile con il ricorso alla riduzione embrionaria, vietata dal comma 4 dell'art. 14 «salvo nei casi previsti dalla legge 22 maggio 1978, n. 194».

Se il riferimento all'aborto sembrava aprire una strada ad una riduzione embrionaria allorché si presentasse un pericolo fisico o psicologico per la madre o un rischio per il nascituro, in realtà così non era, in quanto ciò legittimava non il ricorso alla riduzione embrionaria che non era minimamente menzionata nella legge n. 194/1978, ma la possibilità di ricorrere all'aborto volontario qualora ne ricorressero le condizioni. Questo implicava, dunque, l'interruzione completa della gravidanza e non l'eliminazione solo di alcun embrioni.

Sussistendone i presupposti, la donna avrebbe potuto ricorrere solo all'interruzione di gravidanza a discapito anche del feto, la cui tutela entro i primi novanta giorni di gravidanza si rivelava irragionevolmente attenuata rispetto a quella dell'embrione non ancora trasferito.

Prima della modifica dell'art. 14, dunque, l'unica condotta ammissibile per il medico, a fronte di un grave pericolo per la salute della madre o del feto, era quella di sopprimere o di crionconservare gli embrioni rifiutati, subordinatamente ai requisiti della l. n. 194/78 a cui l'art. 14, comma 1 rinviava.

In altre parole, la salute psico-fisica della donna era esposta ad un grave rischio sia in caso di insuccesso delle tecniche di PMA, sia in caso di successo⁴⁵⁰. Nel primo caso il divieto di creare embrioni di scorta costringeva la donna a sottoporsi a nuove stimolazioni ormonali, alimentando i rischi di

⁴⁴⁸ Secondo CASINI (*La sentenza costituzionale 151/2009: un ingiusto intervento demolitorio della legge 40/2004*, cit., p. 1033 ss.) l'obiezione che il divieto di produzione soprannumeraria di embrioni di cui al comma 2 dell'art. 14 metterebbe a repentaglio la salute della donna per la necessità di ricorrere più volte alla via farmacologica della stimolazione ovarica, sia per la frequente gemellarità dovuta all'obbligo di trasferire in utero tutti gli embrioni generati in numero massimo di tre, sarebbe scientificamente infondata, o almeno largamente opinabile. Secondo questo Autore «è noto infatti che le complicità per la salute della donna sono maggiori quanto più è elevato il grado di somministrazione delle sostanze iperovulatorie (stimolazione "severa"); viceversa, quanto meno massiccia è la dose di sostanze iperovulatorie (stimolazione "leggera") quanti meno rischi corre la donna. Ora è chiaro che per avere un numero limitato di ovociti tale da consentire la formazione di un numero massimo di tre embrioni è sufficiente una stimolazione mite, mentre per ottenere molti embrioni, e prima ancora molti ovociti, è necessario ricorrere ad una stimolazione severa, affrontando però i maggiori rischi ad essa connessi. Oltre ai minori pericoli per la salute della donna, la stimolazione leggera offre anche il vantaggio di ottenere ovuli di miglior qualità e dunque degli embrioni perché minore è la dose di farmaci iperovulatori somministrati alla donna».

⁴⁴⁹ La relazione del Ministero della salute del 30 aprile 2008 sull'anno 2007 (consultabile all'indirizzo <http://www.ministerosalute.it>) è chiarissima nell'evidenziare le problematiche applicative della legge, ponendo con evidenza scientifica e statistica i pregiudizi per la salute causati dalla disciplina in esame, sia sotto il profilo della perdita di efficacia delle tecniche che si traduce in inutile ricorso alla stimolazione ormonale ed ai prelievi ovocitari e nella reiterazione dei cicli, sia sotto il profilo dell'aumento dell'esito negativo delle gravidanze e dell'aumento delle gravidanze plurigemellari, in particolare trigemine.

⁴⁵⁰ In questo senso CANESTRARI, *La disciplina della procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 669.

insorgenza di patologie connessi a queste ultime, mentre nel caso in cui la PMA fosse andata a buon fine l'obbligo di trasferire tutti gli ovociti fecondati faceva sì che fosse alto il rischio di gravidanze plurime pericolose anche per il feto. Una dura critica mossa alla legge era proprio quella di indurre un notevole incremento delle gravidanze trigemine a causa dell'obbligo di impianto di tutti gli embrioni generati⁴⁵¹.

Alla luce di quanto detto emerge come il limite dei tre embrioni e il divieto di crioconservazione (ossia il divieto di mantenerlo in vita) non possono pertanto essere considerati il frutto di un bilanciamento ragionevole tra diritto alla salute della donna e la tutela degli embrioni, in quanto non si può dire nemmeno che tali limiti tutelino realmente gli embrioni. Questi ultimi vengono infatti impiantati nell'utero della donna indipendentemente dalla loro capacità di attecchire nell'utero e svilupparsi, potendo peraltro essere soppressi in una fase più avanzata del loro sviluppo.

Se la donna è giovane il trasferimento contestuale di tutti e tre gli embrioni rischia di produrre l'impossibilità di portare avanti una gravidanza trigemina con rischi di aborto spontaneo o nascita prematura dei feti. Se, invece, la donna è portatrice di gravi malattie genetiche, essa è comunque "costretta" a subire l'impianto nell'utero di tutti e tre gli embrioni, indipendentemente dal loro stato di salute, ossia dal rischio di trasmissione della malattia genetica. In seguito all'impianto, qualora con la diagnosi prenatale la donna dovesse scoprire di aver trasmesso la malattia al nascituro, la stessa potrebbe entrare in uno stato di stress psicologico tale da dover interrompere la gravidanza, dimostrando così anche in questo caso come la tutela degli embrioni malati predisposta con l'obbligo di impianto sia solo fittizia.

Ad una compressione del diritto alla salute della donna non corrisponde, dunque, secondo l'impostazione originaria della l. n. 40/2004, una tutela reale dei diritti dell'embrione, se si considera che, una volta che questo è stato impiantato nell'utero, la donna può comunque interrompere la gravidanza ai sensi della l. n. 194 del 1978.

Non va poi dimenticato che la richiesta di PMA da parte di soggetti sterili o infertili costituisce esercizio del diritto alla salute, motivo per cui se l'ordinamento risponde a tale richiesta offrendo una prestazione inadeguata, sul piano del bilanciamento rischi/benefici, rispetto a quanto prescritto dalla miglior scienza medica, si verifica una grave violazione dell'art. 32 Cost. Infatti, considerata l'esistenza del divieto in esame, ciò potrebbe spingere ad incrementare la pratica di congelamento di ovociti con conseguenti rischi anche per la salute del nascituro, dal momento che un ovocita congelato, scongelato e coltivato *in vitro* per essere fecondato ha molte più probabilità di commettere errori di "riprogrammazione" dell'embrione in termini epigenetici.

Ancora, si osserva che la legge n. 40/2004, impedendo al medico di applicare le tecniche in modo ottimale, va ad alimentare il noto e triste fenomeno del c.d. "turismo procreativo" di cui si è già parlato,

⁴⁵¹ La percentuale di parti bigemini è simile nel contesto italiano e in quello europeo, mentre i parti trigemini si verificano più frequentemente in Italia (fino al 2009) dove hanno raggiunto un livello del 300% in più rispetto alle medie registrate in tutto il resto del mondo.

verso Paesi europei dotati di legislazioni più aperte che consentono probabilità di riuscita più elevate rispetto al nostro Paese.

Infine, con la legalizzazione nel 2008 della PGD ad opera della pronuncia del Tar del Lazio e delle connesse nuove Linee guida si rendevano ancora più evidenti e urgenti i problemi di coordinamento con le norme in oggetto: le enormi potenzialità di questo strumento diagnostico risultavano, infatti, gravemente limitate dalla permanenza dei divieti contenuti nell'art. 14 che limitavano a tre il numero di embrioni che potevano essere formati *in vitro* per ogni singolo ciclo di trattamento.

La comunità scientifica sosteneva, pertanto, che la percentuale degli embrioni a disposizione dovesse essere il doppio di quella ammessa dalla legge e ciò per due ordini di ragioni: in primo luogo poiché l'esecuzione della PGD può danneggiare l'embrione, ponendo quindi in pericolo il suo futuro sviluppo, dal momento che, come si dirà nel capitolo dedicato alla diagnosi preimpianto, per poter eseguire tale indagine vengono asportate nel terzo giorno successivo (da 62 a 64 ore dopo) alla penetrazione dello spermatozoo nell'ovocita, quando nell'embrione sono presenti da sei a otto cellule, uno o due cellule (blastomeri) con il rischio di danneggiare quelle vicine⁴⁵² e, in secondo luogo, poiché vi è un elevato grado di probabilità che le anomalie cromosomiche o le malattie genetiche presenti in un componente della coppia o in entrambi vengano trasmesse all'embrione. È perciò necessario disporre di un numero maggiore di embrioni al fine sia di poter eseguire un'indagine genetica preimpianto, sia di trovare un embrione sano.

Inoltre, dal punto di vista giuridico, qualora dall'esecuzione della PGD fosse emersa l'inidoneità dell'embrione al trasferimento, il medico non poteva porre in essere nessuna condotta lecita, in quanto era precluso allo stesso sia di sopprimere l'embrione, sia di trasferirlo coattivamente nel corpo della donna, così come nel caso in cui la donna avesse deciso di revocare il consenso alla PMA dopo la fecondazione dell'ovulo⁴⁵³.

Per superare questi inconvenienti sarebbe bastato, come si è già detto⁴⁵⁴, optare per un'interpretazione restrittiva del termine embrione, riferendolo all'ovocita fecondato solo a partire dall'anfimissi⁴⁵⁵, con ciò escludendo dai divieti di cui all'art. 14 il c.d. "pre-embrione" (ootide): le norme legislative nelle quali si fa riferimento all'embrione sarebbero risultate inapplicabili all'ootide, cioè all'ovocita fecondato a due pronuclei. Nella prassi medica, nonché nella prassi giurisprudenziale, è stata tuttavia accolta, come si è visto⁴⁵⁶, una nozione amplissima di embrione, secondo la quale l'ootide è già embrione⁴⁵⁷.

⁴⁵² Cfr. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 1564 cit.

⁴⁵³ In questo senso CANESTRARI, *La disciplina della procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 672 s.

⁴⁵⁴ Cfr. *infra* cap. I, par. 3.1.

⁴⁵⁵ Per tutti cfr. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritti penale*, cit., p. 7 ss.

⁴⁵⁶ Si veda *supra* cap. I, par. 4.2.

⁴⁵⁷ Per queste considerazioni si veda *amplius* DOLCINI, *Embrioni nel numero "strettamente necessario": il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 953.

Per quanto concerne invece la fattispecie di reato introdotta all'art. 14 comma 1, ossia il divieto di crioconservazione, essa è, come detto, un corollario dell'attribuzione di diritti al concepito, come previsto dall'art. 1 della legge n. 40/2004.

Tuttavia, anche a condividere l'assunto per cui la pratica crioconservativa sia lesiva del bene della dignità umana, non si riesce, a parere di chi scrive, a giustificare un divieto così categorico, soprattutto alla luce del fatto che tale divieto comporta una grave violazione del diritto alla salute della donna, la quale è costretta a subire le stimolazioni ormonali e il prelievo di ovociti ad ogni tentativo di fecondazione. Se, invece, fosse possibile praticare la crioconservazione degli embrioni basterebbe, a seguito di una sola stimolazione ovarica, prelevare contestualmente tutti gli ovociti prodotti (spesso anche nove o dieci) e fecondarli, per poi trasferire solo il numero di embrioni più adatto alle condizioni della singola donna concreta, personalizzando la terapia. Gli altri embrioni verrebbero quindi congelati, per essere poi impiantati successivamente laddove il primo trasferimento non abbia avuto successo, oppure per donarli ad altre coppie o, ancora, per utilizzarli a scopo di ricerca.

Circa l'obiezione che la disposizione contenuta nel comma 8 dell'art. 14 permette la «crioconservazione dei gameti maschili e femminili, previo consenso informato e scritto», consentendo così di non ripetere i trattamenti sulla donna, in quanto è possibile crioconservare tutti gli ovuli ottenuti attraverso un trattamento di iperstimolazione ovarica, per poi utilizzarli gradualmente qualora dovessero rendersi necessari ulteriori impianti⁴⁵⁸, si osserva che la crioconservazione dei gameti femminili e maschili è ancora in fase di sperimentazione e non offre risultati sicuri.

Il parere dei giuristi e del mondo medico espresso sia prima dell'emanazione della legge, sia nei primi anni di applicazione di questa e che era stato oggetto, insieme alla questione della PGD, di numerosi giudizi in sede civile, ma anche in sede amministrativa, era pertanto nel senso che la legge in esame fosse dotata di un impianto eccessivamente rigido, che comportava gravi rischi per la salute della donna, senza oltretutto favorire il fine stesso della normativa, ossia la gravidanza.

Di fronte alla situazione appena descritta molte coppie chiesero così ai giudici di correggere il protocollo legislativo. In seguito a tale richiesta, mentre alcuni Tribunali abbandonarono l'iniziale rigidità per orientarsi verso soluzioni improntate a maggior ragionevolezza, ritenendo ad esempio che la riduzione embrionaria di gravidanze plurime derivante da PMA fosse lecita (a prescindere dal fatto che la donna fosse in grado di prevederne il rischio, ricorrendo volontariamente alla PMA⁴⁵⁹, e che l'obbligo di impianto nella sua assolutezza fosse «fuori dal senso morale», oltre che lesivo della pari dignità della donna⁴⁶⁰), altri giudici sollevarono, invece, le questioni di legittimità, pur sapendo che la Corte

⁴⁵⁸ Una volta crioconservato il materiale genetico esso potrà essere utilizzato gradualmente, senza doversi più intervenire sul corpo della donna al fine di produrre i tre embrioni per impianto che si rendessero eventualmente necessari.

⁴⁵⁹ Cfr. Trib. Cagliari, 29 giugno 2004, in *Diritto di famiglia*, 2005, p. 935 ss.

⁴⁶⁰ Cfr. Trib. Firenze, 17 dicembre 2007 (in *Guida al diritto*, 2008, p. 53 e ss. con nota di SALERNO, *Aumenta l'opera di supplenza dei giudici in presenza di regole non sempre coerenti*), che dispone in via cautelare la sospensione dell'impianto, con crioconservazione degli embrioni malati sino all'instaurazione del processo di merito.

costituzionale aveva già da poco espresso al riguardo un parere negativo, laddove aveva dichiarato inammissibile la questione avente ad oggetto il divieto di diagnosi preimpianto⁴⁶¹.

Per tutte queste ragioni, da più parti⁴⁶², era stata denunciata l'incostituzionalità della disposizione di cui all'art. 14, dal momento che la stessa imponeva al medico l'obbligo di utilizzare una metodologia ritenuta non solo non ottimale, ma addirittura contraria alla deontologia e all'etica medica, costringendo la donna ad un trattamento sanitario non adeguato alle migliori tecniche applicabili.

Si rendeva così sempre più urgente ed opportuna una pronuncia a riguardo che mitigasse l'estrema rigidità del disposto legislativo, ponendo un freno, tra l'altro, alla pratica del "turismo riproduttivo", almeno per quanto concerne questo aspetto. Infine, solo con l'eliminazione del vincolo dei tre embrioni si sarebbe potuto dare effettività alla liceità della PGD dopo l'annullamento delle Linee guida del 2004 ad opera del Tar laziale.

3. La sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009.

3.1. Il fatto.

La questione di legittimità costituzionale dell'art. 14 approda per la prima volta all'attenzione della Corte costituzionale attraverso tre ordinanze di rimessione che, sia pure con alcune differenze, mirano tutte a colpire i suoi comma 2 e 3.

I provvedimenti sottoposti all'attenzione della Consulta sono la sentenza del Tar del Lazio n. 398 del 21 gennaio 2008⁴⁶³ e due ordinanze del Tribunale di Firenze del 2008, la prima del 12 luglio⁴⁶⁴ e la seconda datata 26 agosto⁴⁶⁵.

I giudici remittenti erano stati chiamati a pronunciarsi, rispettivamente, sulla legittimità delle Linee guida e su alcuni ricorsi *ex art. 700 c.p.c.* proposti da coppie con problemi di infertilità e portatrici di malattie trasmissibili, che chiedevano di derogare ai limiti imposti dalla legge n. 40/2004 in materia di PGD e sul numero di embrioni da creare *in vitro*.

I punti sospettati di incostituzionalità sono, dunque, i seguenti:

- il divieto di «creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre» (art. 14, comma 2);

⁴⁶¹ Cfr. Corte cost., ordinanza del 24 ottobre 2006, n. 369. Vedi *infra* cap. IV, par. 3.2.2.

⁴⁶² Da ultimo e per tutti, BIN, BRUNELLI, GUAZZAROTTI, PUGIOTTO, VERONESI (a cura di), *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Atti dei seminari preventivi ferraresi *Amicus Curiae*, 18 aprile 2008, Torino 2008.

⁴⁶³ Pubblicata in *Guida al diritto*, 2008, p. 60 ss., con commento di CARUSO, *Al vaglio della Corte costituzionale l'obbligo d'impiantare solo tre embrioni*.

⁴⁶⁴ Pubblicata in *Foro it.*, 2008, c. 3354 ss.

⁴⁶⁵ *Ibidem*.

- l'obbligo di «realizzare non appena possibile il trasferimento nell'utero degli embrioni che non sia risultato possibile effettuare per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione» (art. 14, comma 3);

- il divieto di «crioconservazione e soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194» (art. 14, comma 1);

- la possibilità per i soggetti interessati di revocare il consenso all'applicazione delle tecniche «soltanto fino al momento della fecondazione dell'ovulo» e non oltre (art. 6, comma 3).

La strada verso la Corte costituzionale viene aperta dal Tar del Lazio con la sentenza del 21 gennaio 2008, n. 398, ossia con la stessa sentenza, che, come vedremo parlando di PGD, ha annullato, perché illegittima per eccesso di potere, la previsione delle Linee guida in base alla quale le indagini sullo stato di salute dell'embrione creato *in vitro* ai sensi dell'art. 14, comma 5, dovevano essere "di tipo osservazionale" (ossia non "genetici").

In tale sentenza il giudice amministrativo, sollevando questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2 e 3 perché in contrasto con i canoni di cui agli artt. 3 e 32 Cost., ha affrontato anche la questione della legittimità del divieto di produrre non oltre tre embrioni da impiantare tutti contestualmente, essendo la possibilità di crioconservare limitata ad ipotesi eccezionali.

I dubbi di legittimità costituzionale si fondano essenzialmente sulle medesime argomentazioni già esposte dalla dottrina: ossia il principio di ragionevolezza e di uguaglianza, nonché il diritto alla salute.

Per quanto riguarda la violazione dell'art. 3 Cost., il Collegio rimettente rileva anzitutto l'«intrinseca irragionevolezza della disciplina, che, da un lato, si dichiara ispirata allo scopo di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità, e, dall'altro, impone il predetto limite numerico alla produzione di embrioni, prescindendo da ogni concreta valutazione del medico sulla persona che intende sottoporsi al procedimento di fecondazione medicalmente assistita, e preoccupandosi solo di evitare il ricorso alla crioconservazione, che può determinare la perdita degli embrioni, rischiando, così, anche l'inutile sacrificio degli embrioni prodotti».

In particolare, il Tar del Lazio sottolinea che la legge n. 40/2004 pare modellata sulle esigenze di «persone di medie condizioni fisiche», mentre trascura le donne non giovani o non in grado di produrre tre embrioni «di buona qualità» (in grado cioè di impiantarsi e svilupparsi), facendo sì che «situazioni diverse siano sottoposte allo stesso trattamento».

Quanto al diritto alla salute il Tribunale laziale rileva che «il limite imposto dalla legge n. 40 del 2004 di tre ovociti si pone in contrasto con la tutela della salute della donna, riducendo irragionevolmente le possibilità di successo del trattamento di fecondazione medicalmente assistita, impedendo al biologo di selezionare, tra quelli formati, gli embrioni più idonei a svilupparsi in un feto e di crioconservare quelli in eccesso per un futuro trasferimento, e costringendo la donna a sottoporsi a nuovi interventi di stimolazione ovarica e di prelievo chirurgico degli ovociti».

In altre parole, il giudice rimettente reputa che le norme in questione rendano impossibile un trattamento medico di PMA che sia rapportato ad una concreta valutazione del medico curante, con pregiudizio per la salute anche psicologica della donna, che si riflette altresì su quella del *partner*; il Tar non manca, inoltre, di sottolineare come la ripetizione dei cicli di stimolazione ovarica imposta dalla legge contrasti con il principio della minore invasività al quale dovrebbe invece ispirarsi l'applicazione delle tecniche di PMA, secondo l'art. 4, comma 2, lett. a) della legge n. 40/2004.

Alla voce del tribunale capitolino si unisce quella del Tribunale di Firenze, che con due diverse ordinanze emesse nel 2008 sottopone al vaglio della Consulta l'art. 14, comma 2.

Nella prima di esse l'organo giudicante solleva dubbi sulla «legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 1 e 2 della legge n. 40 del 2004, per contrasto con gli artt. 3 e 32, primo e secondo comma Cost., nella parte in cui impongono il divieto di crioconservazione degli embrioni soprannumerari, la necessità della creazione di un numero massimo di tre embrioni nonché dell'unico e contemporaneo impianto degli stessi comunque non superiore a tre, perché la predeterminazione di un protocollo sanitario unico comporterebbe la sottoposizione della donna ad un trattamento sanitario non voluto e non finalizzato alla tutela della salute propria».

Lo stesso giudice remittente dubita, inoltre, della legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 3, ultima parte, della stessa legge, laddove «prevede la irrevocabilità del consenso da parte della donna all'impianto in utero degli embrioni creati, per violazione dell'art. 32, secondo comma, Cost., che vieta i trattamenti sanitari obbligatori se non imposti per legge e nel rispetto della dignità della persona, correttamente rilevando che l'assetto voluto dalla legge, con riguardo all'obbligo della creazione di un numero massimo di tre embrioni da impiantarsi in un unico e contemporaneo impianto ed il conseguente divieto di crioconservazione degli embrioni (c.d. embrioni soprannumerari), crea grave nocimento alla salute della donna, e nello stesso tempo, non garantisce il fine che la legge medesima si propone come programmatico (...), fornendo soluzioni contraddittorie e non ottimali». Infatti – osserva il giudice *a quo* – «la legge impone, in caso di insuccesso, la necessità di procedere a plurime stimolazioni ovariche, in quanto prevede l'esaudività di ciascun ciclo di produzione ed impianto, non consentendo la crioconservazione degli embrioni per successivi impianti, e comportando seri problemi per la salute della donna che si deve sottoporre a trattamenti ormonali plurimi, con conseguenze negative accertate».

Da qui la lesione dell'art. 32 primo comma Cost, sotto il profilo del diritto della salute della donna, pur nel bilanciamento con quello della salute dell'embrione richiesto dall'art. 1 della legge n. 40 del 2004, atteso che, al di là della definizione giuridica del concetto di concepito, deve ritenersi, ad avviso del giudice *a quo*, sulla scia della pregressa giurisprudenza costituzionale, che il diritto alla salute della donna, che è persona, prevalga rispetto a colui che persona non è ancora.

Si denuncia inoltre una lesione del principio di ragionevolezza⁴⁶⁶, che è estrinsecazione del principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 Cost., in quanto le norme censurate impongono un identico

⁴⁶⁶ L'irragionevolezza di questo aspetto della disciplina è stato sottolineato in modo univoco dalla migliore dottrina. Si veda in tal senso, per tutti, DOLCINI, *Fecondazione e diritto penale*, cit., p. 44.

trattamento per situazioni soggettive tra loro eterogenee che, in quanto tali, necessiterebbero invece di cure diverse.

Il Tribunale rimettente deduce altresì la violazione dell'art. 32, secondo comma, Cost., secondo il quale un trattamento sanitario può essere imposto solo per legge, legge che non può, in ogni caso, violare i limiti imposti dal rispetto della dignità della persona umana, così argomentando: «la predeterminazione di un protocollo sanitario unico, non configurato sulla necessità di cura della singola persona e sull'adesione allo stesso, comporterebbe la sottoposizione della persona a un trattamento sanitario non voluto e non volto alla tutela della salute sua propria o della collettività. L'unica eccezione alla obbligatorietà dell'impianto che la legge n. 40 contempla è posta dall'art. 14, comma 2 Cost., laddove si sospende il trasferimento nell'utero in caso di malattia della madre, non prevedibile al tempo della fecondazione e per il solo periodo necessario al superamento di tale stato di malattia. Ciò comporta anche, secondo il giudice *a quo*, un *vulnus* all'art. 32, secondo comma, Cost., ad opera della norma dettata dall'art. 6 della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui sancisce la irrevocabilità del consenso ad accedere alle tecniche di fecondazione assistita dal momento della fecondazione dell'ovulo, con riferimento alla posizione della donna cui deve essere praticato l'impianto».

L'imposizione di un modello terapeutico unico ed inderogabile, normativamente predefinito in modo tassativo e non declinato sulla base delle necessità di cura della singola persona, sottintende una assoluta insensibilità alle esigenze poste dalla situazione concreta, con conseguente inidoneità della disposizione normativa al raggiungimento dei fini che la legge stessa si propone, ivi compresa la tutela dell'embrione. L'operatore sanitario, costretto ad adottare un protocollo uniforme a prescindere dalle caratteristiche del singolo caso sul quale è chiamato ad operare, viene così privato di qualsiasi autonomia tecnica per la predisposizione della soluzione terapeutica adeguata alla situazione patologica cui è chiamata a dare risposta, in contrasto anche con principi e norme cogenti per il professionista, nonché con le buone pratiche mediche, e quindi con il codice di deontologia medica.

Nella seconda ordinanza il Tribunale fiorentino individua un altro profilo di illegittimità costituzionale, ossia il contrasto fra l'art. 14, comma 2 e l'art. 2 Cost., con riferimento alla dignità della persona, che sarebbe violato da una disciplina che impone alla donna trattamenti invasivi e a basso tasso di efficacia.

Il giudice *a quo* ritiene, infatti, che la normativa di cui al comma 2 dell'art. 14, laddove impone la creazione di non più di tre embrioni ai fini di un loro unico e contemporaneo impianto, sia in contrasto con i precetti costituzionali di cui agli artt. 2, 3, 32 Cost., in quanto determina la reiterata sottoposizione della donna a trattamenti che, proprio perché invasivi e a basso tasso di efficacia, sarebbero lesivi del principio di rispetto della dignità umana, in violazione con quanto previsto dall'art. 2 Cost.

La disposizione in esame verrebbe, inoltre, a creare parità di trattamento fra situazioni non uguali, in luogo di trattamenti differenziati, in violazione del principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 Cost., determinando il rischio di reiterata sottoposizione della donna a trattamenti ad alto tasso di pericolosità per la sua salute fisica e psichica.

Lo stesso giudice ritiene incostituzionale altresì il comma 3 dell'art. 14, con riferimento all'art. 32 Cost., anche alla luce della necessità di evitare che la donna sia costretta ad accettare l'impianto di embrioni portatori di gravi patologie, con grande danno ancora una volta per la sua salute psico-fisica.

A tali censure, questa seconda ordinanza aggiunge una censura che investe l'art. 6, comma 3, il quale, a corollario della norme precedenti, prevede che «la volontà di sottoposizione al trattamento di fecondazione medicalmente assistita non possa essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal medesimo comma dopo che sia avvenuta la fecondazione dell'ovulo», motivandola con il fatto che «i parametri di costituzionalità sono anche in tal caso gli artt. 2, 13 e 32 Cost., cui si aggiunge l'art. 3 Cost., con l'indicazione, quale *tertium comparationis*, del successivo comma 4, che espressamente attribuisce in ogni tempo al medico responsabile della struttura il potere di decidere di non procedere alla procreazione medicalmente assistita per motivi di ordine medico-sanitario, che nel loro ambito non possono non annoverare anche quelli più specificamente inerenti la salute fisica e psichica della donna».

La censura relativa all'art. 6, comma 3 della legge in esame viene dunque fondata dal Tribunale di Firenze su ragioni di coerenza sistematica, affinché sia la sola donna ad essere legittimata alla revoca del consenso al trattamento di PMA.

Infine, l'ordinanza in esame solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 4 per contrasto con gli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost., in quanto «non sarebbe chiaro se essa sia una norma sull'interruzione volontaria della gravidanza (come si evincerebbe dal ricorso al termine «gravidanza» e al richiamo alla legge n. 194 del 1978) – nel senso, cioè, di non impedire una interruzione volontaria della gravidanza riguardo a parte soltanto degli embrioni coinvolti (come rimedio *ex post* a non desiderate gravidanze gemellari da fecondazione assistita) – o (come si evincerebbe dall'iniziale inciso «ai fini della presente legge sulla procreazione medicalmente assistita») una specificazione del divieto di crioconservazione o soppressione degli embrioni, di cui al comma 1 dell'art. 14».

Il remittente ha messo correttamente in luce come il divieto abbia una sua giustificazione laddove, adottata la scelta di produrre più di un embrione (due o al massimo tre, secondo l'imposizione di cui si chiede la censura), si decida poi di impiantarne in numero minore, in violazione della regola del loro unico e contemporaneo impianto; laddove, invece, venga a cadere la regola della produzione di non più tre embrioni, del loro unico e contemporaneo impianto e del rigido divieto di crioconservazione, non avrebbe più senso nemmeno di divieto di riduzione embrionaria.

Per il resto l'organo giudicante ribadisce nella sostanza quanto già osservato nella precedente pronuncia sia con riferimento all'art. 3 Cost., che con riferimento all'art. 32 Cost.

In breve: le questioni sottoposte al giudice costituzionale prendono le mosse dai casi di alcune coppie che, sulla base dei limiti irrazionali posti dalla legge n. 40/2004, preoccupata prima di ogni altra cosa di proteggere l'embrione a tutti i costi, non potevano ottenere la “migliore terapia medica” per la loro infertilità, che invece avrebbe richiesto la creazione di un numero di embrioni superiore a tre, in vista di un successivo trasferimento, ove il primo non avesse dato l'esito sperato.

3.2. *La decisione.*

La rilettura in chiave costituzionale della l. n. 40/2004, già avviata dalla giurisprudenza civile ed amministrativa, riceve un decisivo contributo da parte della Corte costituzionale che, con la sentenza dell'8 maggio 2009 n. 151⁴⁶⁷, dichiara l'illegittimità costituzionale della l. n. 40/2004 in una delle sue parti più controverse e discusse, ossia quella che, per ogni ciclo di fecondazione artificiale, impone la produzione di embrioni in un numero strettamente necessario «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», riuscendo dove quattro anni prima il *referendum* aveva fallito⁴⁶⁸.

Con una sentenza coraggiosa, la Corte - a differenza che nel passato, quando, già interpellata sulla legittimità costituzionale di un altro articolo della legge, si era rifugiata dietro una decisione processuale di comodo⁴⁶⁹ - sceglie questa volta di decidere senza lasciare la parola ai giudici comuni da un lato, o ai tribunali sovranazionali dall'altro, come spesso invece suole fare quando sono in gioco questioni costituzionalmente controverse⁴⁷⁰.

Il giudice delle leggi entra infatti finalmente per la prima volta nel merito della questione, ritenendola fondata, ma nel farlo si muove con cautela, sapendo di dover giudicare un tema eticamente controverso e, dunque, politicamente scottante.

Una sentenza di accoglimento non era, tuttavia, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale precedente in tema di PMA, scontata; anzi, a ben vedere, la questione poteva dar adito ad una pronuncia di inammissibilità⁴⁷¹.

Un primo motivo che lasciava presagire una decisione di inammissibilità da parte della Consulta risiedeva nella natura tecnico-scientifica della questione proposta alla sua attenzione, in quanto incidente sulla definizione della corretta pratica medica in materia di PMA, mentre la seconda e più importante, che

⁴⁶⁷ In *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 928 ss., con nota di DOLCINI, *Embrioni nel numero strettamente necessario*, cit., p. 950 ss.

⁴⁶⁸ Si ricordi che ben due quesiti (il n. 2 e il n. 3) del *referendum* del 2005 avevano ad oggetto l'abrogazione dell'art. 14, comma 2 e 3. Per il contenuto dei quesiti referendari cfr. *infra* cap. II, par. 10.

⁴⁶⁹ Il riferimento è all'ordinanza della Corte cost. n. 369 del 2006, cit., con cui la Corte dichiarò manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale, che verteva sull'art. 13 della l. 40 del 2004 nella parte in cui fa divieto di ottenere, su richiesta dei soggetti che hanno avuto accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, la diagnosi preimpianto sull'embrione ai fini dell'accertamento di eventuali patologie. Si veda *infra* cap. IV, par. 3.2.2.

⁴⁷⁰ Osserva MANETTI (*La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, in <http://www.costituzionalismo.it>, 28 maggio 2009) come «posto di fronte a conflitti che appaiono irrisolti in tutti gli ordinamenti di pari civiltà e nelle coscienze dei loro cittadini, il giudice costituzionale ha dunque tenuto a freno sia la tentazione di non decidere affatto, lasciando la responsabilità di intervenire, per quanto possibile, ai giudici comuni, sia la tentazione di opporre la propria visione a quella del legislatore».

⁴⁷¹ In generale vi era pertanto più di una ragione per ritenere che la Corte non si sarebbe pronunciata, «lasciando eventualmente ai giudici la possibilità di attingere alle virtualità inesauribili del diritto costituzionale alla salute che – specialmente dopo la vicenda del danno biologico – nessuno più della Corte sa quanto possa rimodellare dall'interno anche i più consolidati assetti normativi». Così MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.* 2009, p. 1688 ss. Secondo TRUCCO (*Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, consultabile all'indirizzo <http://www.giurcost.org>) la pronuncia in esame è la dimostrazione del fatto che, quando lo ritenga necessario, la Corte non manca di modulare il proprio sindacato sul requisito della "rilevanza".

ostava al sindacato di costituzionalità, era rappresentata dalla natura insindacabile e incensurabile (da parte del giudice costituzionale) che poteva essere attribuita alla scelta operata dal legislatore, che ha, come si è detto, accordato la natura di soggetti di diritto agli embrioni, equiparando la loro posizione a quella della madre.

Il problema principale che la Corte ha dovuto superare era dunque di stabilire, in via preliminare, se la pronuncia richiestale invadesse la sfera di discrezionalità del legislatore: in caso affermativo, ne sarebbe derivata l'inammissibilità della questione.

A tale preliminare quesito la Corte risponde affermando che nel caso di specie non le si chiede di sostituire una sua scelta discrezionale ad una, altrettanto discrezionale, del legislatore, bensì di correggere un vizio della legge consistente nell'assoluta irragionevolezza della stessa, compito, che come noto, deve ritenersi proprio del giudice delle leggi.

Nel nostro sistema costituzionale la discrezionalità del legislatore non soggetta, in linea di principio, al sindacato di costituzionalità della Corte, incontra, infatti, un limite nella misura in cui questi compia scelte prive di ogni plausibile giustificazione, o non coerenti rispetto al fine che si prefiggono. In altre parole, il Parlamento è libero di dettare la disciplina che ritiene migliore, purché essa sia coerente e non del tutto priva di giustificazione, giacché in questo caso ne deriverà l'incostituzionalità della legge. Come vedremo, nella pronuncia in esame, la Corte si limita a colpire la pretesa del legislatore di farsi medico, ma «non mette in discussione il potere di questi di stabilire i principi ispiratori della disciplina in esame e in particolare il principio di tutela dell'embrione, salvo l'ovvia e costituzionalmente prescritta necessità di renderla efficace e insieme compatibile con il bene costituzionale della salute»⁴⁷².

Tra le molteplici questioni sottoposte al suo esame la Consulta analizza nel merito quelle relative all'art. 14 commi 2 e 3, mentre considera manifestamente inammissibili, per difetto di motivazione sulla rilevanza nel giudizio *a quo*, le questioni relative all'art. 14, comma 1 (che vieta la crioconservazione e la soppressione di embrioni) e comma 4 (che vieta la riduzione embrionaria di gravidanze plurime), nonché all'art. 6, comma 3 della l. n. 40/2004, nella parte in cui non consente la revoca della volontà dopo la fecondazione dell'ovulo⁴⁷³.

Limitando la nostra analisi ai profili di merito della questione, ossia ai commi 2 e 3 dell'art. 14, va sicuramente riconosciuto come la decisione in esame rappresenti il primo passo verso un progressivo scardinamento della legge n. 40/2004 portato avanti grazie all'opera congiunta della nostra giurisprudenza civile e amministrativa.

La Corte ha censurato, innanzitutto, il secondo comma dell'art. 14, accogliendo le motivazioni del giudice *a quo*, il quale ha ritenuto incostituzionale tale norma nella misura in cui impone la creazione di non più di tre embrioni ai fini di un loro unico e contemporaneo impianto.

⁴⁷² Cfr. MANETTI, *La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, cit.

⁴⁷³ Per un esame approfondito concernente i profili di inammissibilità di tali questioni cfr. GIOFFRÈ, *La procreazione medicalmente assistita tra discrezionalità del legislatore e bilanciamenti irragionevoli*, in *I diritti delle coppie infertili*, cit., p. 87 ss.

Il giudice delle leggi ha così condiviso l'osservazione secondo cui tale disposizione, in assenza di qualsivoglia considerazione relativa alla condizione soggettiva della donna che si sottopone di volta in volta alla PMA, rende necessaria la sua reiterata sottoposizione della stessa a trattamenti invasivi, pericolosi per la sua salute psico-fisica, oltre che non sempre efficaci, e come tali lesivi del diritto fondamentale alla salute, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza, nella misura in cui la norma non consente trattamenti differenziati per situazioni fra loro diverse.

A questa considerazione la Corte è arrivata partendo da una considerazione preliminare di fondamentale importanza: ossia che la legge n. 40/2004, per il fatto stesso di limitare a tre il numero massimo di embrioni impiantabili, determina essa stessa un affievolimento della tutela dell'embrione, nella misura in cui ammette che alcuni di essi possano non dar luogo ad una gravidanza.

Afferma, infatti, la Corte nella parte iniziale della motivazione che «va premesso che la legge in esame rivela, come sottolineato da alcuni dei remittenti, un limite alla tutela apprestata all'embrione, poiché anche nel caso di limitazione a soli tre del numero di embrioni prodotti, si ammette comunque che alcuni di essi possano non dar luogo a gravidanza, postulando la individuazione del numero massimo di embrioni impiantabili appunto un tale rischio, e consentendo un affievolimento della tutela dell'embrione al fine di assicurare concrete aspettative di gravidanza, in conformità alla finalità proclamata dalla legge. E dunque, la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze della procreazione».

La legge, individuando il limite massimo di tre embrioni impiantabili, non intende certo favorire le gravidanze trigemine, bensì è consapevole del fatto che non tutti gli embrioni riusciranno a svilupparsi; in altri termini, essa vuole garantire concrete possibilità di dar luogo almeno ad una gravidanza, ma mette al contempo già in conto la perdita di alcuni embrioni.

Da ciò ne deriva che se è la stessa legge n. 40/2004 ad ammettere ed accettare, almeno implicitamente, che esiste il rischio, per alcuni embrioni, di non dar luogo a una gravidanza, l'affievolimento della protezione dovuta all'embrione non si pone affatto in contrasto con le finalità della legge, soprattutto quando questa è finalizzata a tutelare anche le esigenze della procreazione e altri diritti costituzionalmente rilevanti, primo fra tutti quello della salute della donna.

Come è facilmente intuibile questo è un punto chiave della sentenza, perché mette in crisi la tesi che attribuisce alla legge n. 40/2004 una tutela piena e assoluta del concepito.

Ma se la tutela dell'embrione non è assoluta, neppure nel contesto della l. n. 40/2004, allora a maggior ragione emerge l'irrazionalità dei limiti posti alla PMA dal comma 2 dell'art. 14, il quale esclude la possibilità di creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, e comunque superiore a tre, con ciò determinando una moltiplicazione dei cicli di fecondazione, poiché non sempre i tre embrioni eventualmente prodotti risultano in grado di dare luogo ad una gravidanza.

Sulla base di queste considerazioni, i giudici delle leggi, riprendendo le denunce dei giudici *a quibus* e della dottrina alla disposizione impugnata, rilevano i risvolti negativi che essa finisce per avere nella

prassi: per un verso, essa rende «necessario il ricorso alla reiterazione di detti cicli di stimolazione ovarica, ove il primo impianto non dia luogo ad alcun esito e con ciò facendo aumentare i rischi di insorgenza di patologie che a tale iperstimolazione sono collegate (e ponendosi in contrasto anche con uno dei principi ispiratori della legge 40 stessa, espresso all'art. 4, comma 2, lett. *a*: quello della gradualità e della minore invasività nel ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita)»; per altro verso, essa determina, «in quelle ipotesi in cui maggiori siano le possibilità di attecchimento, un pregiudizio di diverso tipo alla salute della donna e del feto, in presenza di gravidanze plurime, avuto riguardo al divieto di riduzione embrionaria selettiva di tali gravidanze di cui all'art. 14, comma 4, salvo il ricorso all'aborto».

Le possibilità di successo variano, pertanto, in relazione sia alle caratteristiche degli embrioni, sia alla condizioni soggettive di salute delle donne che si sottopongono alle procedure di PMA, sia infine all'età delle medesime, il cui progressivo avanzare riduce gradualmente le probabilità di una gravidanza.

Ne consegue che «la previsione della creazione di un numero di embrioni superiore a tre, in assenza di ogni valutazione circa le condizioni soggettive specifiche delle donne che si sottopongono alla procedura di PMA, si pone in contrasto sia con l'art. 3 Cost., riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza, in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili; nonché con l'art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna ed eventualmente [...] del feto, ad esso connesso».

Per quanto concerne la violazione dell'art. 32 Cost., quest'ultima deriva dal fatto che «la previsione legislativa non riconosce al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione medicalmente assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto»⁴⁷⁴.

La legge, insomma, impedisce al medico di esercitare la propria professione in conformità alla migliore pratica medica con conseguenti risvolti fortemente negativi sul diritto alla salute della donna (ed eventualmente del feto) costituzionalmente garantito⁴⁷⁵.

La Corte non manca di richiamare a tale riguardo la propria giurisprudenza pregressa, in particolare le sentenze nn. 282 del 2002⁴⁷⁶ e 338 del 2003⁴⁷⁷, nella quali aveva affermato che «la pratica terapeutica si

⁴⁷⁴ Tra le complicanze si annoverano gestosi, aborti, parti prematuri con bambini che difficilmente sopravvivono senza gravi lesioni invalidanti. Le stimolazioni ormonali possono determinare complicanze coagulative, renali, e ad altri organi e apparati che mettono a rischio la vita della donna.

⁴⁷⁵ L'irragionevolezza della legge n. 40/2004, riconosciuta dal giudice costituzionale, risiedeva, dunque, nel fatto di lasciare al medico la scelta se ripetere, e quante volte ripetere, la fecondazione, facendo aumentare il numero degli embrioni sacrificati, ma non gli si lasciava la possibilità di fecondare, nell'ambito di un solo tentativo, un maggior numero di embrioni: per trasferirli tutti nel primo caso (ove la pratica medica ne richiede fino ad un numero di sei), per crioconservarne alcuni nel secondo. Lo si vincolava in sostanza su di una scelta meno impegnativa per lasciarlo libero su di una suscettibile di esplicare effetti più ampi e più pregiudizievoli per gli stessi embrioni (oltre che per la salute della donna, dato che per tentare la fecondazione è necessario avere a disposizione un certo numero di ovociti di buona qualità, ciò che si ottiene stimolando chimicamente una produzione maggiore di quella naturale).

pone [...] all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica psichica». Salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, «non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo di questa materia è costituita dall'autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione». Tutto ciò «non significa che al legislatore sia senz'altro preclusa ogni possibilità di intervenire [...] ma un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato attuale delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati, dato l'«essenziale rilievo» che, a questi fini, rivestono «gli organi tecnico-scientifici»; o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica»⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ Nella sentenza n. 282 del 2002, relativa ad una legge regionale delle Marche (che sospendeva, nel territorio regionale, l'applicazione della TEC, della lobotomia e di altri simili interventi di psicoturgia), la Corte ha sostenuto che scelte legislative dirette a limitare o vietare il ricorso a determinate terapie – la cui adozione ricade in linea di principio nell'ambito dell'autonomia e della responsabilità dei medici, tenuti ad operare col consenso informato del paziente e basandosi sullo stato delle conoscenze tecnico-scientifiche a disposizione – non sono ammissibili ove nascano da pure valutazioni di discrezionalità politica, e non prevedano «l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati», né costituiscano «il risultato di una siffatta verifica».

⁴⁷⁷ Con la sentenza n. 338/2003, i giudici della Consulta hanno ulteriormente specificato che «stabilire il confine fra terapie ammesse e terapie non ammesse, sulla base delle acquisizioni scientifiche e sperimentali, è determinazione che investe direttamente e necessariamente i principi fondamentali della materia, collocandosi all'incrocio fra due dritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica (sentenza n. 282 del 2002), diritti la cui tutela non può non darsi in condizioni di fondamentale eguaglianza su tutto il territorio nazionale. Da ciò discende che interventi legislativi regionali, posti in essere nell'esercizio di una competenza legislativa concorrente, come quella in cui le Regioni godono in materia di tutela della salute (art. 117, terzo comma, Cost.), sono costituzionalmente illegittimi ove pretendano di incidere direttamente sul merito delle scelte terapeutiche in assenza di – o in difformità da – determinazioni assunte a livello nazionale, e quindi introducendo una disciplina differenziata, su questo punto, per una singola Regione. Nei limiti dei principi fondamentali, nulla vieta invece che le Regioni, responsabili per il proprio territorio dei servizi sanitari, dettino norme di organizzazione e procedura, o norme concernenti l'uso delle risorse pubbliche in questo campo: anche al fine di meglio garantire l'appropriatezza delle scelte terapeutiche e l'osservanza delle cautele necessarie per l'utilizzo di mezzi terapeutici rischiosi o destinati ad impieghi eccezionali e ben mirati, come è riconosciuto essere la terapia elettroconvulsivante (in questo ambito possono collocarsi discipline sul consenso informato o sulle procedure di monitoraggio, sorveglianza e valutazione, quali quelle contenute anche in disposizioni delle legge di cui è giudizio, estranee all'oggetto delle impugnazioni ritualmente proposte: artt. 3 e 6 della legge del Piemonte; art. 3, comma 1, e art. 4 della legge della Toscana)».

⁴⁷⁸ Come sottolinea FERRANDO (*Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, in *Bioetica*, 2009, p. 730) si tratta di principi riconosciuti anche nel codice di deontologia medica, il cui art. 12 stabilisce che «al medico è riconosciuta piena autonomia nella programmazione, nella scelta e nella applicazione di ogni presidio diagnostico e terapeutico (...) fatta salva la libertà del paziente di rifiutarle e di assumersi la responsabilità del rifiuto stesso», aggiungendo che «le prescrizioni e i trattamenti devono essere ispirati ad aggiornate e sperimentate acquisizioni scientifiche, sempre a beneficio del paziente» e che «sono vietate

Il legislatore, dunque, pur legittimato e anzi tenuto⁴⁷⁹ a intervenire in materia di PMA, avrebbe dovuto farlo sulla base degli indirizzi ricavabili dallo stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite e verificate da parte degli organismi competenti. Non avendolo fatto, ha violato l'art. 32 Cost., nella misura in cui ha ingiustificatamente limitato l'autonomia e la responsabilità del medico e, di conseguenza, il diritto alla salute del paziente⁴⁸⁰.

Con il riferimento ai limiti posti alla discrezionalità legislativa dalle acquisizioni scientifiche e sperimentali, la sentenza *de qua* va così ad «aggiungere un altro tassello alla definizione giurisprudenziale del diritto alla salute, diritto che implica appunto la possibilità di disporre delle migliori acquisizioni della scienza e dell'arte medica, la cui applicazione è affidata all'autonomia e alla responsabilità del medico con il consenso del paziente, senza che il legislatore possa entrare nel merito di tali decisioni, ponendo limiti contrari ai principi di uguaglianza, di ragionevolezza, potenzialmente pregiudizievoli per la salute»⁴⁸¹.

Non potendo sempre i tre embrioni prodotti essere in grado di raggiungere il risultato voluto dalla legge, variando le possibilità di successo in relazione, vuoi alle caratteristiche degli embrioni, vuoi alle condizioni soggettive della donna che si sottopone ad impianto, la Corte ha dunque abolito il limite numerico previsto dalla legge, con la conseguenza che oggi, a seguito dell'intervento demolitorio del giudice costituzionale, il numero di embrioni da produrre è quello strettamente necessario, tenuto conto delle condizioni della donna e della qualità degli embrioni. Tale numero dovrà così essere valutato, caso per caso, alla luce «delle acquisizioni scientifiche e sperimentali che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica».

In breve, quindi, il parziale intervento demolitorio del comma 2 dell'art. 14, comma, (limitatamente alle parole «unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre») ha fatto venir meno la previsione dell'obbligo di un unico e contemporaneo impianto e quella del numero massimo di embrioni da impiantare, eliminando, al contempo sia l'irragionevolezza di un trattamento identico di fattispecie diverse, sia la necessità per la donna di sottoporsi eventualmente ad altra stimolazione ovarica, con possibile lesione del suo diritto alla salute, ma ha tuttavia mantenuto il «principio secondo cui le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, secondo accertamenti demandati, nella fattispecie concreta, al medico».

Sul piano del bilanciamento dei differenti interessi ciò significa che l'embrione può essere tutelato, ma la sua tutela trova un limite nella tutela della salute della donna, e laddove in concreto si ponga un

l'adozione e la diffusione di terapie e di presidi diagnostici non provati scientificamente o non supportati da adeguata sperimentazione e documentazione clinico-scientifica, nonché di terapie segrete».

⁴⁷⁹ Si veda la sentenza della Corte cost. n. 347 del 1998, già citata nel capitolo II, par. 1.

⁴⁸⁰ Anche il Consiglio di Stato (ordinanza del 7 ottobre 2008, n. 5311, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 144 con nota di BENEDETTI) ha seguito questa linea di definizione delle competenze regionali nelle scelte inerenti alla salute, censurando un provvedimento della Regione Lombardia sui limiti temporali dell'aborto tardivo, in quanto «susceptibile di incidere, specificando il contenuto di norme lasciate volutamente indeterminate dal legislatore, sul delicato equilibrio delle procedure e delle valutazioni riservate, alla stregua della l. n. 194 del 1978, alla donna e al medico professionista in attuazione degli artt. 32 e 33 Cost».

⁴⁸¹ Così FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, cit., p. 731 s.

profilo di danno alla vita di questa, alla sua salute, o un pericolo di grave compromissione di questa, la tutela dell'embrione deve necessariamente cedere il passo.

Come necessario corollario dell'intervento demolitorio della Corte sul secondo comma dell'art. 14, deriva, secondo lo stesso giudice delle leggi, la necessità di una deroga al principio generale del divieto di crioconservazione⁴⁸² degli embrioni stabilito nel primo comma del medesimo articolo⁴⁸³.

In realtà, da questo punto di vista la motivazione della Corte non aggiunge nulla di nuovo al dispositivo, ma si limita a spiegare in pratica quali sono gli effetti che la caducazione del limite dei tre embrioni e del loro contemporaneo impianto comporta; ossia, fermi restando dunque i divieti di crioconservazione e soppressione degli embrioni, diventa necessario, nel caso concreto, il ricorso alla tecnica della crioconservazione degli embrioni prodotti, ma non impiantati per scelta medica, da trasferire in successivi cicli ove non si instauri al primo tentativo la gravidanza.

In tal modo il divieto di crioconservazione previsto nel primo comma mantiene inalterato il suo ambito di operatività nei confronti delle parti private, alle quali rimane precluso ogni ripensamento relativamente alla decisione di impiantare gli embrioni formati, ma non vige nei confronti del medico, che potrà decidere di non procedere più al trattamento per considerazioni di natura esclusivamente sanitaria⁴⁸⁴.

In altre parole il secondo dispositivo della Consulta, questa volta di natura additiva⁴⁸⁵, costituisce la logica conseguenza del primo: i giudici della legge, in accordo alle istanze di alcuni dei ricorrenti dichiarano, infatti, che il disposto di cui al comma 3 dell'art. 14, il quale, come visto, dispone che «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 del trasferimento, da realizzare non appena possibile» è incostituzionale, «nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come previsto in tale norma debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna».

⁴⁸² Oppure di utilizzare altri procedimenti più moderni, come la c.d. "verificazione", che garantisce una migliore conservazione degli embrioni.

⁴⁸³ MANETTI (*Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, cit., p. 1688 ss.) osserva come possa invero apparire discutibile la scelta di introdurre una deroga al principio generale del divieto di crioconservazione, relativamente alla parte in cui esso si estende anche agli embrioni prodotti ma non impiantati per scelta medica senza dichiarare parzialmente incostituzionale la disposizione che lo reca, ossia il comma 1 dell'art. 14. Tuttavia lo stesso Autore osserva come «al di là delle testuali affermazioni della Corte, sembra peraltro che il dispositivo di annullamento sia mancante solo in apparenza, dal momento che esso rappresenta l'indiscutibile presupposto logico della dichiarazione additiva di incostituzionalità dell'art. 14, comma 3». Secondo VALLINI (*Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 242) sarebbe stato più corretto, come peraltro auspicava una delle ordinanze di rimessione, delineare una facoltà di crioconservazione in tutti i casi in cui, per ragioni connesse alla tutela della salute della donna, non sia praticabile un unico e contestuale impianto di tutti gli embrioni prodotti, invece di correggere la fattispecie di cui al terzo comma precisando che, ferma restando la possibilità di ricorrere a congelamento solo in caso di impossibilità sopravvenuta e imprevedibile, il trasferimento debba essere successivamente attuato a condizione di non determinare rischi per la salute della donna.

⁴⁸⁴ In tal modo si impedisce che la facoltà di ripensamento faccia prevalere sulla tutela degli embrioni la volontà capricciosa dei genitori, negando la responsabilità che questi si sono assunti nel momento in cui hanno prestato il proprio consenso al trattamento di PMA.

⁴⁸⁵ Vale a dire eliminando una frase del comma secondo e aggiungendone una nel comma terzo.

Con ciò la sentenza afferma incontestabilmente che il trasferimento in utero non è inevitabile, come previsto nel testo originario della disposizione, bensì condizionato all'assenza di pregiudizio per la salute della donna, con la conseguenza che gli embrioni prodotti non dovranno essere trasferiti in utero, ma potranno essere crioconservati, qualora il completamento della terapia si riveli dannoso per la salute dell'aspirante madre: e ciò con un importante elemento di novità rispetto al passato⁴⁸⁶, ossia che i motivi relativi alla salute della donna che consentono al medico di non trasferire alcuni embrioni possono ora riguardare, non solo «una causa di forza maggiore non prevedibile al momento della fecondazione», come era originariamente, bensì anche una causa prevedibile al momento della fecondazione, che può escludere definitivamente il successivo trasferimento a giudizio del medico⁴⁸⁷.

La disciplina che deriva dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale parziale dei commi 2 e 3 dell'art. 14, consente così nuovamente, come accadeva precedentemente alla legge n. 40/2004, la crioconservazione degli embrioni eventualmente prodotti in soprannumero: il medico, insieme ai pazienti che vogliono sottoporsi alla pratica della PMA, valuterà quanti ovociti prodotti da un ciclo di stimolazione ovarica fecondare, quanti embrioni così prodotti trasferire e quanti, di conseguenza, crioconservare, per altri eventuali futuri impianti, alla luce dei principi di stretta necessità e di tutela della salute della donna e degli embrioni stessi⁴⁸⁸.

Anche in questo caso, dunque, e per gli stessi motivi che hanno portato ad eliminare l'obbligo di un unico e contemporaneo impianto, viene sottratta alla legge la possibilità di imporre l'impianto, quale esito finale e necessario della procedura procreativa, spettando al medico in ultima ed insindacabile istanza la decisione finale relativamente alla sorte degli embrioni prodotti ma non trasferiti.

È bene a questo punto osservare che anche il significato originario della disposizione contenuta nell'art. 14, comma 3, viene sostanzialmente mutato dalla sentenza in esame. In precedenza la disposizione contemplava, come si è detto, una sospensione temporanea del trattamento, dovuta a

⁴⁸⁶ In senso critico si veda VALLINI (*Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 241 ss.) secondo il quale, nonostante l'intervento additivo della Consulta, non avendo la Corte provveduto ad eliminare il presupposto della "imprevedibilità" delle condizioni cui è subordinata la scriminante del reato di crioconservazione «la fattispecie continua a non riguardare quei casi che pure costituiscono l'occasione e la ragione della declaratoria di incostituzionalità, cioè quando si tratti di pianificare la costituzione di una riserva di embrioni "congelati", essendo appunto prevedibile la necessità di ricorrere a più tentativi di impianto, per il possibile fallimento dei primi», in quanto la fattispecie di cui al terzo comma è stata corretta non «in modo da delineare una facoltà di crioconservazione in tutti i casi in cui, per ragioni connesse alla salute della donna, non sia praticabile un unico e contestuale impianto di tutti gli embrioni prodotti [...] bensì precisando che, ferma restando la possibilità di ricorrere a congelamento solo in caso di impossibilità *sopravvenuta e imprevedibile*, il trasferimento debba successivamente essere attuato a condizione di non determinare rischi per la salute». D'altro canto, secondo lo stesso A., l'alternativa ermeneutica orientata a ragionevolezza, vale a dire quella secondo cui il comma 1 incontra ora una deroga implicita nel caso in cui il medico trovi necessario produrre più embrioni e non impiantarli tutti allo stesso tempo, non tiene conto della portata precettiva del divieto contenuto in tale disposizione, tanto più considerato che esiste un'alternativa alla crioconservazione, potendo infatti gli embrioni di cui si è rifiutato il trasferimento (e quindi non impiantati) essere lasciati deperire, senza peraltro che ciò determini in capo al medico, privo di qualsiasi obbligo di garanzia, una responsabilità a titolo di soppressione.

⁴⁸⁷ Si noti che il pregiudizio per la salute della donna può ritenersi integrato anche nel caso in cui gli embrioni formati siano più numerosi del previsto e se impiantati tutti contemporaneamente potrebbero mettere a rischio la salute della stessa.

⁴⁸⁸ Così TRIPODINA, *La Corte costituzionale e la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la «Costituzione che non vale più la pena di difendere»*, cit., p. 1698.

fenomeni patologici imprevedibili ed assolutamente ostativi, che poteva essere seguita da una interruzione definitiva soltanto nel caso in cui questi fenomeni si rivelassero incurabili (o permanessero comunque per un tempo così lungo da escludere la praticabilità dell'impianto).

Attualmente l'art. 14, comma 3, contempla, invece, anche un'ipotesi di interruzione definitiva del trattamento, dovuta a cause di salute non necessariamente eccezionali e imprevedibili, ma anche ordinarie e prevedibili, quando esse appaiano, ad insindacabile giudizio del medico, tali da sconsigliare l'impianto.

Potrà trattarsi sia di una fecondazione riuscita al primo impianto, sia del caso in cui uno o più embrioni risultino affetti da una malattia grave e incurabile: si tratta delle questioni più scottanti nella pratica medica, ma che la Corte non ha potuto prendere in esame, dal momento che le stesse non costituivano l'oggetto dei giudizi a *quibus*, motivo per cui sono state dichiarate inammissibili per difetto di rilevanza.

Relativamente alla prima ipotesi, ossia al caso in cui il primo impianto dovesse riuscire al primo tentativo, gli embrioni crioconservati non potrebbero più essere trasferiti nell'utero materno, a meno che la gravidanza non si interrompa spontaneamente o che la coppia decida in seguito di sottoporsi ad una nuova pratica di PMA in vista di una seconda gravidanza. Ne deriva che gli embrioni crioconservati andranno persi, ma ciò, come detto, è giustificabile nella misura in cui rientra in una terapia medica e si rende doveroso per la necessità di non pregiudicare la salute della donna, quale è stata valutata *ex ante* al momento della scelta del protocollo⁴⁸⁹. Per quanto concerne, invece, la seconda ipotesi, ossia i casi di embrioni affetti da malattia grave e incurabile, non si può escludere un conflitto fra la volontà dell'aspirante madre di rifiutare l'impianto degli stessi, volontà che però alla luce del primo comma dell'art. 14 deve ritenersi irrilevante, e le valutazioni di natura sanitaria compiute del medico, unico soggetto a cui spetta di emettere il giudizio finale e insindacabile circa le conseguenze che una eventuale gravidanza potrebbe avere sulla salute della donna⁴⁹⁰, a prescindere dalla natura assolutamente imprevedibile e assolutamente ostativa di tale pregiudizio.

Resta il fatto che nessun obbligo previsto dalla legge può essere portato coercitivamente ad esecuzione, salvo i casi previsti dall'art. 32 Cost.

La Corte non specifica peraltro la gradazione del pregiudizio per la salute della donna, nel senso che lo stesso non risulta necessariamente dover essere un pregiudizio serio, grave o gravissimo: dunque basta la documentata esistenza di un pregiudizio di qualsiasi entità per non procedere all'impianto degli embrioni precedentemente crioconservati.

Si è altresì osservato che, grazie all'intervento della Corte, la procreazione assistita si è arricchita di nuovi parametri anche sotto il profilo del consenso informato. Mentre, infatti, nel testo originario della

⁴⁸⁹ A tale proposito MANETTI, *La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, cit., osserva come tale ipotesi di embrioni creati, ma non impiantati per scelta medica rientri presumibilmente nella previsione del comma 2, relativa alla scelta del protocollo; scelta che per il suo carattere prognostico implica la previa accettazione del rischio che alcuni embrioni possano essere sacrificati, anche se è più probabile che ciò accada nel primo tentativo.

⁴⁹⁰ Qualora la sofferenza della donna per l'esito della gravidanza fosse molto forte e insopportabile, la stessa potrebbe infatti anche decidere di praticare successivamente l'aborto terapeutico nei termini di legge.

legge il consenso informato, finalizzato a «garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa» concerne *ex art. 6* i metodi, i problemi bioetici, i possibili effetti collaterali sanitari e psicologici, le probabilità di successo e i rischi, nonché il grado di invasività di ciascuna delle tecniche applicate, successivamente alla pronuncia della Corte «il patto terapeutico fra medico e paziente non potrà che concernere anche l'assenso o meno a tutti quei profili discrezionali che nelle rigidità dell'impianto originario della legge non avevano alcuno spazio. Ciò significa in particolare la necessità di esprimere il relativo consenso sul numero di ovociti da inseminare, sul numero degli embrioni da trasferire, sulla volontà di procedere alla crioconservazione nonché sul trasferimento degli embrioni crioconservati»⁴⁹¹.

Con la differenza però che, mentre nella maggior parte degli interventi sopra citati nella varie fasi della PMA (compresa la facoltà di revocare il consenso prima della fecondazione dell'ovulo) il consenso informato dovrà essere espresso da entrambi i componenti della coppia, così come prevede l'art. 6 della legge in tema di consenso informato, a diversa conclusione deve giungersi una volta che sia intervenuta la fecondazione, allorché gli embrioni siano stati crioconservati e che si sia nella imminenza procedurale del trasferimenti dei medesimi nel corpo materno.

Infine, non può tacersi il fatto che tale pronuncia di incostituzionalità si va necessariamente ad estendere anche ad un altro profilo, pur dichiarato inammissibile per difetto di rilevanza, ossia quello contenuto nell'art. 6 comma 3, che prevede l'irrevocabilità del consenso all'instaurazione della procedura di PMA una volta che vi sia stata fecondazione dell'ovocita. Una lettura costituzionalmente orientata di tale norma, sostenuta da tempo dalla quasi totalità del mondo accademico, esclude infatti ogni possibilità di procedere coattivamente all'impianto degli embrioni una volta che la donna abbia revocato, sia pure all'ultimo momento, il proprio consenso a riguardo, nella misura in cui tale trasferimento verrebbe realizzato con pregiudizio per la salute della donna.

4. Il nuovo art. 14 dopo l'intervento della Consulta.

Dall'intervento demolitorio e manipolativo della Corte emergono così due nuove norme di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 14, che vanno ad incidere sulle concrete modalità di azione da parte degli operatori del settore, riconoscendo loro nuovi margini di autonomia e chiarendo al contempo i presupposti di un valido e legittimo trattamento sanitario, che non può tollerare l'imposizione di un unico protocollo da applicare rigidamente a tutte le donne, tale da escludere qualsiasi valutazione in ordine alla sua adeguatezza nel caso concreto, ossia alla capacità di provocare una gravidanza nel rispetto della salute della donna.

Come si è detto, non si tratta di una mera rilettura, ma di una vera e propria modifica, immediatamente applicabile, del dettato normativo: la norma che risulta dopo l'intervento della Corte è,

⁴⁹¹ In questo senso si veda ALESSO, *Il consenso informato dopo la pronuncia della Consulta*, in *I diritti delle coppie infertili*, cit., p. 188.

infatti, completa e operativa e non richiede alcun aggiustamento, né in sede parlamentare, né in sede regolamentare, come invece era stato sostenuto da più parti⁴⁹².

L'intervento della Consulta va sicuramente considerato positivamente in quanto contribuisce a temperare il rigore di una disposizione centrale nella legge n. 40/2004, spostando (come era prima del 2004) di nuovo l'equilibrio normativo a vantaggio della salute della donna, in linea con le precedenti sentenze costituzionali in materia di interruzione di gravidanza e consentendo così di contrastare alcuni pericolosi effetti derivanti dall'applicazione di tale normativa a discapito di diritti fondamentali tutelati costituzionalmente, pur rimanendo invariato l'impianto di base che la Consulta non mette mai in discussione.

La sentenza non ha inteso, infatti, mettere in discussione l'impianto generale della legge n. 40 del 2004, ma soltanto modificarne un aspetto incostituzionale⁴⁹³.

La legge in buona sostanza conserva tuttora il divieto di crioconservazione enunciato nel comma 1 come principio generale e mantiene altresì il principio secondo cui il medico deve produrre solo gli embrioni strettamente necessari a realizzare le finalità procreative delle tecniche; tuttavia attribuisce a tali principi l'elasticità necessaria per bilanciare la tutela dell'embrione con la salute della donna. Al ruolo del medico, mortificato dalla legge, viene ora restituita dignità: è, infatti, questi, sotto la sua responsabilità, secondo il nuovo comma 3, a determinare quale sia il numero di embrioni da produrre in quanto "strettamente necessario" in ciascun caso; a decidere quanti embrioni trasferire immediatamente e quali e quanti congelarne; a verificare se l'esigenza di trasferire appena possibile gli embrioni congelati possa essere realizzata o se invece il trasferimento vada differito per evitare pregiudizi alla salute della donna, e così via.

È stato sottolineato come sul piano dei principi ci si trovi di fronte ad una «sentenza equilibrata, rispettosa delle contrapposte opzioni morali e posizioni ideologiche»⁴⁹⁴, in quanto, mentre da un lato essa tutela l'embrione, mantenendo fermo il divieto di produrre un numero di embrioni superiore a quello ritenuto necessario nel caso concreto, secondo criteri scientifici, dall'altro lato riequilibra la posizione della donna e il ruolo del medico che la legge aveva posto in un ruolo subalterno.

⁴⁹² Secondo le dichiarazioni del Ministro del Lavoro, della Salute e delle Politiche sociali, Maurizio Sacconi e del Sottosegretario alla Salute, Eugenia Roccella, rese il 27 maggio in una conferenza stampa, con la sentenza della Corte l'impianto della legge non è cambiato e per gli aspetti sui quali è intervenuta la Corte, è necessario un adattamento con appositi provvedimenti. Cfr. la conferenza stampa sul sito <http://www.ministerosalute.it>.

⁴⁹³ Così si esprime D'AMICO, *La decisione della Corte costituzionale fra aspettative di principio e ricadute pratiche*, in *I diritti delle coppie infertili*, cit., p. 221

⁴⁹⁴ Così FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, cit., p. 734. Secondo l'A. «nessuna ne esce delegittimata: non quella attenta ai diritti dell'embrione, in quanto non viene alterato il quadro dei principi sui quali la legge si fonda nello stesso tempo la sentenza dà voce alle istanze sensibili ai diritti delle donne, diritti che vengono riconosciuti e tutelati nel momento in cui si danno al medico gli strumenti per farlo. Quel che rende possibile contemperare l'una e l'altra istanza è la presenza, nel testo emendato, di una formula elastica che fa riferimento al numero di embrioni "necessario". Non è più il legislatore a fissarne il quantum: ora la decisione spetta la medico».

Si è, altresì, osservato come di fronte ad una legge connotata, per volontà del legislatore, da una forte impronta ideologica in quanto finalizzata a tutelare un solo soggetto, l'embrione, a discapito di tutti gli altri, la Corte costituzionale abbia compiuto alcune scelte coraggiose⁴⁹⁵.

In primo luogo il giudice delle leggi ha affermato che la legge *de qua* deve bilanciare i diversi valori in gioco e non tutelarne uno solo. Coerentemente a tale opzione di principio, la Corte costituzionale rinuncia a stabilisce gerarchie predefinite: in nessuna parte della sentenza si legge ciò che fu scritto nella sentenza del 1975 sull'aborto, ossia che l'embrione «persona deve ancora diventare» e, dunque, che non esiste equivalenza tra i suoi diritti e quelli di chi persona è già.

La sentenza in esame compie anche un passo in avanti nella misura in cui fa cadere la contrapposizione artificiosamente istituita dal legislatore e riconduce all'armonia situazioni, che prima sembravano necessariamente antitetiche, ossia quella della donna e quella degli embrioni, tra la vita di questi e la salute di quella, che costituiscono l'espressione di beni sì distinti, ma finalizzati ad un progetto comune: la nascita di un nuovo essere umano. Mentre nella ricerca e nella sperimentazione, può si parlarsi di contrapposizione tra diritto alla salute del malato e diritto alla vita dell'embrione, nel caso della PMA, al contrario, il protocollo scelto dal medico conforme alle indicazioni della miglior pratica medica costituisce al contempo sia una terapia per la coppia infertile, sia una *chance* di vita per gli embrioni⁴⁹⁶.

In realtà, a ben vedere, nulla di diverso (rispetto a quanto afferma la Corte) dice la legge stessa, quando all'art. 1 pone tra le sue finalità la soluzione dei problemi riproduttivi mediante il ricorso alla PMA, assicurando «i diritti di *tutti* i soggetti coinvolti». È la stessa legge ad entrare in contraddizione con sé quando assicura poi i diritti del solo concepito.

La Corte costituzionale, con questa sentenza, non fa pertanto che rendere la legge coerente con le sue stesse premesse: ossia assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compresa la donna.

In secondo luogo la Corte conferisce rilevanza costituzionale ad un valore nuovo, «le esigenze della procreazione», ossia al diritto a diventare genitori spesso negato in passato, che invece viene ora, per la prima volta, posto addirittura al vertice del bilanciamento compiuto dal legislatore, essendo questo il bene e non soltanto, come si era detto fino a quel momento, la salute della donna, che si bilancia con l'integrità dell'embrione.

Infine, con la pronuncia in esame, il giudice costituzionale afferma implicitamente che la materia della PMA è assai diversa, per soggetti coinvolti, da quella dell'aborto, in quanto nella prima entrano in gioco, non solo la donna e il nascituro, ma anche il medico, la scienza e la società.

In conclusione, si può quindi correttamente affermare che la sentenza n. 151 del 2009 corregge nel modo migliore l'impostazione della legge n. 40/2004 e, senza stravolgerla, consente di rendere effettivo sia l'accesso alle tecniche di PMA, sia la tutela della salute della donna oltre, ovviamente, quella del nascituro.

⁴⁹⁵ In questi termini D'AMICO, *La decisione della Corte costituzionale fra aspettative di principio e ricadute pratiche*, cit., p. 217.

⁴⁹⁶ In questo senso MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, cit., p. 1688 ss.

Anche sul piano della pratica medica la sentenza segna una propria e vera svolta, dal momento che l'art. 14 affida ora al medico l'individuazione, caso per caso, del numero di embrioni "necessari" che debbono essere formati ed impiantati: si tratta di decisioni che devono essere prese sulla base di un approfondito esame di ciascun caso clinico, alla luce delle migliori conoscenze scientifiche e pratiche mediche⁴⁹⁷.

A partire dalla pronuncia in esame non esiste più, infatti, una risposta valida per ogni caso, in quanto, grazie proprio all'intervento della Corte, è stato eliminato quel rigido aspetto della legge che impediva di produrre gli embrioni idonei «ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita». Al vuoto creato dalla caducazione del numero fisso di tre si sostituisce ora implicitamente, secondo ragionevolezza, un'indicazione finalistica in base al quale il numero degli embrioni da fecondare e da trasferire in utero deve essere quello «sufficiente in base all'esperienza ed alle più recenti conoscenze medico-scientifiche a dare inizio nell'arco di un ciclo ad una riproduzione assistita».

L'eliminazione del tetto massimo di embrioni producibili dal medico operata dalla Corte potrebbe, però, porre qualche problema di determinatezza della fattispecie penale, dal momento che l'art. 14, comma 2 fa riferimento ad un parametro extralegale rapportato alle evoluzioni tecnico-scientifiche (e alle disposizioni contenute nelle Linee guida)⁴⁹⁸. Ciò potrebbe far sì che in futuro qualche giudice decida di sollevare questione di legittimità costituzionale ex art. 25, comma 2 Cost.: in effetti la nuova formulazione della disposizione del comma 2 dell'art. 14 rinvia alla situazione concreta e non afferma, come solitamente dovrebbe avvenire in materia penale, un precetto rigido.

In ogni caso, per evitare qualunque tipo di sanzione penale, i medici dovrebbero limitarsi a produrre esclusivamente il numero di embrioni che consenta, in base alle migliori acquisizioni scientifiche, un serio tentativo di procreazione e astenersi dal crearne di più; di contro i centri dovrebbero evitare di introdurre limiti numerici o obblighi non superabili per i medici, pena la sanzione penale collegata all'art. 14, commi 2 e 3.

Un altro effetto che la sentenza della Corte costituzionale ha prodotto è quello di ridare ai medici ed alle coppie la possibilità di discutere insieme le diverse opzioni che costellano il lungo percorso diagnostico-terapeutico, dal numero e tipo di stimolazioni ormonali, al numero di ovociti da inseminare e congelare, fino alla durata della coltura embrionaria⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ Secondo FERRANDO (*Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, cit., p. 734) si prospetta l'opportunità che le società scientifiche interessate elaborino linee guida applicative, veri e propri protocolli terapeutici che, alla luce delle conoscenze internazionali, consentano al medico nel caso singolo di elaborare un piano terapeutico individualizzato basato sul rispetto della legge e delle evidenze cliniche.

⁴⁹⁸ Cfr. D'AMICO, *La decisione della Corte costituzionale fra aspettative di principio e ricadute pratiche*, cit., p. 224 e VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 232, secondo cui «la norma va dunque ad incriminare un comportamento obiettivamente colposo del sanitario (cioè attutito in contrasto con le *leges artis*), a prescindere dal verificarsi di una lesione o della morte della paziente, o di un successivo aborto».

⁴⁹⁹ Negli anni successivi alla legge tante parole sono state spese sui diritti negati alle coppie, ma forse non si è data la giusta importanza al fatto che per la prima volta un Parlamento nazionale invadeva un settore delle professioni che normalmente è regolato da commissioni di tecnici, da organismi interni alle categorie interessate, o da società scientifiche. In questo senso RAGUSA, *Cosa è cambiato nella pratica clinica dopo la sentenza 151 del 2009 della Corte costituzionale. Il punto di vista dei medici*, in *I diritti delle coppie infertili*, cit., p. 265.

Come è stato correttamente affermato, con la sentenza della Consulta «è tornata ad essere responsabilità del medico proporre la migliore terapia e informare i pazienti affinché possano esercitare il proprio diritto al consenso informato ed è tornata nei confini suoi propri l'attività legislativa, come la Corte ha "ripetutamente" ricordato»⁵⁰⁰.

Per la prima volta dal 2004 è stato finalmente riconosciuto ad ogni coppia il diritto di vedere messa a propria e legittima disposizione il meglio dell'arte medica e del progresso tecnico-scientifico; la decisione in esame restituisce, infatti, al medico la responsabilità delle proprie decisioni da assumersi in considerazione delle particolarità di ciascun caso e di ciascuna paziente, in modo che - *ex artt. 3 e 32 Cost.* - a situazioni diverse corrispondano trattamenti diversi e adeguati ad intervenire sulle diverse situazioni patologiche.

Il bilanciamento tra la tutela degli embrioni (secondo l'obbligo di non produrne più di quelli strettamente necessari) e la tutela della salute della donna (che sconsiglia di ripetere le stimolazioni ovariche) torna così a spettare al medico, l'unico soggetto in grado di applicare quelle indicazioni al caso concreto, rendendo tangibile la speranza di una gravidanza, soddisfacendo al contempo le aspettative della coppia e quelle degli embrioni.

Infine, la pronuncia *de qua* riveste un ruolo importante anche per quanto concerne il ruolo rivestito dal giudice costituzionale (ma anche dal giudice comune) in una democrazia costituzionale: quest'ultimo, infatti, ha la possibilità di difendere i diritti e le libertà dei cittadini, in luogo della politica, e quindi del legislatore, correggendo gli errori più profondi della legge, senza cambiarne le scelte di fondo.

Se molti sono gli aspetti positivi della sentenza 151/2009, rimangono però alcuni problemi interpretativi.

Uno di questi riguarda cosa debba intendersi per "numero strettamente necessario", dal momento che, caducato per effetto della stessa sentenza il riferimento diretto al fine rispetto al quale andava valutata la necessità (l'unico e contemporaneo impianto) e caducato quel numero massimo (tre) che, come detto, costituiva per gli operatori un obbligo imprescindibile, la comprensione di quale sia da considerare il numero strettamente necessario passa attraverso il seguente interrogativo: "necessario per che cosa"?

La corretta soluzione di tale interrogativo non è di poco conto, considerato che ad essa è connessa la possibilità di derogare al divieto di crioconservazione posto dall'art. 14, comma 1 e conseguentemente, la definizione di quale sia l'ambito di applicazione delle gravi sanzioni penali previste dal comma 6 e delle sanzioni amministrative accessorie disposte dal comma 7 dell'art. 14⁵⁰¹. La risposta al quesito concernente cosa debba intendersi per "numero strettamente necessario" può essere rinvenuta nella motivazione della stessa sentenza *de qua*, in cui si legge che «la previsione legislativa non riconosce al

⁵⁰⁰ Così ALESSO, *Il consenso informato dopo la pronuncia della Consulta*, cit., p. 186.

⁵⁰¹ L'art. 14, comma 6 prevede che la violazione di uno dei divieti e degli obblighi di cui ai commi precedenti sia punita con la reclusione fino a tre anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro. A tal sanzione si accompagna, per il sanitario eventualmente condannato per il reato, la sanzione amministrativa accessoria della sospensione fino ad un anno dall'esercizio della professione.

medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto».

Di conseguenza la finalità perseguita dal medico nel valutare quale sia il numero di embrioni da produrre dovrà essere quella di individuare il numero strettamente necessario, in relazione alla particolare condizione della coppia, che assicuri «un serio tentativo di procreazione assistita», ossia il numero prevedibilmente necessario al fine di assicurare una gravidanza.

Tale previsione, secondo la Corte costituzionale, va effettuata valutando anche la possibilità di eseguire più trasferimenti embrionari. Il giudizio di illegittimità costituzionale, infatti, cade non solo sul numero di embrioni producibili, ma anche sull'obbligo di un unico e contemporaneo impianto, consentendo dunque al medico di valutare la possibilità di produrre il numero di embrioni ritenuto necessario nel caso concreto per l'ottenimento di una gravidanza, anche considerando la possibilità di fare ricorso alla crioconservazione degli embrioni da trasferire in diversi tentativi.

A tal fine la Corte introduce una deroga al divieto, pur rimasto nel primo comma dell'art. 14, di crioconservazione degli embrioni, specificando che «la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze della procreazione».

In conclusione sarà compito del medico, alla luce della condizione concreta della singola coppia, individuare il numero di embrioni da produrre al fine di eseguire un serio tentativo di procreazione assistita. Egli dovrà stabilire il numero che, secondo le conoscenze mediche, permetta nelle specifiche condizioni di ottenere una gravidanza, considerata l'eventualità di procedere a diversi successivi trasferimenti degli embrioni prodotti e nel frattempo congelati.

In secondo luogo rimane da risolvere il problema, non indifferente, della sorte degli embrioni residui, degli embrioni cioè che non si riuscissero ad impiantare e restassero crioconservati (in particolare per gli embrioni di bassa qualità o per quelli geneticamente a rischio). In altre parole, che destino avranno gli embrioni in sovrannumero scartati dai genitori una volta terminato o interrotto il trattamento?

Secondo il disposto delle Linee guida del 2004 il destino degli embrioni inadatti all'impianto sarebbe dovuto essere quello dell'estinzione naturale *in vitro*⁵⁰², in quanto, sulla scorta della lettera della l. n. 40/2004, essi non possono essere crioconservati, né soppressi, né sfruttati ai fini della ricerca sperimentale. Quest'ultima, infatti, è consentita dalla legge solo se rivolta a tutelare la salute e lo sviluppo dello stesso embrione sottoposto a indagine, obiettivo che risulta impossibile allo stato attuale delle conoscenze tecnico-scientifiche, che non contemplano concrete possibilità di terapia embrionale. Dalle più recenti Linee guida del 2008, e precisamente dall'art. 14, commi 3 e 8 di queste, che definiscono la

⁵⁰² Sotto la rubrica "Misure di tutela dell'embrione. Sperimentazione sugli embrioni umani" (Articolo 13, Legge 40/2004) è previsto che «ove in tal caso il trasferimento dell'embrione, non coercibile non risulti attuato, la coltura *in vitro* del medesimo deve essere mantenuta fino al suo estinguersi».

figura dell'embrione in stato di abbandono⁵⁰³, sembra, invece, desumersi un'indicazione nel senso di crioconservare perpetuamente gli embrioni abbandonati⁵⁰⁴, ma essendo tale pratica vietata dall'art. 14, comma 1 della legge n. 40/2004, ne deriva che da esse non può farsi derivare alcun obbligo di garanzia a carico del medico nei confronti dell'embrione, in quanto tali indicazioni sono contenute in un decreto ministeriale e pertanto costituiscono una fonte di rango inferiore alla legge, disapplicabili dunque dal giudice penale.

Ciò che sembra certo è comunque che, qualora il sanitario decidesse di lasciar estinguere l'embrione, non potrebbe essere chiamato a rispondere del reato di embrionicidio mediante omissione, di cui all'art. 14, comma 1 della l. n. 40/2004 in combinato disposto con l'art. 40, comma 2, non essendo desumibile da alcuna norma contenuta nella legge un obbligo giuridico gravante su di lui (né su altri) di impedire la morte dell'embrione⁵⁰⁵, al contrario di quanto disposto dall'art. 7, comma 3 della legge n. 194/1978 secondo cui quando sussiste la possibilità di vita autonoma del feto il medico che esegue l'interruzione di gravidanza in fase avanzata deve adottare ogni misura idonea a salvaguardare la vita del feto.

D'altra parte, come già osservato, anche nel protocollo imposto dal legislatore nel 2004 si verificava assai spesso il sacrificio di alcuni embrioni, il quale oltretutto, proprio a causa del divieto legislativo di creare più di tre embrioni da destinare tutti ad un unico e contemporaneo impianto, si rilevava inutile tutte le volte in cui il numero di embrioni disponibili non fosse sufficiente o adeguato in base alla tecnica applicata ad avviare una gravidanza.

Resta poi aperta anche la questione concernente l'irrevocabilità del consenso all'impianto una volta fecondato l'embrione: tale disposizione non ha infatti ora più senso, come esattamente rilevato dal Tribunale di Firenze nell'ordinanza del 26 agosto 2006, nel momento in cui si dà prevalenza al pregiudizio alla salute della donna, di carattere sia fisico, che psichico.

A tutto questo si aggiungono, secondo alcuni⁵⁰⁶, gli inquietanti interrogativi etico-morali e giuridici relativi al possibile sfruttamento del corpo della donna e al pericolo di commercializzazione dei prodotti della ricerca, ossia per fini diversi da quello della sperimentazione, ove si ammettesse la possibilità di un loro utilizzo per fini di ricerca.

La risposta a tali ultimi interrogativi varia ovviamente a seconda dello *status* che si riconosce all'embrione, nonché in base alla presenza o meno di una disciplina *ad hoc*, nazionale o sovranazionale, relativa a questi embrioni concepiti in soprannumero.

⁵⁰³ È tale l'embrione che sia oggetto di rinuncia scritta al futuro impianto da parte della coppia dei genitori o della singola coppia, oppure quello che appartenga ad una coppia che risulti irreperibile per almeno un anno come attestato dal centro di PMA.

⁵⁰⁴ Cfr. VILLANI, "Le nuove Linee guida 2008 in materia di procreazione assistita, ovvero quando il rimedio è (in parte e forse) peggiore del male", in *Studium iuris*, 2009, p. 747 ss.

⁵⁰⁵ VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della Corte Edu in tema di diagnosi preimpianto*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 6 dicembre 2013.

⁵⁰⁶ Cfr. BOSCHIERO, *L'intervento della Consulta sulla legge 40 del 2004: considerazioni introduttive*, in *I diritti delle coppie infertili*, cit., p. 132 s.

Nonostante la chiarezza delle modifiche e il portato delle stesse, è nato un vivace dibattito soprattutto sul piano politico e mediatico, spesso accompagnato da critiche rivolte nei confronti della Corte costituzionale⁵⁰⁷, accusata di aver oltrepassato i limiti del suo operare e di avere utilizzato una tecnica per così dire “emendativa”, entrando nelle funzioni del legislatore.

5. Uno sguardo alla disciplina degli altri Paesi europei.

Relativamente all’aspetto comparatistico della materia occorre premettere, come già anticipato, che non esiste in tema di PMA una scelta politica comune a tutti i Paesi europei, esistendo, al contrario, un quadro assai variegato⁵⁰⁸, dovuto al diverso tipo di approccio adottato ed essendo la relativa regolamentazione demandata alla competenza dei singoli Parlamenti nazionali, ad esclusione di alcuni punti fermi, fra cui la volontà di trovare un bilanciamento tra la tutela della salute, il diritto al libero sviluppo della personalità, la libertà personale e il principio di autodeterminazione per quanto concerne le scelte in materia di PMA e famiglia⁵⁰⁹.

Ci sembra utile a questo punto effettuare una breve panoramica sulla disciplina in tema di PMA in vigore nei principali Paesi europei al fine di verificare se i limiti e divieti concernenti in particolare il numero massimo per il trasferimento di embrioni e la pratica di crioconservazione siano propri del solo ordinamento italiano, oppure trovino conforto anche in altri ordinamenti.

Nel Regno Unito, espressione di un modello di regolamentazione aperta c.d. “autorizzativo”, in cui, cioè, *privacy* e libertà di autodeterminazione della persona sono principi fondamentali e lo Stato mantiene un atteggiamento sostanzialmente neutrale dove nulla è vietato a priori, la legislazione sulla PMA è incentrata su una legge del 1990, lo *Human Fertilisation and Embriology Act*⁵¹⁰, modificato più volte, da ultimo con la legge 1522/2007 (*The Human Fertilisation and Embriology – Quality and Safety – Regulation 2007*⁵¹¹), con il quale è stata istituita la HFEA (ossia la *Human Fertilisation and Embriology Authority*), ossia un’ autorità governativa che, in qualità di organismo indipendente, sovrintende alla

⁵⁰⁷ Molte critiche si sono levate contro il ruolo della Corte costituzionale nel suo farsi sostituita dal Parlamento su decisioni che spetterebbero a quest’ultimo. *Contra* DOLCINI, *Strasburgo Firenze Roma: il divieto di fecondazione eterologa di avvia al capolinea?*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 21 ottobre 2012, il quale ricorda come sia proprio questa la funzione attribuita a quest’organo dall’art. 134 Cost, motivo per cui contestare ciò, significa contestare alla radice l’assetto costituzionale della Repubblica, nel quale si prevede un sistema di contrappesi, volti ad equilibrare i diversi poteri dello Stato.

⁵⁰⁸ Sui tipi di approccio seguiti dalle legislazioni europee in tema di biotecnologie cfr. KELSEN, *Dalla bioetica alla biolegislazione*, in MAZZONI (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, 1998, p. 54 ss.

⁵⁰⁹ Ricavabili dalla Dichiarazione contro la clonazione umana riproduttiva e terapeutica del 2005; dalla Risoluzione del Parlamento europeo contro la clonazione umana riproduttiva e terapeutica del 1997, 1998, 2000 e 2005; dalla Convenzione di Oviedo sulla Biomedica e diritti dell’uomo del 1997. Cfr. *infra* cap. II, par. 2.

⁵¹⁰ Consultabile all’indirizzo <http://www.legislation.gov.uk>. Tale normativa recepi, tra l’altro, quella più risalente, la *Surrogacy Arrangements Act* del 16 luglio 1985, incentrata prevalentemente sulla problematica della maternità surrogata e sugli illeciti ad essa connessi.

⁵¹¹ In <http://www.legislation.gov.uk>.

sicurezza e all'applicazione delle tecniche nel campo dei trattamenti di fecondazione e nel campo della ricerca embriologica.

In altre parole, la normativa inglese, basata sullo *Human Fertilisation and Embriology Act*, è in genere alquanto liberale, in quanto il legislatore ha evitato di porre divieti di carattere generale, preferendo affidare ogni decisione ad un'autorità indipendente, che ha il potere di esaminare le richieste in materia di procreazione medicalmente assistita e di concedere la relativa autorizzazione, tramite l'emanazione di licenze e direttive, che possono essere aggiornate in modo molto rapido sulla base delle scoperte scientifiche ogni volta che ciò si renda necessario⁵¹².

La legislazione del 1990 consente così tutte le tecniche di PMA omologa senza particolari limitazioni: non esiste, infatti, limite al numero massimo di embrioni⁵¹³ producibili per ciclo, né sono previsti obblighi di trasferimento; è, inoltre, senz'altro ammessa, non solo la crioconservazione degli embrioni soprannumerari per il quale il limite temporale massimo di cinque anni può essere prolungato, con il consenso della coppia, fino a dieci anni, ma anche la creazione e la conservazione degli embrioni appositamente per la ricerca (vietata dalle altre legislazioni attualmente vigenti), oltretutto la donazione di embrioni per la gestazione di una donna diversa dalla madre genetica.

Il confronto con il modello inglese consente in particolare di mettere in luce il ruolo fondamentale, per il successo della fecondazione assistita, svolto dal continuo aggiornamento sulla base dell'evoluzione scientifica e dall'autonomia del medico, che deve poter operare tenendo conto delle condizioni di salute della singola paziente⁵¹⁴.

Anche la Spagna è, invece, nonostante la tradizione cattolica che caratterizza quel Paese⁵¹⁵, si caratterizza per un modello di regolamentazione aperta e liberale, che riconosce alla coppia, e soprattutto alla donna, una grande libertà nelle scelte relative alla procreazione, riservando alla legge solo la disciplina delle conseguenze di tali scelte.

Essa è stata peraltro la prima nazione in ordine temporale a dotarsi di una disciplina in materia di PMA con la legge del 23 novembre 1988, n. 3 *Sobre técnicas de reproducción asistida*, caratterizzata dalla liceità di molti comportamenti sanzionati, invece, nella maggior parte degli altri Stati europei. Nel

⁵¹² Rispetto al possibile contenuto delle licenze, la legge si limita ad elencare alcuni divieti ricavabili anche dalle convenzioni internazionali, riguardanti la produzione e l'impianto di embrioni animali in una donna e viceversa, la clonazione umana e la manipolazione del patrimonio genetico degli embrioni già formati, e prevede rigorose regole sul consenso alla produzione ed all'uso degli embrioni *in vitro* che può essere cambiato in ogni momento, purché prima dell'impianto.

⁵¹³ Lo *Human Fertilization and Embriology Act* del 1990 afferma che per embrione si intende «un embrione umano vivente in cui il processo di fecondazione è completato». La legge, applicabile soltanto agli embrioni *ex utero*, specifica inoltre che la fecondazione non è completa fino alla comparsa di uno zigote bicellulare (comma 1.1).

⁵¹⁴ Sul sistema inglese si veda PELLIZZONE, *Divieti del Legislatore e ruolo delle acquisizioni scientifiche nella fecondazione assistita. Cenni all'esperienza del Regno Unito*, in BIN, BRUNELLI, GUAZZAROTTI, PUGIOTTO, VERONESI (a cura di), *Dalla provetta alla Corte*, Torino, 2008 p. 159 ss.

⁵¹⁵ Questa antinomia si spiega probabilmente con il fatto che nell'ordinamento spagnolo vi è stata per un lungo periodo una compressione del costume ad opera della tradizione cattolica, che ha provocato per contrappeso un forte bisogno di liberalizzazione negli anni Ottanta del secolo scorso, quando si è trattato di legiferare in tema di PMA. Cfr. VALENTINI, *Il mosaico della legislazione europea: riferimenti etico-normativi*, in *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, cit., p. 103.

1994 è stata poi istituita la *Sociedad Española de Fertilidad* (SEF) con il compito di gestire il Registro della PMA.

Successivamente, nel 2003, è stata promulgata, a parziale riforma della precedente normativa, la *Ley 45/2003 sobre tecnica de reproducción asistida*, che ha introdotto alcune novità in materia di PMA, fra cui il divieto di fecondare più di tre ovociti per ciascun ciclo di fecondazione *in vitro* e l'esclusione, dall'utilizzo ai fini di ricerca scientifica, degli embrioni soprannumerari prodotti successivamente all'entrata in vigore della riforma (mantenuto tuttavia per quelli prodotti prima della promulgazione della nuova legge).

Infine, il 26 maggio 2006 è entrata in vigore una nuova legge generale, la *Ley 14/2006 sobre tecnica de reproducción humana asistida*, che ha sostituito la normativa 35/1988, come modificata dalla l. n. 45 del 2003⁵¹⁶.

Tale ultima normativa, all'art. 11 comma 3, ha rimosso il limite dei tre ovociti fecondabili per ogni ciclo riproduttivo, mentre è rimasto il limite dei tre embrioni trasferibili in utero per ciascun ciclo di fecondazione *in vitro*⁵¹⁷. Ciò ha reso necessario disciplinare la crioconservazione dei pre-embriani soprannumerari che non siano stati immediatamente trasferiti, i quali possono pertanto essere donati ad altri per fini riproduttivi, di ricerca, o essere successivamente utilizzati da parte della donna o del suo coniuge, nonché distrutti al termine del limite temporale massimo di conservazione, senza che ne sia stabilita la destinazione (art. 11, comma 3).

La legge ha altresì chiarito che si ha pre-embrione fino a quattordici giorni dall'inseminazione, mentre di embrione può parlarsi solo a partire dal quindicesimo giorno dall'inseminazione.

Infine è stata confermata la facoltà di utilizzare gameti ed embrioni ai fini di ricerca scientifica, nel rispetto dei requisiti già presenti nella legge n. 35/1988.

Per quanto concerne invece l'ordinamento tedesco (spesso richiamato per le apparenti analogie con il nostro sistema), esso è il prototipo di un modello di regolamentazione proibizionista, in cui, cioè, lo Stato si riserva di regolamentare la materia della fecondazione assistita, prevedendo pesanti sanzioni penali per l'ipotesi del mancato rispetto delle regole poste.

Il fulcro della regolamentazione tedesca in materia di PMA è nella legge per la tutela dell'embrione ("*Embryonenschutzgesetz*", c.d. "*ESchG*")⁵¹⁸ in vigore dal 1° gennaio 1991 e nelle Direttive della

⁵¹⁶ Sulla nuova normativa del 2006 si veda ISOLANI, *Procreazione medicalmente assistita: Spagna e Italia a confronto*, in *Dalla provetta alla Corte*, cit., p. 127 ss. Per la legislazione anteriore cfr., invece, IACOMETTI, *La procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento spagnolo*, in *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, cit., p. 37 ss.

⁵¹⁷ Ai sensi dell'art. 26 è infrazione grave, sanzionata con la multa da 1001 a 10.000 euro, produrre in un ciclo di trattamento un numero di pre-embriani superiore a quello necessario secondo i criteri clinici per garantire entro limiti ragionevoli l'esito riproduttivo caso per caso, nonché trasferire più di tre embrioni per ciclo.

⁵¹⁸ Pubblicata in *Bundesgesetzblatt, Serie I (BGBl. I)*, 2746. Si tratta di una legge penale complementare. Per la traduzione in italiano cfr. GENTILOMO, PIGA, NIGROTTI, *La procreazione medicalmente assistita nell'Europa dei quindici*, cit., p. 335.

Commissione federale dei medici e delle casse di malattia sui provvedimenti medici in materia di fecondazione artificiale del 14 agosto 1990⁵¹⁹.

Il 16 luglio 2007 è poi stata approvata la legge istitutiva del Consiglio etico tedesco (*Ethikratsgesetz*, c.d. "*EthRG*"), a seguito della quale è stato istituito un organismo autonomo e permanente con l'unico vincolo di svolgere i compiti che gli vengono affidati sulla base della legge *EthRG*, formato da ventisei esperti provenienti da diversi settori scientifici con il compito di occuparsi di questioni morali, sociali, scientifiche, mediche e giuridiche e delle loro conseguenze per la sfera individuale e collettiva.

Tratto caratteristico e dominante della legislazione tedesca, che è indubbiamente una fra le normative più restrittive vigenti in Europa⁵²⁰, è l'assoluto rilievo conferito dal legislatore all'interesse del concepito suscettibile di subire danni dall'applicazione delle tecniche biomediche. L'obiettivo finale di quest'ultima è, infatti, la tutela della vita prenatale, nonché la sua preservazione da possibili degenerazioni delle manipolazioni genetiche.

L'embrione, ai sensi della *ESchG*, riceve così un'intensa protezione e poiché la sua finalità, ove creato con le tecniche di PMA, è esclusivamente quella di consentire la procreazione, sono previste sanzioni⁵²¹ a carico di chi ne provochi lo sviluppo extra-corporeo per un fine diverso da quello di provocare la gravidanza nella donna che ha fornito l'ovulo.

Proprio al fine di tutelare la vita dell'embrione ed evitare che gli embrioni residuati dal trattamento siano suscettibili di congelamento in vista di un ulteriore utilizzo è fatto divieto di fecondare più oociti di quelli che si intendono trasferire in un unico ciclo (§ 1, comma 1, n. 5) ed è fissato a tre il numero massimo di embrioni trasferibili per ciascun ciclo (§ 1, comma 1, n. 3).

Occorre tuttavia precisare che il § 8 dell'*ESchG* consente di fatto, sia pur entro certi limiti, la crioconservazione; quest'ultima disposizione, infatti, fornisce una definizione di embrione⁵²², quale ovocita umano fecondato e vitale dal momento della cariogamia (fusione dei due nuclei) che, escludendo dal novero degli embrioni l'ovulo fecondato allo stato dello zigote (due pronuclei), rende ammissibile la

⁵¹⁹ Le direttive sono finalizzate a definire i limiti di copertura finanziaria delle spese sanitarie per gli assicurati.

⁵²⁰ Le molteplici ipotesi di reato sono tutte punite, anche le più gravi, alternativamente con pena detentiva o con pena pecuniaria. Pertanto la pena minima è pari al minimo generale previsto nel codice penale tedesco per la pena pecuniaria, ossia cinque tassi giornalieri da determinarsi in ragione delle condizioni economiche del soggetto, fra 1 euro e 5.000 euro. Quanto ai massimi di pena detentiva la legge tedesca si spinge da un minimo di un mese ad un massimo di cinque anni di pena detentiva. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, cit., p. 127 s.

⁵²¹ È punito con la reclusione fino a tre anni o multa chi fa un uso illecito delle tecniche di procreazione assistita (art. 1), chi cede, vende, acquista o usa a fini diversi da quello della sua sopravvivenza un embrione umano o che a fini diversi da quelli della procreazione permette che un embrione umano sia creato al di fuori del corpo della donna (art. 2).

⁵²² In Germania, la legge sulla tutela degli embrioni (1990) definisce l'embrione come l'ovocita umano fecondato e vitale fin dal momento della cariogamia, e inoltre ogni cellula totipotente che, in presenza delle condizioni necessarie, sia in grado di dividersi e di svilupparsi per dare origine a un individuo» (§ 8 comma 1). L'ovocita umano fecondato è considerato vitale nelle ventiquattro ore successive alla fusione dei nuclei (cariogamia), a meno che prima della scadenza di tale lasso di tempo non venga appurato che esso non è in grado di svilupparsi oltre la fase monocellulare (§8 comma 2). Cfr. *infra* cap. I, par. 4.2.

crioconservazione degli embrioni allo stadio di zigoti, ipotesi rispetto alle quali restano dunque inapplicabili le disposizioni restrittive richiamate⁵²³.

In altre parole, è consentita la crioconservazione dei prodotti del concepimento, ma solo nella primissima fase del loro sviluppo, ossia quando gli stessi si trovano allo stadio di zigote.

Nonostante la somiglianza da molti invocata fra la legge italiana e la legge tedesca (per il divieto di trasferire più di tre embrioni per ciclo e per il divieto di fecondare più oociti di quanti si intendono trasferire nel corso del singolo ciclo di trattamento) quest'ultima, adottando una definizione di embrione ben più restrittiva di quella che si è affermata nella prassi italiana (che l'ha riferito anche all'oocita attivato), sembra conferirgli «una tutela meno oltranzista di quella predisposta dalla legge italiana»⁵²⁴.

All'interno dei sistemi di regolamentazione c.d. "chiusa" si colloca, oltre alla Germania, anche la Francia.

La legislazione in materia di PMA si caratterizza per un marcato controllo sociale sulle scelte dei singoli a tutela di interessi superiori quali gli interessi collettivi, l'unità e la centralità della famiglia e la tutela del corpo umano inteso come bene disponibile. Nonostante il sistema francese possieda una disciplina che fissa regole e misure di sicurezza ben precise è prevista, tuttavia, la possibilità di ottenere delle autorizzazioni per andare al di là dei limiti posti in via generale (c.d. "regolamentazione parziale flessibile").

La legge che regola la PMA in Francia è attualmente la *Loi n. 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, che apporta una serie di modifiche a normative precedenti (le leggi nn. 94-653⁵²⁵ e 94-654⁵²⁶, dette "*Lois bioéthiques*"⁵²⁷, entrambe datate 29 luglio 1994), nonché il Codice della sanità pubblica. Con la promulgazione nel 2004 della nuova legge di bioetica è stato inoltre istituito un organismo statale, *Agence de la biomédecine*, a cui la normativa affida funzioni di valutazione e controllo in ambito di procreazione, embriologia e genetica umana.

Particolare attenzione è dedicata da tale normativa all'embrione ed alla sua tutela giuridica, soprattutto per quanto riguarda la ricerca e la sperimentazione sugli embrioni soprannumerari. E', infatti, espressamente fatto divieto di utilizzare embrioni umani per uso commerciale o industriale, nonché il concepimento *in vitro* con lo scopo di studio, ricerca e sperimentazione di questi.

È invece consentita la crioconservazione degli embrioni: i pazienti possono, infatti, dare il proprio consenso affinché gli embrioni, prodotti in soprannumero rispetto alle necessità del primo tentativo di fecondazione, vengano congelati per essere poi utilizzati in caso di fallimento. Tuttavia, prima di

⁵²³ Il divieto di fecondare più oociti di quanti si intendano trasferire in unico ciclo e il divieto di trasferire più di tre embrioni per ciascun ciclo lasciano aperta la possibilità di fertilizzare più di tre oociti, purché con la crioconservazione si arresti lo sviluppo degli ootidi in eccesso (oltre i tre e comunque oltre quelli che si intendono trasferire subito) in uno stadio anteriore all'anfimissi. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, cit., p. 49.

⁵²⁴ DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, cit., p. 49

⁵²⁵ *Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain*.

⁵²⁶ *Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*.

⁵²⁷ Entrambe pubblicate sul *Journal Officiel de la République Française* del 30 luglio 1994, p. 11056 ss. e approvate dopo due anni dall'inizio dell'*iter* parlamentare dell'Assemblea Nazionale. Tali leggi hanno introdotto una serie di modifiche a varie disposizioni di legge civili e penali, oltre al Codice della sanità pubblica.

produrre di nuovi, i successivi tentativi vanno condotti fino ad esaurimento di tutti gli embrioni crioconservati, a meno che essi si siano nel frattempo danneggiati.

A conclusione di questa breve rassegna comparatistica emerge come la scelta originaria del legislatore italiano, relativamente al divieto di produrre più di tre embrioni, non abbia uguali nel panorama legislativo europeo⁵²⁸.

Tuttavia occorre una precisazione doverosa: se in alcuni casi anche in altri Paesi il potere legislativo o esecutivo ha fissato un limite numerico massimo (al massimo tre) per il trasferimento di embrioni, quest'ultimo è riferito a situazioni normali e anzi appare addirittura doveroso in alcune situazioni avuto riguardo all'età e alla salute della donna. Ciò che invece appare irragionevole e tipico della sola realtà italiana prima dell'intervento riformatore del 2009 è l'aver prefissato in via generale e astratta un protocollo terapeutico unico applicabile obbligatoriamente in ogni situazione, anche eccezionale, e anche a discapito della salute della donna, tradendo in tal modo le stesse finalità della legge, ossia la realizzazione di concrete aspettative di gravidanza, avendo come finalità ultima quella di evitare la crioconservazione e la soppressione di embrioni.

⁵²⁸ Su questa parte si veda DOLCINI, *Responsabilità del medico e reati in materia di procreazione assistita. Ambiguità e rigori della legge n. 40 del 2004*, cit., p. 36 ss.

CAPITOLO IV

L'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE E LEGISLATIVA
IN TEMA DI DIAGNOSI GENETICA PREIMPIANTO

SOMMARIO: 1. Argomenti a favore e contro la praticabilità della PGD. - 2. La disciplina contenuta nella legge n. 40 del 2004 e nelle Linee guida. - 3. Le diverse pronunce della giurisprudenza nazionale in tema di PGD. - 3.1. L'ordinanza del Tribunale di Catania del 3 maggio 2004. - 3.2. La pronuncia del Tribunale di Cagliari. - 3.2.1. L'ordinanza del giudice cagliaritano del 16 luglio 2005. - 3.2.2. L'ordinanza della Corte costituzionale del 25 ottobre 2006. - 3.2.3. La sentenza del Tribunale di Cagliari del 24 settembre 2007. - 3.3. L'ordinanza del Tribunale di Firenze del 19 dicembre 2007. - 3.4. La sentenza del TAR del Lazio del 21 gennaio 2008 e le nuove Linee guida. - 3.5. L'intervento della Corte costituzionale dell'8 maggio 2009 n. 151. - 3.6. Le ordinanze dei Tribunali di Bologna e Salerno del 2009 e 2010. - 4. La giurisprudenza di Strasburgo: il caso *Costa et Pavan c. Italia*. - 5. I riflessi della giurisprudenza sovranazionale nell'ordinamento italiano: l'ordinanza del 9 novembre 2012 del Tribunale di Cagliari e quella del 23 settembre 2013 del Tribunale di Roma. - 6. Uno sguardo alla disciplina dei principali Paesi europei.

1. Argomenti a favore e contro la praticabilità della PGD.

Come si è già visto nell'introduzione, la PGD è quella procedura che, attraverso il prelievo e il successivo studio di una o due cellule di embrione prelevate generalmente da una morula (un pre-embrione a otto o sedici cellule, giunte al terzo giorno di sviluppo) o, due giorni più tardi, da una blastocisti prima del suo trasferimento nel corpo della donna, consente di accertare lo stato di salute dell'embrione, valutando la sussistenza di anomalie cromosomiche o genetiche, eventualmente presenti in esso⁵²⁹.

In altre parole, la PGD è una metodica diagnostica, accessoria alla PMA, che anticipa alla fase pre-impianto l'accertamento di eventuali patologie che sono comunemente diagnosticabili nel corso della gravidanza con le tecniche di diagnosi prenatale (attuata sul feto attraverso il corpo della madre, durante la gestazione, con le tecniche di amniocentesi o villocentesi e sulla cui utilità non esiste dubbio per quanto concerne l'individuazione delle malattie ereditarie)⁵³⁰.

⁵²⁹ Tale pratica si esegue, infatti, su cellule prelevate da un embrione *in vitro* prima del suo trasferimento e impianto nel corpo materno, al fine di individuare anomalie o aneuploidie cromosomiche potenzialmente in grado di ostacolare la gestazione e/o a produrre gravi patologie nel nato. La sua applicazione più importante consiste nel diagnosticare una malattia ereditaria, trasmessa da uno dei genitori o da entrambi: nel primo caso si tratta di mutazioni dominanti, che vengono trasmesse alla metà dei figli; nel secondo caso si tratta di mutazioni recessive, che sono trasmesse a un quarto dei figli solo se presenti in entrambi i genitori (definiti portatori sani).

Si veda VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, 2007, p. 165 ss., nonché FLAMIGNI, *Indagini genetiche pre-impiantatorie*, consultabile all'indirizzo <http://www.carloflamigni.com>, 2007.

⁵³⁰ Permangono dubbi, invece, per quanto riguarda la diagnosi delle aneuploidie, le anomalie dei cromosomi, e in particolare di quelle che sono particolarmente frequenti nei figli di madri non più giovani (l'esempio più emblematico è la sindrome di Down). In questi casi è, infatti, possibile che l'analisi scopra anomalie destinate a

La PGD è dunque un'alternativa alla invasiva e rischiosa indagine prenatale, mentre la successiva - eventuale - selezione è intesa a prevenire gestazioni destinate probabilmente a risolversi in aborti spontanei o ad arrestarsi mediante l'interruzione volontaria di gravidanza, sussistendo i presupposti stabiliti dagli artt. 4 e 5 della l. n. 194/1978, ossia quando le anomalie o malformazioni del concepito espongano la donna ad un «serio pericolo»⁵³¹ per la sua salute fisica o psichica», se così ovviamente è orientata la volontà della futura madre.

Si tratta di una materia complessa, che costituisce da sempre uno degli aspetti più controversi all'interno della legge n. 40/2004 e che ha creato notevoli contrasti sia nel mondo accademico, sia in giurisprudenza, nonché tra i non addetti ai lavori, trattandosi di un tema bioetico dove la posizione di ciascuno dipende da considerazioni di ordine morale prima ancora che di ordine medico e giuridico.

A ciò deve aggiungersi che la PGD, forse più di ogni altro aspetto della PMA, è caratterizzata dall'esistenza di elementi normativi di non facile definizione, dovuti sia all'alto livello di tecnicismo della materia, per la cui interpretazione occorre l'ausilio della scienza, sia alle numerose imprecisioni normative contenute nella legge n. 40/2004. Le numerose ambiguità e contraddizioni presenti nel testo della legge, conseguenza del dibattito politico acceso da cui è nata, hanno, infatti, reso possibile una varietà di interpretazioni da parte della dottrina e della giurisprudenza e creato diverse difficoltà fra gli operatori del settore nella sua applicazione.

Le critiche alle indagini pre-impiantatorie sono principalmente le seguenti.

Ammettere la PGD, a cui inevitabilmente si accompagna la produzione soprannumeraria, la soppressione e la crioconservazione di embrioni⁵³², significherebbe, secondo i critici della legge n. 40/2004, stravolgere tutto il dato normativo contenuto nell'art. 1, nonché l'intero impianto della legge che ne consegue e, *in primis*, il suo assunto di partenza, ossia che il concepito è e va considerato come soggetto titolare di diritti, meritevole di tutela come tutti gli altri soggetti coinvolti sulla scorta del principio della tutela della vita umana fin dal suo inizio, in chiaro contrasto con la volontà del legislatore.

Essa, secondo alcuni⁵³³, sarebbe inoltre rischiosa, perché invasiva nei confronti dell'embrione e tale da comprometterne la salute e le possibilità di sviluppo, richiedendo necessariamente il prelievo di alcune sue cellule. L'utilizzo di tale tecnica porterebbe, infatti, alla distruzione di molti embrioni, non solo per il

scompare spontaneamente e molti ricercatori non hanno riscontrato alcun vantaggio dall'applicazione di queste ultime, né per quanto concerne l'aumento di gravidanze, né per quanto riguarda la percentuale di aborti spontanei e di bambini malati. Cfr. in questo senso FLAMIGNI, *Indagini genetiche pre-impiantatorie*, cit.

⁵³¹ La misura del serio pericolo è però soggettiva. Cfr. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, in *Il governo del corpo*, 2, cit., p. 1662 ss.

⁵³² Per queste critiche si veda CASINI, *L'opposizione globale alla legge n. 40 e le lacune della sentenza cagliaritana: i diritti del concepito e le modalità esecutive della diagnosi genetica preimpianto*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2008, p. 290 s. Il prelievo bioptico di una o due delle poche cellule che compongono l'embrione comporterebbe, secondo l'Autore, danni con effetti negativi sullo sviluppo di quest'ultimo, consistenti nell'induzione di una condizione patologica, dall'aggravamento di una affezione pre-esistente o dalla morte dell'embrione medesimo, essendo la procedura in esame necessariamente invasiva.

⁵³³ Si veda per tutti CASINI, CASINI, *Un significativo consolidamento della legge n. 40 del 2004*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3840 s.

carattere invasivo proprio di tale tecnica⁵³⁴, ma anche per la maggior fragilità degli embrioni sottoposti a biopsia⁵³⁵ rispetto a quelli che non lo sono nella fase successiva al trasferimento in utero.

In sostanza si obietta che tale tecnica, di per sé fortemente invasiva, anche se non determina la morte immediata dell'embrione, produce tuttavia un indebolimento di quest'ultimo, tale da renderne più difficile l'impianto o, comunque, la conclusione positiva della gravidanza. In seguito all'esecuzione della PGD risulta, infatti, più alta la percentuale di mancati impianti e di aborti spontanei.

A ciò va aggiunto che, qualora l'indagine riguardi talune particolari malattie, il risultato delle analisi sulle cellule prelevate mediante biopsia richiede un tempo abbastanza lungo al fine di conoscerne l'esito, cosicché è necessario sottoporre a crioconservazione gli embrioni sottoposti a biopsia⁵³⁶, affrontando i rischi del congelamento e dello scongelamento, aggravati, come si è detto, dalla fragilità maggiore dell'embrione biopsiato a causa della perforazione della pellucida e della privazione di una percentuale significativa del suo organismo⁵³⁷.

A quanti temono che da questa tecnica, volta a diagnosticare una patologia solo eventuale, possa derivare una effettiva per l'embrione, va, però, ricordato che i rischi per la salute della madre e dell'embrione sono stati ridimensionati da una recente letteratura medica⁵³⁸. Alcune ricerche degli ultimi anni dimostrano, infatti, come il prelievo e l'analisi di uno qualsiasi degli otto blastomeri, effettuato per la PGD, non presenti in realtà rischi per l'integrità dello stesso, ovviamente sempre che tale intervento venga eseguito correttamente ed in una fase in cui le cellule non siano ancora compattate e quindi possano essere agevolmente prelevate⁵³⁹.

Un'altra obiezione che viene avanzata nei confronti della PGD riguarda poi il fatto che i risultati di quest'ultima sono scarsamente affidabili, in quanto gravati da una consistente possibilità di errore diagnostico⁵⁴⁰, sia negativo che positivo. Prova di ciò sarebbe il fatto che viene comunque sempre programmata l'amniocentesi anche quando la PGD ha escluso anomalie genetiche.

⁵³⁴ L'operazione di perforazione dell'embrione e di successivo prelievo non è semplicissima e comporta di per sé il rischio che l'embrione, sano o malato che sia, non risulti immediatamente utilizzabile.

⁵³⁵ La massiccia iperstimolazione a cui viene sottoposta la donna al fine di poter scegliere fra più embrioni quelli sani darebbe però origine a un gran numero di embrioni affetti da malattie genetiche. A ciò si aggiunga che gli embrioni biopsati risultano essere di per sé più fragili. Questi due elementi fanno sì che a parità di trasferimenti la percentuale di gravidanze e di parti sia assai più bassa riguardo agli embrioni sottoposti a PGD rispetto a quelli non sottoposti.

⁵³⁶ MAGLI, GIANAROLI, FORTINI e altri., *Impact of Blastomere Biopsy and Criopreservation technique on Human Embryo viability*, in *Human Reprod.*, 1999, 14, p. 770.

⁵³⁷ Gli embrioni biopsati presentano una sopravvivenza alla crioconservazione due volte più bassa, in confronto agli embrioni intatti, come risultato del trauma della biopsia. Cfr. JORIS, VAN DEN ABBEEL, DE VOS, VAN STEIRTEGHEM, *Reduced survival after human embryo biopsy and subsequens cryoconservation*, in *Human Reprod.*, 1999, 14, p. 2833.

⁵³⁸ FORABOSCO, *Le diagnosi prenatali e preimpianto*, in A.A.V.V., *Il governo del corpo*, cit., tomo II, p. 1461.

⁵³⁹ Le malformazioni constatabili alla nascita sono infatti risultate comparabili con quelle dei neonati sviluppatasi da embrioni non biopsati. Cfr. DI CAPUA, *Il divieto di diagnosi pre-impianto nel procedimento di fecondazione assistita al vaglio critico di un'innovativa giurisprudenza (Nota ad Ordinanza Tribunale di Firenze 17 dicembre 2007)*, in *Bioetica*, 2008, p. 313.

⁵⁴⁰ La possibilità di errore diagnostico è talmente sicura che tutti gli Autori consigliano che la PGD sia confermata mediante diagnosi prenatale. Tale consiglio è ribadito anche dalla *European Society of Human Reproduction and Embriology*. Se la diagnosi prenatale può porre riparo mediante IVG all'errore negativo della

A ciò va aggiunto, inoltre, sempre secondo i sostenitori della legge n. 40/2004, che, nel caso in cui l'errore sia positivo, vengono eliminati concepiti privi di anomalie, ritenuti invece erroneamente affetti da esse⁵⁴¹. Infine, per poter operare un necessario progetto di selezione, vengono necessariamente generati un gran numero di embrioni, molti dei quali destinati ad essere soppressi in quanto malati⁵⁴².

A tali critiche si obietta, però, in primo luogo che tale inaffidabilità è in realtà limitata alla diagnosi di alcune particolari patologie e, in secondo luogo, che essa connota in buona misura anche le pratiche di diagnosi prenatale precoce⁵⁴³, le quali presentano notoriamente problematici margini di errore e rilevanti profili di pericolosità per il feto e, oltretutto, per la donna.

In ogni caso, come ricordato dalla Corte costituzionale nella stessa sentenza n. 151 del 2009, se davvero si vuole garantire il diritto alla salute, le valutazioni sui costi-benefici inerenti a specifici trattamenti medici non possono essere compiute a priori dalla legge, ma devono essere rimesse alla mutevole dialettica della scienza medica.

La critica maggiore rivolta alla PGD rimane, tuttavia, quella secondo cui essa costituirebbe una pratica di selezione eugenetica⁵⁴⁴, vietata ai sensi art. 13, comma 3 della legge n. 40/2004: discriminare tra esseri umani sani e malati al fine di eliminare quelli appartenenti alla seconda categoria è, secondo i detrattori della diagnosi preimpianto, una chiara forma di eugenismo che cela una finalità di embrioselezione negativa.

A tale questione si affianca, inoltre, il problema degli embrioni soprannumerari, in quanto, considerato che la percentuale di trasmettere la malattia al nascituro è elevata, la prassi medica suggerisce

PGD, nessun rimedio è, invece, possibile per l'errore positivo, perché gli embrioni sani erroneamente giudicati malati sono stati eliminati.

⁵⁴¹ La possibilità di errore diagnostico è talmente sicuro che viene consigliato di far seguire la PGD dalla diagnosi prenatale al fine di confermare i risultati ottenuti dalla prima. L'errore è valutato sull'ordine del 10%. Secondo una comunicazione presentata al congresso dall'*American Society for Reproductive medicine and the Canadian Fertility and Andrology Society* tenutosi a Monterey nell'ottobre del 2005 si è dimostrato che una grande quota di embrioni scartati dopo biopsia, se lasciati vivere, si autocorreggono, potenziando la crescita di cellule geneticamente normali che vanno a sostituire quelle anormali.

⁵⁴² Lo scopo selettivo della PGD sarebbe evidente, in quanto tale pratica richiede che il medico debba avere a propria disposizione in un unico ciclo un numero molto alto (secondo l'esperienza almeno nove) di embrioni tale da poter garantire che, eliminati quelli geneticamente alterati, ne resti un numero ottimale per il trasferimento in utero, ossia due o tre. Se nessun embrione come capita risulta affetto da anomalie è però impossibile procedere al trasferimento di tutti e nove gli embrioni, motivo per il quale alcuni di essi (c.d. "embrioni soprannumerari sani") devono necessariamente essere congelati con tutti i rischi che il congelamento e soprattutto lo scongelamento comporta per il concepito.

⁵⁴³ VALLINI, *La diagnosi e selezione preimpianto: da illecito penale a questione deontologica. Eterogenesi dei fini di un legislatore irragionevole*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 1413.

⁵⁴⁴ Il termine "eugenetica", coniato dallo scienziato inglese Sir Francis Galton, vissuto dal 1822 al 1911, era legato al miglioramento della razza umana, in un'accezione completamente estranea a quella che pretenderebbe di farvi rientrare la richiesta di una coppia di aspiranti genitori di verificare se gli embrioni ottenuti siano affetti da anomalie genetiche gravi. Secondo l'A. l'eugenetica sarebbe «*the science of improving stock, which is by no means confined to questions of judicious mating, but which, especially in the case of man, takes cognisance of all influences that tend in however remote a degree to give to the moresuitable races or strains of blood a better chance of prevailing speedily over the less suitable than they otherwise would have had*». Cfr. GALTON, *Inquires into human faculty and its development*, London, New York, Dent & Co., Dutton & Co., 1907, p. 17.

Una definizione scientifica di "eugenetica" la intende, invece, come «ramo della genetica che si propone il miglioramento della composizione genica, ottenuto favorendo gli accoppiamenti fra individui portatori di caratteri favorevoli (eugenetica positiva) e scoraggiando invece quelli tra soggetti portatori di caratteri sfavorevoli (eugenetica negativa).

di produrre un numero di embrioni superiore a quello altrimenti sufficiente per il buon esito di una PMA, dovendo seriamente mettersi in conto che alcuni di essi dovranno essere scartati.

Essa pone così a sua volta problematiche etiche legate al destino degli embrioni malati, come la loro soppressione, crioconservazione e embriostinzione.

Infine, consentire la PGD aumenterebbe la tentazione di sperimentare una clonazione impropria mediante le cellule prelevate con la biopsia, che in quanto totipotenti, potrebbero essere messe in coltura a svilupparsi autonomamente.

Dottrina e giurisprudenza sono però divise sul punto⁵⁴⁵.

Secondo un primo orientamento⁵⁴⁶ il termine eugenetica comprenderebbe tutte le tipologie di intervento finalizzate alla selezione degli embrioni, che vanno dalle pratiche che perseguono l'obiettivo di evitare il trasferimento degli stessi qualora siano affetti da patologie genetiche a quelle che si propongono di compiere vere e proprie selezioni motivate da velleità dei genitori.

Il secondo orientamento⁵⁴⁷, che a parere di chi scrive, è da preferire, è quello che opera una distinzione netta all'interno degli interventi atti a portare una selezione degli embrioni. Da un lato vi sono le vere e proprie pratiche eugenetiche, originate da motivazioni politiche e ideologiche di supremazia, diffuse nella Germania nazista e oggi eticamente e giuridicamente condannate dalle legislazioni dei Paesi continentali e dalle Convenzioni europee⁵⁴⁸, nonché dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE (Carta di Nizza)⁵⁴⁹, in quanto finalizzate a selezioni migliorative degli embrioni in assenza di uno stato patologico degli stessi (il che su vasta scala si può tradurre nel miglioramento delle generazioni future) e come tali penalmente rilevanti ai sensi dell'art. 13 della legge n. 40/2004. Dall'altro lato vi sono, invece, gli

⁵⁴⁵ Per una ricostruzione dei diversi orientamenti sul tema cfr. *amplius* CASSANI, *La diagnosi genetica preimpianto e la sua rilevanza penale*, cit., p. 115 ss.

⁵⁴⁶ Sul carattere eugenetico della PGD nella dottrina penalistica si veda EUSEBI, *La vita individuale precoce*, cit., p. 365. Ritengono, basandosi sulle Linee guida, che la PGD abbia finalità eugenetiche RESTA, *Dalla madre al genoma. Diritto, natura e tecnica della procreazione. Riflessioni sulla legge n. 40/2004*, in MANNA (a cura di), *Reati contro la persona*, Torino, 2007, p. 339; DELLA BELLA, *Procreazione medicalmente assistita: prime note sulla legge della discordia*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 1248.

⁵⁴⁷ DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, cit., p. 1567; DOGLIOTTI, *Procreazione assistita: le Linee guida 2008*, cit., p. 751; STANZIONE, SCIANCALEPORE, *Tutela della vita e fecondazione assistita: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Corr. mer.*, 2004, p. 1530 ss.

⁵⁴⁸ La Convenzione di Oviedo all'art. 12 prevede che l'esecuzione di test genetici debba essere giustificata esclusivamente da un fine medico o legato alla ricerca scientifica e all'art. 14 specifica che non è ammesso l'utilizzo delle tecniche di procreazione assistita per la scelta del nascituro «... salvo che al fine di evitare una malattia grave ereditaria legata al sesso». Il par. 83 del Rapporto esplicativo della Convenzione precisa poi che «l'articolo 12, di per sé, non prevede alcun limite al diritto di eseguire test diagnostici su un embrione per stabilire se è portatore di caratteri ereditari che comporteranno una malattia grave per il bambino che dovrà nascere».

Anche dai principi derivanti dalle fonti sovranazionali si evince pertanto come la PGD non possa essere considerata una pratica eugenetica in senso stretto.

⁵⁴⁹ L'art. 3, sotto la rubrica «Diritto all'integrità della persona», fa espresso riferimento al «divieto di pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone». Si occupa indirettamente di PGD e, in particolare di quella fase di essa che consiste nel trasferimento in utero degli embrioni che sono stati sottoposti a diagnosi, anche la direttiva 2004/23/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'unione Europea del 31 marzo 2004, che stabilisce uno *standard* minimo di qualità e sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani, prevedendo così l'armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia.

interventi di PGD che consentono non di migliorare la razza, bensì di selezionare, fra gli embrioni ottenuti, quelli “sani”, ossia non affetti da anomalie genetiche gravi.

Questa concezione di eugenetica è, peraltro, avvalorata dalla stessa legge n. 194/1978 che, permettendo di procedere a gravidanza iniziata all’aborto in presenza di stati patologici del feto, non prevede un aborto eugenetico, bensì la possibilità di operare un bilanciamento tra la vita dell’embrione, da un lato, e la vita o la salute della donna, fisica o psichica, dall’altro.

Intesa in questi termini la selezione, lungi dall’appagare un “interesse soggettivo” della coppia ad avere un figlio in possesso di specifiche caratteristiche somatiche, certamente estraneo alla legge n. 194/1978, avrebbe il compito di salvaguardare il benessere della donna⁵⁵⁰, consentendole di esercitare una maternità consapevole o, ancora, di accertare le eventuali patologie che affliggono l’embrione così da potergli apprestare, in alcune ipotesi, le necessarie cure.

È evidente, inoltre, che la volontà di raccogliere informazioni sul nascituro attraverso le diverse tecniche di diagnostica prenatale disponibili va tenuta distinta dalla decisione che a seguito di dette informative la madre andrà ad intraprendere o a non intraprendere.

A ciò si aggiunga che, come è stato osservato da alcuni⁵⁵¹, nell’interpretare la citata disposizione della Carta di Nizza, la diagnosi preimpianto, al pari delle altre tecniche diagnostiche, non rientrerebbe nell’ambito delle pratiche a scopo eugenetico, in quanto il divieto dell’eugenetica deve essere riferito alle politiche sanitarie coattive o discriminatorie, che comportino, ad esempio, campagne di sterilizzazione, gravidanze forzate, ecc.⁵⁵².

Anche ammettendo che tale strumento diagnostico possa celare finalità eugenetiche, molti autori⁵⁵³ osservano, tuttavia, che il legislatore avrebbe potuto facilmente allontanare il fantasma dell’eugenetica, redigendo un elenco di malattie gravi giustificanti l’indagine genetica preimpianto, o, ancora meglio, inserendo una clausola generale che facesse riferimento a malattie di particolare gravità sul modello del codice di sanità francese⁵⁵⁴.

In conclusione, va rifiutata la diffusa critica che indica nel ricorso a questa tecnica diagnostica una sorta di “pendio scivoloso” con un esito obbligato consistente nella selezione su basi eugenetiche dei

⁵⁵⁰ Per questo aspetto si veda CHIEFFI, *La diagnosi genetica nelle pratiche di fecondazione assistita: alla ricerca del giusto punto di equilibrio tra le ragioni all’impianto dell’embrione e quelle della donna ad avviare una maternità cosciente e responsabile*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 4729.

⁵⁵¹ SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza e nuove tecnologie*, Padova, 2011, p. 188 ss.

⁵⁵² Questa lettura trova peraltro conferma nella definizione di eugenetica data dall’Organizzazione Mondiale della Sanità, secondo cui «*a coercive policy intended to further a reproductive goal against the rights, freedom and choices of the individual. For purpose of the definition, coercive includes law, regulations, positive or negative incentives (including lack of accessibility to affordable medical services) based, goal-oriented individual or family choices to have healthy baby do not constitute eugenics*». *Review of Ethical Issues*, in *Medical Genetics*, WHO, Geneve, 2003, in <http://www.who>.

⁵⁵³ In questo senso si veda ad esempio D’AVACK, *Il Tribunale di Cagliari dichiara la legittimità dell’indagine preimpianto nella PMA, privilegiando il diritto della madre alla piena informativa sull’atto sanitario*, in *Dir. di famiglia e delle persone*, 2008, p. 281; LA MONICA, *Esclusa la diagnosi preimpianto se si persegue una finalità eugenetica*, in *Guida al diritto – Il Sole 24 Ore*, 2004, 40, p. 28 ss.

⁵⁵⁴ Il quale esclude ogni indagine genetica di convenienza e subordina l’esecuzione della stessa a indicazione, certificata da medico operante in centro diagnostico accreditato, della consistente probabilità di generare un bambino affetto da anomalie genetiche di particolare gravità.

nascituri, in quanto la PGD può essere praticata anche per scopi del tutto ragionevoli e comunque una sua applicazione distorta è facilmente controllabile e punibile⁵⁵⁵.

A favore dell'ammissibilità della PGD gioca anche il fatto che da anni è consentita la diagnosi prenatale (mediante villocentesi o amniocentesi), che fornisce informazioni sulla presenza o meno di mutazioni del feto e, sussistendone i presupposti richiesti dalla legge n. 194/1978, è consentito alla donna che ne faccia richiesta praticare l'aborto. L'interruzione di gravidanza, quando il feto risulta affetto da anomalie è, infatti, ammessa per il pericolo alla salute fisica e psichica che la gestazione e la nascita di un bambino ammalato procurerebbe alla donna; pericolo che, come si è detto, deve essere "serio" entro i primi novanta giorni (art. 4, l. n. 194/1978) e "grave" dopo tale periodo (art. 6).

È evidente pertanto che, da un lato, sarebbe assolutamente illogico e irrazionale impedire la diagnosi e la selezione preimpianto per poi consentirle dopo l'impianto mediante l'aborto e, dall'altro lato, sarebbe indubbiamente meno lesivo per la salute della futura madre impedire l'impianto, piuttosto che obbligarla ad esso per poi accordarle la facoltà della scelta interruttiva della gravidanza già decisa al momento dell'esito della PGD⁵⁵⁶. In altre parole, «la diagnosi preimpianto non può essere soggetta a restrizioni maggiori di quella prenatale, risultandone altrimenti compromessa la razionalità del sistema sia sotto il profilo della (minor) tutela della salute della donna (in attesa di impianto rispetto a quella già incinta), sia sotto quello della (maggior) tutela dell'embrione rispetto al feto, in più avanzato stadio di sviluppo»⁵⁵⁷.

La PGD, come ogni altro strumento diagnostico, ha poi, come detto, finalità conoscitiva, di per sé neutra rispetto ai futuri utilizzi delle informazioni che offrono; in altre parole, essa è uno strumento di conoscenza, non di selezione, allo stesso modo della diagnosi prenatale che informa sulle condizioni di salute dell'embrione o del feto, rendendo possibile una scelta di maternità consapevole.

All'argomento che ritiene il divieto di PGD irragionevole in quanto nel corso della gravidanza è comunque sempre permessa la diagnosi prenatale e, successivamente, l'aborto, i detrattori della PGD replicano che esso è infondato, in quanto non coglie la fondamentale differenza tra PGD e diagnosi prenatale anche se effettuata mediante amniocentesi. Mentre, infatti, quest'ultima può preludere all'eliminazione di un embrione ritenuto affetto da anomalie quando ricorrano le condizioni previste dalla l. n. 194/1978, la prima implica necessariamente di per sé la morte di numerosi embrioni, alcuni dei quali privi di anomalie⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵ Cfr. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 98.

⁵⁵⁶ BALLARANI, *Procreazione medicalmente assistita e diagnosi preimpianto: una sentenza contraria alla ragione della legge, ma conforme alla legge della ragione?*, in *Giust. civ.*, 2008, p. 239.

⁵⁵⁷ FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, cit., p. 72.

⁵⁵⁸ Secondo CASINI, CASINI, *Un significativo consolidamento della legge n. 40 del 2004*, cit., p. 3842 «è possibile ricorrere all'amniocentesi sia per rassicurare e orientare verso la prosecuzione della gravidanza una donna spaventata per il terrore di anomalie del figlio e, quindi, orientata all'aborto, sia perché le moderne tecniche terapeutiche consentono interventi di guarigione in utero ovvero in tempi brevi successivi al parto se la patologia è stata scoperta prima della nascita. In ogni caso l'aborto può avvenire solo per un ulteriore atto di volizione della donna nei limiti procedurali e sostanziali stabiliti dalla l. n. 194/78». Tali Autori sottolineano, inoltre, che «la distruzione riguarda il solo embrione su cui è stata accertata l'anomalia, mentre nel caso della PGD nessun tentativo terapeutico è possibile; non viene eliminato un solo embrione ma molti, non per un successivo atto di volizione, ma direttamente per la natura stessa e la finalità della tecnica; si aggiunge che vengono posti in rischio grave di morte

Inoltre coloro che approvano le scelte compiute dal legislatore del 2004 affermano che la previsione di anomalie o malformazioni del nascituro non giustifica da sola l'interruzione volontaria di gravidanza in quanto, come più volte affermato dalla Cassazione, non esiste un preteso diritto a nascere sano⁵⁵⁹; ciò che rileva è solo la salute della madre che potrebbe essere compromessa dalla malformazione del figlio. L'accertamento di quest'ultima tramite l'amniocentesi o la villocentesi non comporta, infatti, automaticamente la distruzione del concepito, sia perché il tipo e la gravità della malformazione possono essere diversamente valutati, sia perché i genitori possono comunque decidere di continuare la gestazione, volendo solo essere preventivamente preparati psicologicamente a tale evento. La diagnosi prenatale è dunque, a giudizio di tali interpreti, funzionale al diritto di informazione della donna, non all'interruzione volontaria di gravidanza, viceversa lo scopo della PGD è esclusivamente quello di selezionare gli embrioni, eliminando quelli affetti da patologie.

Tuttavia a ciò si replica che, esclusa la possibilità di impiantare coattivamente un embrione non voluto nella donna e l'applicabilità di sanzioni a carico del medico che non procedesse all'impianto, mantenendo in coltura o crioconservando l'embrione destinato ad estinguersi, non si comprendono le ragioni di un divieto di procedere alla PGD, in quanto attraverso l'impiego di quest'ultima tecnica medica, certamente più avanzata di quella osservazionale, potrebbe essere evidenziata nell'embrione una patologia altrettanto grave di quella che sarebbe evidenziata nel feto con la diagnosi prenatale, patologia in grado, in seguito all'impianto e alla successiva gestazione, di provocare un grave danno alla salute della donna che legittimerebbe un successivo aborto.

In altre parole, la PGD consentirebbe di prevenire questi pregiudizi, libera ovviamente la donna di decidere, in assoluta autonomia, di portare comunque a termine la gravidanza per soddisfare, a costo del proprio stato di benessere fisico, il desiderio di maternità.

Infine, circa il mancato coordinamento fra la legge n. 40/2004 e la l. n. 194/1978 è indubbio, come già detto, come sia la legge in materia di procreazione assistita (anche se successiva) che debba essere interpretata conformemente a quanto già stabilito dalla normativa in tema di IVG e non viceversa: i contenuti della l. n. 194/1978 sono stati, infatti, dichiarati costituzionalmente vincolati dalla Corte costituzionale e ad essi la l. n. 40/2004 dedica ripetuti rinvii confermativi, che rivelano l'intento del legislatore del 2004 non già di affermare una nuova scala di valori (come ben avrebbe potuto fare

non solo gli embrioni sospettati di anomalia, ma anche altri sani. Inoltre gli artt. 4 e 6 della l. n. 194/78 di per sé non consentono l'aborto per il solo fatto dell'anomalia del figlio in se stessa considerata».

⁵⁵⁹ La Corte di Cassazione (Cass. Sez. III, 16123/2006 e Cass. Sez. III, n. 14488/2004) ha negato tale diritto in capo al nascituro, stabilendo che «l'ordinamento positivo tutela il concepito e l'evoluzione della gravidanza esclusivamente verso la nascita, e non anche verso la "non nascita", essendo pertanto (al più) configurabile un "diritto a nascere" e a "nascere sani", suscettibile di essere inteso esclusivamente nella sua positiva accezione: sotto il profilo privatistico della responsabilità contrattuale o extracontrattuale o da "contratto sociale", nel senso che nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie (con comportamento omissivo o commissivo colposo o doloso; sotto il profilo pubblicistico, nel senso che debbono venire ad essere predisposti tutti gli istituti normativi... idonei a garantire... al concepito di essere sano»). Sull'argomento cfr. D'ALOIA, *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle biotecnologie: note introduttive*, in ID (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, p. XX.

semplicemente modificando la l. n. 194/1978, salvo poi esporsi a probabili questioni di costituzionalità), bensì di tener fermi i contenuti assodati della disciplina dell'aborto terapeutico.

2. La disciplina contenuta nella legge n. 40 del 2004 e nelle Linee guida.

Fino all'entrata in vigore della legge n. 40/2004 era consentito alle coppie portatrici sane di gravi malattie genetiche (quali la talassemia, la fibrosi cistica, la distrofia muscolare e la esostosi) od infettive (AIDS) ricorrere alle tecniche di fecondazione *in vitro*, nonché successivamente alla PGD, al fine di far nascere un figlio sano, con ciò riducendo drasticamente la trasmissibilità di tali patologie ed evitando alle donne il trauma dell'aborto terapeutico.

Tale pratica diagnostica è peraltro, come noto, condannata apertamente e in modo assoluto dalla Chiesa, in quanto ritenuta espressione di mentalità eugenetica, che potrebbe scivolare nell'ammissione di pratiche quali l'infanticidio e l'eutanasia⁵⁶⁰. Secondo l'Istruzione *Dignitas Personae* «la diagnosi pre-impiantatoria – sempre connessa con la fecondazione artificiale, già di per sé intrinsecamente illecita- è finalizzata di fatto ad una selezione qualitativa con la conseguente distruzione di embrioni, la quale si configura come una pratica abortiva precoce. La diagnosi pre-impiantatoria è quindi espressione di quella mentalità eugenetica, che accetta l'aborto selettivo per impedire la nascita di bambini affetti da vari tipi di anomalie. Una simile mentalità è lesiva della dignità umana e quanto mai riprovevole, perché pretende di misurare il valore di una vita umana soltanto secondo parametri di normalità e di benessere fisico, aprendo così la strada alla legittimazione dell'infanticidio e dell'eutanasia»⁵⁶¹.

Dopo l'approvazione della legge n. 40/2004, di chiara matrice cattolica, la situazione è divenuta controversa, in quanto la legge non si esprime espressamente su tale aspetto: nessuna norma considera, infatti, espressamente questa fattispecie, né nel suo complesso, né per le parti che la strutturano, ossia la diagnosi⁵⁶² e la selezione embrionale⁵⁶³.

⁵⁶⁰ Così DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, cit., p. 41.

⁵⁶¹ Istruzione *Dignitas personae*, 2 dicembre 2008, cit.

⁵⁶² La fattispecie delle diagnosi si ritiene vietata in virtù della combinata lettura dei commi 1, 2 e 4 dell'art. 13, consistente nel fatto di compiere ricerca clinica e sperimentale su un embrione, eccettuato quando volta a salvaguardare la salute o lo sviluppo dell'embrione medesimo, finalità che certo non si riscontra in interventi come la PGD. Tra i più specifici divieti di cui all'art. 13, comma 3 si è ritenuto applicabile quello inerente alla clonazione per scissione precoce (lett. c) tecnica analoga a quella attuata per fini diagnostici. Quanto al diritto dei genitori di essere informati sullo stato di salute dell'embrione (art. 14, comma 5) si è sostenuta la praticabilità della sola diagnosi osservazionale. Cfr. VALLINI, *La diagnosi e selezione preimpianto: da illecito penale a questione deontologica. Eterogenesi dei fini di un legislatore irragionevole*, cit., p. 1406.

⁵⁶³ La selezione embrionale si ritiene proibita dall'art. 13, co. 3, lett. b, riferito alla selezione di embrioni a scopo eugenetico o allo scopo di predeterminarne caratteristiche genetiche, nonché dalle norme penali in tema di embrionicidio o di crioconservazione, di cui all'art. 14, co. 1. Ancora, posto che la prospettiva della selezione impone la creazione di un numero di embrioni proporzionato al rischio di trasmissione della malattia, si riscontrava (prima dell'intervento della Corte cost. del 2009) una violazione del divieto di cui all'art. 14, co. 2, appunto riferito alla produzione di un numero di embrioni superiore a quanti necessari per un unico e contemporaneo impianto e, comunque, superiore a tre.

L'ambiguità deriva in particolare da due previsioni contenute nella predetta normativa: l'art. 13 e l'art. 14.

L'art. 13, dopo aver vietato (comma 1) «qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano», consente poi (comma 2) «la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano... a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate, volte alla tutela della salute e dello sviluppo dell'embrione stesso».

L'art. 14, invece, dopo aver vietato la crioconservazione e la soppressione degli embrioni (comma 1) e prescritto che tutti gli embrioni formati debbano essere oggetto di un unico e contemporaneo impianto (comma 2), prevede tuttavia che gli embrioni possano essere crioconservati, qualora il loro «trasferimento nell'utero... non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione» (comma 3). Nel contempo prevede che i genitori vengano informati su richiesta sul numero e sullo stato di salute degli embrioni (comma 5), diritto cui corrisponde chiaramente un obbligo del medico («i soggetti di cui all'articolo 5 sono informati») che parrebbe sanzionato ai sensi dell'art. 14, comma 6. Tale disposto si coordina con l'art. 6, comma 1, che riconosce ai richiedenti il diritto di essere informati in ogni fase della procedura «sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti».

A ciò si aggiunga che la legge in oggetto limita, come si è già visto, l'accesso alla PMA alle sole coppie sterili o infertili (artt. 1 e 4, comma 1)⁵⁶⁴, escludendo così la possibilità per le coppie fertili che presentano una malattia genetica trasmissibile di accedere alla fecondazione *in vitro* e pertanto di richiedere la diagnosi preimpianto sull'embrione formatosi, anche se, a ben vedere, manca una sanzione per il medico che pratichi la PMA a favore di coppie non sterili, in linea con la sostanziale impossibilità di accertare davvero la sterilità della coppia, almeno nei casi di sterilità *sine causa*, c.d. "idiopatica"⁵⁶⁵.

Tra le disposizioni di carattere non penale assume rilievo altresì la disposizione di cui all'art. 6, comma 3, che impedisce la revoca del consenso all'impianto da parte dei richiedenti dopo la fecondazione dell'ovulo.

Infine, l'intero protocollo si pone(va) in contrasto con il divieto allora vigente e penalmente sanzionato di produrre un numero di embrioni superiore a quanti necessari per un unico e contemporaneo impianto (art. 14, comma 2)⁵⁶⁶.

⁵⁶⁴ Tale limitazione di accesso alle tecniche si spiega in ragione dell'intento perseguito dal legislatore italiano di consentire la PMA esclusivamente per supplire alle deficienze della natura, come chiarito dall'art. 1 della l. n. 40/2004. La procreazione artificiale non è stata, invece, prevista dal legislatore quale strumento per perseguire finalità diverse, come quella di evitare i rischi, esistenti in natura, legati alla generazione e alla gravidanza.

⁵⁶⁵ Cfr. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, cit., p. 119, il quale osserva che la sanzione pecuniaria amministrativa comminata dall'art 12, comma 2 riguarda solo il caso in cui i componenti della coppia non siano entrambi viventi, o uno di loro sia minorenne, o la coppia sia formata da persone dello stesso sesso o non coniugati o ancora non conviventi.

⁵⁶⁶ Per evitare le perplessità di ordine etico connesse allo spreco di embrioni in precedenza crioconservati in numero superiore a tre e in modo da consentire alla donna l'opportunità di effettuare successivi tentativi, il Sen. G. Amato aveva avanzato, nel corso della precedente legislatura, una proposta di legge (Senato, XIV legisl., n. 3220), consistente nella selezione genetica preimpianto allo stadio di ootide, prima della fusione dei due pronuclei maschili

Di fronte all'ambiguità del dato normativo, nei primi commenti si dà, tuttavia, per certa l'illegittimità della PGD, dedotta in particolare dagli artt. 1 e 4, comma 1 e 2 e 6 comma 3 e addirittura la loro criminosità.

Anche la giurisprudenza sia civile che amministrativa sembra condividere tali orientamenti, escludendo oltretutto eventuali questioni di costituzionalità, sul presupposto di una piena ed insindacabile discrezionalità del legislatore in materia.

Questa ambiguità viene risolta in un primo tempo dalle Linee guida ministeriali⁵⁶⁷ contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita⁵⁶⁸, adottate con decreto ministeriale del 21 luglio 2004 in applicazione dell'art. 7 della l. n. 40/2004, le quali introducono il divieto esplicito di ogni PGD, stabilendo che «ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro ai sensi dell'art. 14 comma 5 dovrà essere di tipo osservazionale»⁵⁶⁹, nonché, infine, che, «qualora dall'indagine vengano evidenziate gravi anomalie irreversibili dello sviluppo di un embrione, il medico responsabile della struttura ne informi la coppia ai sensi dell'art. 14, comma 5. Ove in tal caso il trasferimento dell'embrione, non coercibile, non risulti attuato, la coltura in vitro del medesimo deve essere mantenuta fino al suo estinguersi». Per l'embrione malformato è prevista, qualora vengano riscontrate anomalie di sviluppo gravi e irreversibili, l'estinzione in coltura (previa informazione alla coppia) senza obbligo di impianto in utero.

Le Linee guida del 2004, limitando l'indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati *in vitro* a quella di tipo osservazionale, indagine che anticipa, ma non sostituisce quella pre-natale, in quanto basata su un criterio diagnostico-morfologico (macro e/o microscopico), che risulta sicuramente innocua per l'embrione e rispettosa della sua salute, sembravano aver posto fine ai dubbi dettati dal tenore letterale dell'art. 13.

e femminili dotati di distinti patrimoni genetici che, solo in seguito (dopo circa ventiquattro ore dalla fecondazione) daranno origine all'embrione composto di cellule con un nuovo patrimonio genetico. Il progetto di legge Amato non sortì tuttavia l'effetto sperato di indurre il Parlamento a modificare la legge al fine altresì di evitare lo svolgimento del *referendum* abrogativo. Cfr. AMATO, *Valori in conflitto e ruolo della politica*, in *Notizie di Politeia*, 2005, p. 185.

⁵⁶⁷ Con riferimento alle linee guida si osserva come si assiste negli ultimi anni in svariati settori del diritto penale alla proliferazione di queste ultime e di altre fonti subordinate alla legge che assumono un ruolo via via sempre più determinante nella delineazione dei confini dell'illecito penale con gravi ripercussioni negative sul principio della riserva di legge in materia penale. In diversi ambiti, infatti, la legge ordinaria demanda a linee guida l'elaborazione di requisiti dettagliati che incidono sulla responsabilità penale. Cfr. sul tema SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1193 ss., a cui si richiama anche CASSANI, *La diagnosi genetica preimpianto*, cit., p. 94 s.

⁵⁶⁸ Le Linee guida del Ministero della Salute non hanno mitigato i profili illiberali e per certi aspetti incostituzionali della l. n. 40/2004, né hanno modificato il suo taglio profondamente etico. In effetti la loro funzione doveva essere solo quella di indirizzare il medico verso procedure e scelte ritenute opportune ed efficaci alla luce dell'esperienza e delle buone regole. In questo senso cfr. LA MONICA, *Esclusa la diagnosi preimpianto se si persegue una finalità eugenetica*, cit., p. 28 ss.

⁵⁶⁹ Tecnica di indagine microscopica, utile tutt'al più a rilevare la vitalità dell'embrione ed evidenziarne difetti morfologici.

Conformemente a tale disposizione la prassi dei centri medici italiani si orienta nel senso di non eseguire le indagini genetiche preimpianto, incrementando in tal modo il fenomeno del turismo riproduttivo⁵⁷⁰.

Tuttavia, ben presto molte e autorevoli voci⁵⁷¹ cominciarono ad evidenziare l'incostituzionalità di questo divieto, nella misura in cui non consente di avvalersi della diagnosi preimpianto a quelle coppie che pur soddisfano i requisiti di cui agli artt. 4, comma 1 e 5 comma 1 della legge e ciò non tanto per la violazione di un discutibile diritto ad avere un figlio sano, bensì per un vizio di ragionevolezza che assume rilevanza *ex artt. 3 e 32 Cost*⁵⁷².

Secondo questi stessi interpreti, la disparità di trattamento derivante dal fatto che, mentre a gravidanza iniziata è sempre consentito ricorrere alla diagnosi prenatale (che presenta comunque anche se bassa una percentuale di aborto)⁵⁷³, prima dell'impianto è, invece, precluso alla donna conoscere tramite la PGD l'esistenza di eventuali anomalie dell'embrione, si pone in contrasto con il principio di ragionevolezza, sia sotto il profilo della violazione del principio di uguaglianza in rapporto al diritto alla salute della donna, alla quale è consentito ricorrere in base agli stessi presupposti e scopi all'interruzione volontaria di gravidanza⁵⁷⁴, sia sotto il profilo della "ragionevolezza/offensività"⁵⁷⁵, con riferimento al criterio del ragionevole bilanciamento di interessi costituzionalmente garantiti.

⁵⁷⁰ La tesi della non praticabilità si fonda, pertanto, ora sui seguenti argomenti: a) il tenore letterale dell'art. 13, dovendo la PGD ritenersi compresa nel divieto di ricerca clinica e sperimentale, ove non finalizzata alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione medesimo; b) il contenuto delle Linee guida ministeriali che espressamente vietano accertamenti diagnostici sugli embrioni di tipo invasivo consentendo solo una diagnosi di tipo osservazionale; c) la disciplina complessiva della procedura di procreazione medicalmente assistita dalla legge (in particolare, la revocabilità del consenso solo fino alla fecondazione dell'ovulo, il divieto di creazione di embrioni in numero superiore a quello necessario per un unico impianto ed il divieto in via generale di crioconservazione e di soppressione di embrioni, l'obbligo di contemporaneo impianto di tutti gli embrioni), che sottende la volontà di non tutelare alcuna aspettativa eugenetica dei genitori, di restringere entro limiti rigorosi la ricerca scientifica sugli embrioni, di garantire la massima tutela della salute e dello sviluppo dell'embrione; d) l'interpretazione restrittiva dell'art. 14, comma 3 che, pur consentendo la «crioconservazione degli embrioni qualora il trasferimento degli stessi non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna, non prevedibile al momento della fecondazione», farebbe riferimento ai soli ostacoli patologici all'impianto di natura meramente transitoria. Cfr. *infra* ordinanza 3 maggio 2004 del Tribunale Catania 2004.

⁵⁷¹ Tra i tanti si veda CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, cit., p. 417 e VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita*, in PADOVANI (a cura di), *Leggi penali complementari*, Milano, 2007, p. 657 ss.

⁵⁷² Secondo VALLINI, *La diagnosi e selezione preimpianto: da illecito penale a questione deontologica. Eterogenesi dei fini di un legislatore irragionevole*, cit., p. 1406 «è in effetti privo di senso, se evitabile, esporre la madre all'alea di una gravidanza indesiderata, con riserva di successiva ivg – così imponendo alla donna, tra più tecniche funzionali allo stesso scopo, quella più invasiva e pericolosa – senza peraltro garantire la vita del concepito, comunque suscettibile d'essere soppresso, paradossalmente quando in una fase più avanzata di sviluppo».

⁵⁷³ A livello scientifico il rischio di abortività spontanea in seguito all'amniocentesi è dello 0,7%. Se si tiene conto del fatto che nelle pazienti che non vi si sottopongono vi è comunque un rischio di aborto spontaneo dell'1% si può affermare che il rischio reale aggiunto dell'amniocentesi è pari allo 0,3%, vale a dire uno su trecento pertanto, su tre gravidanze spontaneamente interrotte dopo il compimento dell'amniocentesi, due sarebbero andate perdute comunque, mentre solo una è dovuta alla diagnosi prenatale. Inoltre studi recenti riportano dati che consentono di affermare che amniocentesi e villocentesi comportano oggi la stessa percentuale di rischio di aborto spontaneo. PILU, *Villocentesi: un aggiornamento sui rischi e il problema della gravidanze gemellari*, Relazione al Convegno "Controversie e Nuove Tecnologie nella Diagnosi Prenatale del Primo Trimestre, 5 aprile 2008, in <http://www.gynepro.it>.

⁵⁷⁴ Sull'art. 3 Cost., quale «principale fondamento positivo del controllo sulla ragionevolezza delle leggi» cfr. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, p. 44.

Secondo tale interpretazione costituzionalmente orientata nel momento in cui la legge n. 40/2004 vietasse la PGD si verrebbe a creare un grave vizio di irragionevolezza, ossia una rilevante distorsione del nostro ordinamento, dal momento che quest'ultimo accorderebbe una maggiore tutela all'embrione, il quale non può mai essere soppresso, rispetto al feto che può, invece, essere soppresso seppur a certe condizioni e con determinate procedure⁵⁷⁶.

Tutto ciò è evidentemente assurdo e irrazionale, perché vorrebbe dire criminalizzare una pratica, la PGD, atta invece solamente a prevenire l'instaurazione di una gravidanza in presenza di presupposti che comunque consentirebbero il successivo ricorso all'aborto c.d. "terapeutico", impedendo alla madre di accedere alla pratica medica meno invasiva e meno pericolosa tra più ugualmente disponibili per il raggiungimento di un medesimo scopo, senza con ciò offrire maggiori garanzie al concepito comunque destinato ad essere soppresso, oltretutto in una fase più avanzata di sviluppo. Si noti poi che l'aborto comporta sempre necessariamente la soppressione del feto, mentre l'embrione non selezionato può essere crioconservato.

Ancora, si osserva che negare l'ammissibilità alla PGD anche quando questa sia stata richiesta ai sensi dell'art. 14 della l. n. 40/2004 significherebbe rendere impossibile una adeguata informazione sul trattamento sanitario da eseguirsi, indispensabile invece nella prospettiva di una gravidanza pienamente consapevole, in chiara violazione del combinato disposto degli artt. 6, comma 1 (che sancisce il diritto di essere ragguagliati in ogni fase della procedura «sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti») e 14, comma 5 (che prevede un dovere del medico, peraltro penalmente sanzionato, di informare i genitori sullo stato di salute degli embrioni). Ecco, quindi, che la facoltà di prestare il consenso, che contempla in sé la possibilità del rifiuto, attribuisce ai soggetti sottoposti alla PMA, non solo il diritto alla diagnosi degli embrioni che non può che essere finalizzata all'impianto, ma altresì il diritto di rifiutare gli embrioni malati.

A tale proposito è appena sufficiente segnalare che attraverso la suddetta diagnosi viene tutelato non solo il diritto all'autodeterminazione dei soggetti coinvolti, bensì anche il diritto alla salute della donna, essendo innegabile che l'impianto dell'embrione nel grembo materno comporta sempre un certo rischio per la salute della gestante e, cosa che qui maggiormente rileva, che detto rischio è influenzato, oltre che dal numero degli embrioni destinati all'impianto, dallo stato di salute degli stessi. In relazione agli embrioni portatori di gravi malattie genetiche la comunità scientifica è, infatti, concorde nel ritenere che aumenti in maniera considerevole sia il rischio di una prosecuzione patologica della gravidanza sia il rischio di un aborto spontaneo, e quindi la possibilità che si verifichi una lesione dell'integrità fisica o

⁵⁷⁵ Cfr. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, cit., p. 280 ss., nonché, dello stesso Autore, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 763 ss.

⁵⁷⁶ Si è creata così una frattura fra la PGD e la diagnosi prenatale per cui quello che nell'una è sicuramente vietato, ogni deriva eugenetica, nell'altra è in qualche modo consentito quando la nascita di un bambino malformato ha una ripercussione sulla salute della donna.

psichica della gestante sotto entrambi i profili, essendo noto che anche dal fatto stesso dell'interruzione della gravidanza possono derivare conseguenze pregiudizievoli per la salute della donna.

Ancora, secondo tale orientamento dottrinale, va respinta la tesi secondo cui l'attività di diagnosi propria della PGD ricadrebbe nell'ambito di applicazione dell'art. 13, in quanto quest'ultimo è dedicato all'attività di ricerca scientifica e sperimentale sull'embrione e non, invece, ad atti diagnostici rientranti in un protocollo di PMA⁵⁷⁷. Una volta escluso che possa trovare applicazione alla tecnica di diagnosi preimpianto la fattispecie base di cui all'art. 13, comma 1, ne consegue necessariamente che non possano applicarsi nel caso di specie neppure il secondo comma di tale norma, che configura un'eccezione al divieto di cui al primo comma, né le ipotesi di cui al terzo comma che delineano circostanze aggravanti.

Neppure l'art. 14, dedicato a disciplinare l'attuazione di una PMA, potrebbe applicarsi nel caso di specie, dal momento che le prerogative del concepito appaiono bilanciate dal contrapposto e prevalente diritto alla salute della donna⁵⁷⁸.

In merito al divieto esplicito alla PGD contenuto nelle Linee guida del 2004, secondo tale orientamento dottrinale, esso sarebbe stato poi facilmente superabile, in quanto passibile di disapplicazione da parte del giudice ordinario in quanto divieto sui diritti fondamentali non supportato da una legge sovraordinata⁵⁷⁹.

Infine, si fa notare che non solo l'indagine di tipo "osservazionale", la sola consentita dal legislatore agli aspiranti genitori, non dà nessuna seria garanzia a questi ultimi, ma finisce proprio per contraddire quel divieto dell'eugenetica che intende rafforzare⁵⁸⁰, atteso che le finalità sia della diagnosi genetica sia di quella osservazionale non possono che essere le stesse, ossia quelle di verificare lo stato di salute dell'embrione. Ma allora ci si chiede «se il non impiantare un embrione malato costituisce eugenetica, cosa c'entrano le modalità con cui si esegue la diagnosi di malattia?», ovvero «a cosa serve suggerire una specifica tecnica diagnostica, quando il rifiuto dell'eugenetica è espresso chiaramente?»⁵⁸¹.

Esclusa dunque per le ragioni anzidette la presenza di un divieto alla diagnosi, non è altresì configurabile nel testo della legge alcuna preclusione alla selezione preimpianto, posto che il divieto previsto dal comma 3 del medesimo art. 13 di ogni forma di selezione degli embrioni e dei gameti è imposto al fine di impedire il perseguimento di finalità eugenetiche, ma lascia salva la finalità diagnostica

⁵⁷⁷ VALLINI (*Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della Corte Edu in tema di diagnosi preimpianto*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 6 dicembre 2013) osserva che il divieto di cui all'art. 13 è inapplicabile a condotte di sperimentazione scientifica sull'embrione che non riguardano affatto le pratiche, ampiamente comprovate (e perciò nient'affatto sperimentali), e rivolte a finalità medico diagnostiche quali appunto le tecniche di diagnosi preimpianto. Neppure la selezione degli embrioni sani e il mancato trasferimento dei residui può configurarsi quale condotta di sperimentazione.

⁵⁷⁸ Secondo VALLINI, *ivi*, testimonierebbero questa relativizzazione dello statuto giuridico dell'embrione sia i rimandi alla disciplina in tema di IVG, sia l'art. 14, comma 3 e l'art. 6 comma 4.

⁵⁷⁹ In questo senso VALLINI *La diagnosi e selezione preimpianto: da illecito penale a questione deontologica. Eterogenesi dei fini di un legislatore irragionevole*, cit., che richiama VERONESI, *Le "linee guida" in materia di procreazione assistita. Nuovi dubbi di legittimità all'orizzonte*, cit., p.

⁵⁸⁰ Cfr. AMATO, *Una sentenza in chiaroscuro*, in *I diritti delle coppie infertili*, cit., p. 207.

⁵⁸¹ BANCHETTI, *Procreazione medicalmente assistita, diagnosi preimpianto e (fantasmi dell') eugenetica*, in *Ragiusan*, 2007, n. 271-272, p. 288.

e terapeutica prevista nel secondo comma, venendosi così a creare un sostanziale parallelismo con la disciplina dell'aborto.

Allo stesso modo che nella dottrina, anche nella giurisprudenza civile e amministrativa, come si è detto, dopo una prima fase orientata in senso negativo relativamente alla praticabilità della PGD, segue una nuova fase caratterizzata da un completo ribaltamento di prospettiva.

Alcuni giudici civili, come vedremo nello specifico a breve, infatti, al di là dei differenti esiti, hanno avallato l'interpretazione costituzionalmente orientata avanzata da tale dottrina (interpretazione poi suffragata dalla pronuncia del Tar del Lazio che ha dichiarato illegittima la previsione contenuta nelle Linee guida del 2004 secondo cui le indagini sull'embrione dovevano essere solo di tipo osservazione, nonché da quella della Corte costituzionale del 2009 che ha consentito di inseminare più di tre oociti) in merito agli artt. 13 e 14, comma 5 della l. n. 40/2004, secondo cui tali disposizioni non configurerebbero un delitto (pena la violazione dei principi di determinatezza e tassatività della norma penale), ma all'opposto lascerebbero aperta la possibilità di procedere alla PGD, elevata in alcuni casi addirittura a diritto degli aspiranti genitori.

In breve ciò che emerge chiaramente dall'analisi della giurisprudenza nazionale è il netto mutamento di prospettiva che si fa strada nel corso degli anni, premessa di un suo totale capovolgimento culminato con l'abrogazione delle Linee guida nella parte in cui consentono la sola indagine di tipo osservazionale.

Se può, quindi, alla fine di questo percorso interpretativo e giurisprudenziale, basato su una lettura sistematica e costituzionalmente orientata della legge n. 40/2004, ritenersi legittima la richiesta di diagnosi e selezione preimpianto da parte di quelle coppie che rispondono ai requisiti soggettivi di accesso alle tecniche di PMA, tuttavia, ciò non vale per quelle che risultano sprovviste di uno o più di tali presupposti, tra cui figurano in particolare quelle coppie, pur fertili, ma che sono tuttavia portatrici di malattie geneticamente trasmissibili alla prole⁵⁸² e ciò in quanto l'interpretazione costituzionalmente orientata non può in nessun modo superare il disposto contenuto nell'art. 4 della legge n. 40/2004, norma dal contenuto inequivocabile, che, come si è già detto più volte, consente unicamente alle coppie sterili o infertili di intraprendere un percorso di PMA. Se in alcuni casi è possibile aggirare tale problema adducendo una sterilità *sine causa*, o ancora estendendo la nozione di "infertilità" anche alle ipotesi in cui la coppia, pur riuscendo a concepire, ha difficoltà rilevanti ad avere «figli vivi e vitali a causa di aborti ripetuti, di problemi genetici o malattie infettive»⁵⁸³, in altri casi tale soluzione è invece impraticabile, avendo la coppia dato prova della propria capacità procreativa con una o più gravidanze giunte

⁵⁸² NARDOCCI (*La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa Pavan c. Italia*, in <http://www.rivistaaic.it>, 1/2013, 22 marzo 2013) osserva come con riferimento a queste coppie l'impossibilità di ricorrere allo PGD si intrecci in modo problematico sia con la tutela del diritto alla salute psicofisica della donna, sia la con la disciplina in tema di interruzione volontaria di gravidanza, creando un problema di raccordo fra le due.

⁵⁸³ FLAMIGNI, MORI, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita. Paradigmi a confronto*, Milano, 2005, p. 60.

felicemente a termine⁵⁸⁴ ed è proprio su questo aspetto che, come vedremo a breve, si è pronunciato la Corte Edu nel 2012.

3. Le diverse pronunce della giurisprudenza nazionale in tema di PGD.

La varietà delle posizioni assunte nel corso dei primi anni di vigenza della legge n. 4/2004 dalla giurisprudenza di merito e dalla dottrina si spiega, come già è stato detto, con la complessità e ambiguità del quadro normativo di riferimento, che disciplina una questione dai profili non solo giuridici, ma anche etici, politici, e sociale, nonché con la difficoltà di desumere direttamente dalla Costituzione criteri univoci per la composizione dei valori in gioco⁵⁸⁵.

Prova di ciò sono proprio le discordanti pronunce giurisprudenziali esistenti sul tema. Nei paragrafi successivi, nel passare in rassegna le diverse pronunce intervenute sull'argomento nel corso degli anni, si cercherà di dare conto delle diverse interpretazioni esistenti sul punto, evidenziandone l'evoluzione prima giurisprudenziale e successivamente legislativa.

3.1. L'ordinanza del Tribunale di Catania del 3 maggio 2004.

Il primo giudice a pronunciarsi sulla legge n. 40/2004 all'indomani della sua entrata in vigore (e antecedentemente all'emanazione delle Linee guida del 2004) è il Tribunale di Catania con l'ordinanza 3 maggio 2004⁵⁸⁶.

Il caso concerne una coppia di coniugi, con problemi di fertilità e portatori sani di beta-talassemia, la quale chiede, dopo l'entrata in vigore della legge n. 40/2004, di poter ricorrere alla PGD sugli embrioni eventualmente formati. La donna, che in precedenza era stata costretta a sottoporsi ad un aborto terapeutico a causa della positività del feto a detta malattia genetica, per non ripetere la precedente drammatica esperienza che aveva inciso pesantemente sul suo equilibrio psichico, è, infatti, fortemente

⁵⁸⁴ In questo senso VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della Corte Edu in tema di diagnosi preimpianto*, cit.

⁵⁸⁵ DI CAPUA, *Il divieto di diagnosi pre-impianto nel procedimento di fecondazione assistita al vaglio critico di un'innovativa giurisprudenza*, cit., p. 307.

⁵⁸⁶ Trib. Catania, ord. 3 maggio 2004, in *Dir. di famiglia e delle persone*, 2005, p. 75 con nota di MOROZZO DELLA ROCCA, *Procreazione medicalmente assistita e beta-talassemia*, ed *ibidem*, 549, con nota di D'AVACK, *L'ordinanza di Catania: una decisione motivata attraverso una lettura testuale della l. n. 40 del 2004*. Si vedano poi i commenti di CASSANI, *La diagnosi genetica preimpianto e la sua rilevanza penale* cit., p. 88; DOGLIOTTI, *Una prima pronuncia sulla procreazione assistita: tutte infondate le questioni di legittimità costituzionale?*, in *Famiglia e diritto*, 2004, p. 384 ss.; OLIVETTI, *Decisione coerente, ma gli interessi vanno bilanciati*, in *Guida al diritto*, 2004, p. 58 ss.; CASABURI, *In tema di procreazione medica assistita*, in *Foro it.*, 2004, p. 3497; ACIERNO, *Essere genitori responsabili è un diritto*, in *Questione giustizia*, 2004, p. 983 ss.; VILLANI, *Dal parlamento alle aule di giustizia: le nuove disposizioni in materia di procreazione medicalmente assistita al banco di prova del caso concreto*, in *La nuova giur. civ., comm.*, 2004, p. 429 ss.; FROSINI, *In materia di fecondazione*, cit., p. 391; CASSANI, *La diagnosi genetica preimpianto e la sua rilevanza penale*, cit., p. 88.

intenzionata a ricorrere alla diagnosi genetica preimpianto, al fine di non trafilare gli embrioni eventualmente malati.

Di fronte al rifiuto opposto dal medico (il quale a seguito dell'entrata in vigore della nuova normativa e di fronte all'ambiguità della stessa sceglie di mantenere un comportamento prudente) i coniugi decidono di adire il Tribunale di Catania perché imponga alla struttura sanitaria di procedere alla fecondazione assistita e, in caso di esito positivo, alla PGD, a cui sarebbe seguita la crioconservazione degli eventuali embrioni che fossero risultati affetti da beta-talassemia.

Il giudice catanese, con un'argomentata e complessa motivazione, contenuta in un'ordinanza la cui lunghezza è davvero eccezionale se si pensa alla brevità che invece caratterizza questo genere di pronunce e che cela, secondo alcuni, «la preoccupazione del magistrato catanese di allontanare tutti i dubbi prospettabili anche quelli che non c'entrano nulla con la domanda dei ricorrenti sostituendosi in un certo senso alla Corte costituzionale»⁵⁸⁷, rigetta il ricorso (decisione poi confermata collegialmente il 21 maggio successivo), respingendo tutte le questioni poste dalla coppia e affermando, con dogmatica laconicità, che la richiesta avanzata dalla coppia non solo è chiaramente *contra legem*, ma non vi è neppure spazio per le censure di illegittimità costituzionale, in quanto queste non attengono al rimedio del problema dell'infertilità, bensì alla selezione degli embrioni, e nello specifico alla collocazione di quelli sani nell'utero materno.

In altre parole non è configurabile, ad avviso del giudice siciliano, un diritto della coppia di selezionare i nascituri in sani e malati, eliminando questi ultimi.

Per giungere a questo assunto il giudice catanese rileva anzitutto come la richiesta della coppia contrasti con l'art. 13, comma 3, lett. b), che vieta ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni, e con l'art. 14, il quale al comma 1 proibisce la crioconservazione e la soppressione di embrioni, mentre al comma 2 prevede il contemporaneo impianto di tutti gli embrioni prodotti.

Il Tribunale siciliano respinge altresì il rilievo dei ricorrenti secondo cui sarebbero sfuggiti al legislatore i problemi connessi alle patologie genetiche, appellandosi al criterio storico previsto dall'art. 12 comma 1 delle preleggi (insieme al criterio letterale)⁵⁸⁸, con particolare riferimento ai lavori preparatori della legge, affermando che il divieto di crioconservazione e soppressione di embrioni, nonché l'obbligo di trasferire tutti quelli ottenuti «non sono frutto di una disattenzione o di una sottovalutazione dei problemi da parte del legislatore, ma di sue precise scelte».

In particolare, il legislatore avrebbe compiuto una chiara, consapevole e ponderata scelta, che non spetta certo al Tribunale di Catania mettere in discussione, nella misura in cui ha previsto che «la legge sulla procreazione assistita si limiti a porre rimedio alle malattie – note e ignote - che in qualsiasi modo producono la sterilità di una coppia, consentendo a quest'ultima di avere figli, ma di averli a condizioni

⁵⁸⁷ In questo senso si veda BIN, *Sussidiarietà, privacy e libertà della scienza: profili costituzionali della procreazione assistita*, in *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, cit., p. 42.

⁵⁸⁸ I criteri interpretativi espressamente previsti dall'art. 12, comma 1 delle disposizioni sulla legge in generale (c.d. preleggi) sono il criterio letterale, che consiste «nel senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse» e il criterio storico, rappresentato dall'«intenzione del legislatore».

analoghe a come, per natura, le hanno le coppie fertili. Senza la possibilità cioè di selezionare i nascituri in sani e malati, eliminando questi ultimi».

Sulla base di tali rilievi il giudice di merito passa poi ad esaminare e a respingere le questioni di illegittimità costituzionale dell'art. 14 prospettate nel ricorso in via subordinata, dichiarando manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale di tale disposto nella parte in cui non consente la diagnosi preimpianto funzionale all'impianto dei soli embrioni sani, con riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost.

La prima questione riguarda la violazione del principio di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.* da parte dell'art. 14, comma 1, laddove tale norma, da un lato, vieta la crioconservazione e la soppressione degli embrioni, sia pure malati, mentre, dall'altro lato, facendo salvo quanto previsto dalla l. n. 194/1978, legittima un'interruzione volontaria di gravidanza in relazione agli embrioni malati. In altre parole, secondo i ricorrenti, non ha senso che la legge impedisca di selezionare gli embrioni e quindi imponga di impiantare anche quelli che sono geneticamente deformi o malati, portatori di gravi problemi, se la donna potrà successivamente ricorrere all'aborto per evitare di mettere al mondo un figlio deforme. Se così fosse, infatti, la legge sarebbe caratterizzata da un'intrinseca irragionevolezza.

Il giudice smonta, però, anche questa affermazione sulla base del rilievo che il richiamo alla legge sull'aborto va inteso come un richiamo al testo originale della normativa stessa e non invece alle prassi interpretative che essa ha subito nell'applicazione: la legge n. 194/1978 autorizza sì un'interruzione volontaria di gravidanza, ma non come strumento selettivo dei feti in relazione al loro stato di salute (c.d. aborto eugenetico)⁵⁸⁹, bensì solamente qualora la prosecuzione della gravidanza comporti «un serio pericolo per la salute fisica o psichica» della madre, in quanto questo è l'unico interesse che può bilanciare l'interesse del feto al concepimento, essendo «illogico ritenere terapeutica per il bambino la sua eliminazione».

Il giudice catanese respinge poi anche la prospettazione di incostituzionalità per una pretesa violazione del diritto alla salute (art. 32) e del diritto di autodeterminazione della persona nel decidere se sottoporsi a trattamenti sanitari e quali (art. 2) in relazione alla previsione di cui al comma 2 dell'art. 14, laddove esso prevede l'obbligo di contemporaneo impianto di tutti gli embrioni prodotti (e quindi anche di quelli malati).

Con riferimento alla presunta violazione dell'art. 32 Cost., il giudice sottolinea in primo luogo come la nostra Costituzione non preveda un diritto assoluto dei genitori ad avere un figlio come lo desiderano e neppure un diritto assoluto alla salute di ciascuno, ove la salute altrui o l'incolumità collettiva possano essere pregiudicate. In secondo luogo ammettere una tale possibilità, collegandola al ricorso alle tecniche di fecondazione assistita, costituirebbe una manifesta violazione del principio di uguaglianza che si

⁵⁸⁹ Secondo il giudice catanese il più rilevante equivoco logico in cui incorrono i ricorrenti nel loro ragionamento è la richiesta del riconoscimento di un loro preteso diritto ad abortire gli embrioni, ancora prima che questi ultimi esistano: «l'illogicità e la paradossalità di questo assunto appaiono evidenti sol che si consideri che, applicando per così dire all'inverso il ragionamento, una tale interpretazione della l. 194/78 farebbe sì che nei casi di concepimento naturale (al di fuori, cioè, del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita) la donna potrebbe far valere un proprio diritto ad abortire prima di avere concepito un figlio».

produrrebbe ai danni delle coppie che procreassero in “condizioni naturali”, non utilizzando alcuna diagnosi preimpianto, ma potendo esclusivamente ricorrere alle tecniche di diagnosi prenatale ed eventualmente, ove ne ricorressero i presupposti, agire ai sensi della l. n. 194/1978, richiamata e non espressamente abrogata dalla stessa l. n. 40/2004, articolo 1.

Secondo il giudice catanese, l’art. 14, allorché impone con norma imperativa munita di sanzione penale che tutti gli embrioni prodotti vadano impiantati senza che possano essere esclusi dall’impianto gli embrioni portatori di gravi malattie genetiche, non violerebbe i diritti fondamentali dell’aspirante madre, in quanto lo stesso diritto fondamentale alla salute di quest’ultima può subire una limitazione in ragione della tutela della vita degli embrioni e di tutela delle persone in genere, rispetto ai pericoli connessi alla commercializzazione degli embrioni stessi

Per quanto concerne, invece, la critica concernente la presunta violazione del diritto all’autodeterminazione nella scelta dei trattamenti sanitari, anch’essa viene respinta con la motivazione che nel caso della procreazione medicalmente assistita non esiste un unico soggetto titolare del bene tutelato (la salute), ma occorre effettuare un bilanciamento di interessi e «non può essere qualificata come bilanciamento di interessi l’attribuzione a uno dei soggetti del potere di decidere il conflitto. Ciò non bilancerebbe, infatti, i due interessi, ma ne affermerebbe uno negando l’altro».

In ultimo, ad avviso dell’organo giudicante, è del tutto illogico e infondato il richiamo ad un presunto diritto costituzionalmente garantito del nascituro a nascere sano, diritto che si intenderebbe tutelare impedendo la nascita stessa e quindi nell’ottica di un asimmetrico bilanciamento di interessi, facendo prevalere le aspirazioni eugenetiche dei genitori piuttosto che la realtà degli embrioni.

Il ragionamento del giudice si conclude poi con la difesa della legge n. 40/2004: «proprio perché i beni in discussione sono numerosi e costituiscono patrimonio di persone diverse – l’aspirante madre, l’aspirante padre, gli embrioni, la società – era indispensabile che la loro tutela e il loro bilanciamento venissero disciplinati dalla legge e non lasciati solo a quella che, in alternativa, diverrebbe inevitabilmente prevaricazione degli uni sugli altri». Questo passaggio dell’ordinanza mostra la completa adesione del giudice catanese alle scelte compiute dalla legge, anche nella parte in cui prevede che l’impianto degli embrioni malati sia obbligatorio, anche se si tratta di un obbligo chiaramente incoercibile.

A seguito di tale decisione le parti lasciano decadere la procedura cautelare in corso presso il Tribunale di Catania e ripropongono la stessa domanda in via ordinaria davanti allo stesso Tribunale di Cagliari che si pronuncia, come si dirà, il 24 settembre 2007.

L’ordinanza *de qua* è stata oggetto di numerosi commenti in dottrina⁵⁹⁰ che, pur prescindendo dalle discutibili motivazioni espresse dal Tribunale, sono tutti unanimemente d’accordo su un punto: se è

⁵⁹⁰ FROSINI, *In materia di fecondazione assistita il giudice deve sollevare la questione di costituzionalità*, in *Giust. amm.*, 2004, p. 391 ss. Secondo l’A. «in tutte le democrazie liberali i dubbi di costituzionalità di una legge sono risolti dalla giurisprudenza costituzionale. Mentre i dubbi sul piano politico ed etico di una legge possono essere risolti con un giudizio referendario. La legge sulla procreazione medicalmente assistita può passare attraverso le due strade senza sovrapporsi. Di certo, la decisione del giudice catanese non costituisce affatto un precedente vincolante per i giudici di fronte ai quali venissero sollevate questioni di legittimità costituzionale. Direi di più: non

indubbio che nessun giudice possa contestare le scelte compiute dal legislatore, egli può e deve comunque sollevare una questione di legittimità costituzionale davanti alla Consulta, demandando a quest'ultima l'adeguamento della normativa ordinaria ai principi costituzionali, qualora tale adeguamento sia giuridicamente necessario.

Ciò significa che il giudice catanese avrebbe dovuto sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14 davanti ai giudici della Consulta o, per lo meno, sforzarsi di formulare un'interpretazione adeguatrice della norma.

Scegliendo, invece, di difendere la norma *tout court* il giudice catanese ha voluto in un certo senso sostituirsi alla Corte costituzionale, fugando tutti i dubbi prospettabili sulla l. n. 40/2004, opinione testimoniata dall'eccezionale lunghezza della sua ordinanza, mosso chiaramente dal timore che ammettere la PGD significhi in qualche modo aprire la strada all'eugenetica.

Ancora, si è sostenuto che con la pronuncia in esame il giudice, escludendo qualsiasi dubbio sulla sua costituzionalità, «si assume l'ingrato compito della difesa d'ufficio "ad ogni costo" della legge»⁵⁹¹, perdendo così un'importante occasione per fare chiarezza su di essa.

L'aspetto forse più interessante dell'ordinanza catanese, a parere di chi scrive, rimane comunque il fatto che essa non abbia operato alcun richiamo all'art. 13, facendo invece rientrare il divieto penalmente sanzionato di compiere la PGD nell'art. 14, rubricato «Limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni», così come aveva ritenuto la coppia ricorrente⁵⁹², nonché il fatto che essa abbia ridimensionato fortemente il disposto del comma 5 dell'art. 14, secondo cui la coppia che accede alle tecniche di procreazione assistita può essere informata, su richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti⁵⁹³.

3.2. *La pronuncia del Tribunale di Cagliari.*

3.2.1. *L'ordinanza del giudice cagliaritano del 16 luglio 2005.*

Emblematico delle contrastanti decisioni giurisprudenziali esistenti in materia di PGD è il caso del Tribunale civile di Cagliari che si è pronunciato a pochi mesi di distanza dal giudice siciliano, ma in materia opposta.

deve costituire un precedente giuridico, perché altrimenti verrebbe pericolosamente a smorzarsi quel principio di democrazia liberale che vuole la Corte costituzionale giudice delle leggi».

⁵⁹¹ DOGLIOTTI, *Una prima pronuncia sulla procreazione assistita*, cit., p. 386.

⁵⁹² Cfr. CASSANI, *La diagnosi genetica preimpianto*, cit., p. 89. Per un fondamento giuridico del divieto di PGD ex artt. 14, comma 1 e 1 cfr. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, cit., p. 333.

⁵⁹³ Si noti che le Linee guida, come detto previste dalla l. n. 40 del 2004 medesima, sono state adottate solo successivamente all'ordinanza catanese.

L'ordinanza del Tribunale di Cagliari⁵⁹⁴ assume particolare rilievo perché questi, pur confermando l'interpretazione della giurisprudenza in merito all'art. 13 comma 2 e affermando che il divieto della PGD non si desume solo da tale articolo, ma anche dai criteri ispiratori e dalla disciplina complessiva in tema di PMA, solleva per la prima volta la questione di legittimità costituzionale di tale articolo con riguardo agli artt. 2, 3 e 32 Cost., aprendo così un primo spiraglio nel senso dell'ammissibilità di tale procedura diagnostica.

Il caso sottoposto all'attenzione del giudice cagliaritano è simile a quello di Catania e riguarda il caso di due coniugi in possesso di un certificato attestante la loro sterilità, entrambi portatori sani di beta-talassemia.

La donna, prima dell'entrata in vigore della l. n. 40/2004, aveva fatto ricorso alla PMA ed era rimasta incinta, ma nel corso dell'undicesima settimana di gestazione era emerso che il feto era affetto da beta-talassemia. La gravidanza era, quindi, stata interrotta per esigenze terapeutiche, dal momento che la donna, «constatato che avrebbe procreato un figlio portatore della grave malattia, aveva visto compromessa la sua salute psicofisica a causa di una sindrome ansioso-depressiva per una durata di circa un anno».

In un secondo momento, dopo l'entrata in vigore della legge n. 40/2004, la coppia procedeva ad un'ulteriore inseminazione *in vitro*, chiedendo alla struttura sanitaria che, nell'ambito della procedura di PMA, venisse effettuata la PGD, al fine di accertare se l'embrione fosse affetto da beta-talassemia, e dichiarando che avrebbe rifiutato l'impianto prima di conoscere l'esito dell'analisi.

A seguito del rifiuto di procedere alla PGD da parte della struttura sanitaria la coppia ricorreva in via d'urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c. (in quanto temeva che durante il tempo occorrente per far valere il diritto in via ordinaria, questo potesse essere minacciato da un pregiudizio grave e irreparabile coinvolgente sia la donna, sia l'embrione) al Tribunale, affinché lo stesso dichiarasse il diritto della donna di ottenere la diagnosi preimpianto dell'embrione già formato e ordinasse così ai medici di procedere all'effettuazione della stessa.

Nel proprio ricorso i ricorrenti hanno in primo luogo prospettato, ed a tale prospettazione ha sostanzialmente aderito il Pubblico Ministero, la possibilità di un'interpretazione delle norme in esame alla luce dei principi costituzionali, ed in particolare del diritto alla salute della donna, che consentirebbe - previa disapplicazione della previsione delle Linee guida sulla possibilità della sola diagnosi osservazionale sull'embrione *in vitro* - di ritenere invece ammissibile la effettuazione della PGD, laddove il bilanciamento degli interessi costituzionalmente garantiti dell'embrione e della donna rendano necessaria tale diagnosi per una adeguata tutela della salute di quest'ultima.

In subordine essi hanno sollevato un'eccezione di costituzionalità della norma in relazione all'art. 32, comma 1, Cost., sulla scorta della giurisprudenza della medesima Corte relativa all'aborto, in cui è sancita la non equivalenza tra i diritti del concepito e il diritto alla salute (oltre che la vita) della donna.

⁵⁹⁴ Trib. Cagliari, ord. 16 luglio 2005 n. 2026, in *Foro it.*, 2005, I, p. 2876.

Per quanto concerne il contenuto dell'ordinanza il giudice di merito esperisce innanzitutto, in ossequio al consolidato orientamento della Corte costituzionale, che stabilmente dichiara la manifesta inammissibilità delle questioni sollevate in mancanza di tale tentativo, il dovuto tentativo di interpretazione adeguatrice, verificando se, alla luce della l. n. 40/2004, sia percorribile l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 13, comma 2, proposta dai rimettenti in accordo con il Pubblico Ministero.

Egli rileva come da quest'ultima disposizione insieme con l'art. 14, comma 1, si ricavi il divieto di effettuare la PGD, laddove la stessa non sia finalizzata esclusivamente alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione medesimo, impostazione questa confermata in modo categorico dalle successive Linee guida ministeriali, che ammettono esclusivamente un'indagine di tipo osservazionale sull'embrione.

Il giudice sardo richiama altresì altre disposizioni della disciplina in tema di PMA, come il divieto di revocare il consenso dopo la fecondazione dell'ovulo, il divieto di creazione di embrioni in numero superiore a quello necessario ad un unico impianto, nonché il divieto di crioconservazione e soppressione di embrioni, dalle quali si ricava l'intenzione del legislatore di tutelare in maniera assoluta ed esclusiva l'embrione, anche a discapito della salute psico-fisica della donna. Allo stesso modo deve essere letto l'art. 14, comma 3, il quale riferendosi esclusivamente a stati patologici di carattere transitorio non può trovare applicazione nel caso della PGD.

Fallito il tentativo di interpretazione adeguatrice della norma di cui all'art. 13 della legge in esame, al giudice cagliaritano, dopo aver verificato la non manifesta infondatezza della questione⁵⁹⁵, non resta, quindi, che sollevare, con riguardo agli artt. 2, 3, e 32 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 nella parte in cui non consente di accertare, mediante la diagnosi preimpianto, se gli embrioni da trasferire nell'utero della donna ammessa alla procedura di PMA siano affetti da malattie genetiche di cui i potenziali genitori siano portatori, qualora l'omissione di detta diagnosi implichi un accertato pericolo grave ed attuale per la salute psicofisica della donna.

In particolare, secondo lo stesso remittente la violazione dell'art. 32 Cost. si configura in quanto l'equilibrio psico-fisico della donna è seriamente minacciato dall'impossibilità di conoscere lo stato di salute dell'embrione prima di procedere all'impianto, considerata anche la non coercibilità dello stesso⁵⁹⁶,

⁵⁹⁵ Il sindacato di costituzionalità incidentale prevede che il giudizio di non manifesta infondatezza sia un "vaglio deliberativo" in cui il giudice *a quo* si limita a bloccare le questioni del tutto infondate e non richiede che il giudice stesso sia convinto della fondatezza della questione, bastando un semplice dubbio a riguardo.

⁵⁹⁶ CASABURI, *Il restyling giurisprudenziale della l. n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. mer.*, 2009, 12, p. 3008, osserva come «il giudice remittente - mosso (discutibilmente) dalla preoccupazione di evitare una impostazione «eugenetica» - ha però escluso la configurabilità di un diritto dei genitori ad un figlio sano, che pure era stato prospettato. Di contro, l'ordinanza muove sul piano più «tranquillizzante» della tutela della salute della donna, prevalente rispetto a quella dell'embrione, e pregiudicata dal vero e proprio obbligo (pur non coercibile) di subire l'impianto dell'embrione, senza la possibilità di accedere alla diagnosi preimpianto, pur in situazioni a rischio quale quella per cui è causa. Il provvedimento - e si tratta di una prospettazione originale ed interessante - non oppone *tout court* la tutela della salute della donna a quella dell'embrione, sul rilievo che il divieto di diagnosi preimpianto si risolve in un pregiudizio per l'embrione stesso, sottoposto a crioconservazione, e «condannato a subire, nel tempo, danni biologici, e destinato invece al tempestivo trasferimento in utero nell'ipotesi

mentre la violazione dell'art. 3 Cost. deriverebbe dalla differente disciplina con la diagnosi prenatale, la quale garantisce invece il diritto della donna, che ne abbia fatto richiesta, alla più ampia e corretta informazione sullo stato di salute del feto, e sulla eventualità che lo stesso sia affetto da malattie genetiche.

Merita di essere osservato come, mentre la principale questione di costituzionalità riguarda il diritto alla salute sancito dall'art. 32 Cost., l'aspetto nuovo dell'ordinanza concerne però il secondo profilo di incostituzionalità proposto davanti alla Corte, ossia la disparità di trattamento rispetto al diritto di informazione sulle condizioni del nascituro⁵⁹⁷.

Infine, nell'ordinanza del Tribunale cagliaritano si pone per la prima volta in luce il collegamento tra la tematica della diagnosi preimpianto e quella del consenso informato al trattamento sanitario, nel senso che «negare l'ammissibilità della diagnosi preimpianto, anche quando sia stata richiesta ai sensi dell'art. 14 della legge, significherebbe rendere impossibile una adeguata informazione sul trattamento sanitario da eseguirsi, indispensabile, invece, sia nella prospettiva di una gravidanza pienamente consapevole, consentendo ai futuri genitori di prepararsi psicologicamente ad affrontare eventuali problemi di salute del nascituro, sia in funzione della tutela della salute gestazionale della donna». In sostanza il quesito che ci si pone è il seguente: quale consenso libero e informato a diventare genitori si può emettere senza una previa diagnosi genetica qualora si tema un rischio per la propria salute o per quella del concepito?

Per concludere, mentre l'ordinanza del Tribunale catanese ha dichiarato la manifesta infondatezza, con riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost., della questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, evitando dunque di adire il giudice delle leggi, l'ordinanza del Tribunale di Cagliari del 16 luglio 2005 ha ritenuto non manifestamente infondata, con riguardo agli stessi parametri costituzionali, la questione di costituzionalità dell'art. 13 della legge suddetta, chiamando a pronunciarsi il giudice costituzionale cui viene chiesta una sentenza di accoglimento additiva. Il giudice rimettente esprime, infatti, dubbi di costituzionalità riguardo al fatto che non è prevista la diagnosi preimpianto funzionale all'accertamento di malattie genetiche, non perché la mancata effettuazione di tale diagnosi impedisce la selezione di embrioni sani (tale profilo non verrebbe accolto dalla Corte costituzionale dal momento che l'art. 13, comma 3, lett b vieta ogni forma di selezione a scopo eugenetico di embrioni), ma in quanto quest'ultima pone in pericolo la salute psicofisica della donna, in analogia con quanto prevede la l. n. 194/1978⁵⁹⁸.

che la diagnosi accertasse l'insussistenza» di patologie. Da qui, allora, la possibile violazione dei canoni di cui agli artt. 2 e 32 Cost.».

⁵⁹⁷ Così GENTILOMO, PIGA, *Il Re è nudo (ma non troppo). Brevi note a commento dell'ordinanza 16 luglio 2005*, Trib. Cagliari, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 660.

⁵⁹⁸ Cfr. VIPIANA, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di procreazione medicalmente assistita, prima e dopo la legge n. 40/2004*, cit., p. 99.

3.2.2. L'ordinanza della Corte costituzionale del 25 ottobre 2006.

Con l'ordinanza del 25 ottobre 2006 n. 369⁵⁹⁹, che costituisce il primo intervento della Corte costituzionale in via incidentale sulle legge n. 40/2004, la Corte ha dichiarato «manifestamente inammissibile» la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 della legge n. 40/2004, che era stata sollevata dal Tribunale cagliaritano nell'ordinanza del 6 luglio 2005.

Il giudice delle leggi, nella sua scarna ordinanza, dopo aver effettuato una breve disamina delle disposizioni della l. n. 40/2004, si discosta dalla linea interpretativa seguita dai ricorrenti e dallo stesso pubblico ministero⁶⁰⁰, che avevano affermato la sussistenza del diritto della coppia genitoriale ad ottenere l'autorizzazione alla PGD sulla base di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 13 della legge con riferimento agli artt. 2, 3 e 32 comma 1 della Cost. e si concentra invece su un difetto procedurale in cui sarebbe incorso, a suo giudizio, il giudice *a quo* nel dichiarare la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale proposta.

Tale difetto procedurale sarebbe costituito dal fatto che, ad avviso del giudice delle leggi, il remittente avrebbe impostato la questione in modo contraddittorio, avendo indicato formalmente ad oggetto del giudizio di legittimità costituzionale soltanto l'art. 13 e non anche le altre disposizioni che, secondo l'impostazione della stessa ordinanza di rimessione, concorrono a sostenere l'interpretazione restrittiva di tale norma, ossia la *ratio* ispiratrice della legge, nonché l'art. 14, comma 3, il quale, «precisando che la crioconservazione può essere mantenuta fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile, fa evidente riferimento ad ostacoli patologici all'impianto di natura meramente transitoria»⁶⁰¹.

Dal momento, infatti, che la l. n. 40/2004 non contiene un espresso divieto di praticare la PGD, ma esso è ricavabile da una serie di disposizioni contenute nella stessa, il giudice di Cagliari avrebbe dovuto, ad avviso della Corte, impugnarle tutte insieme; la mancata estensione dei dubbi di costituzionalità ad

⁵⁹⁹ Pubblicata in *Giur. cost.*, 2006, p. 3831 ss., con nota di TRIPOLINA, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita*, *ivi*, p. 3850 ss. Per un primo commento a tale pronuncia si veda CELOTTO, *La Corte costituzionale «decide di non decidere» sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3846; D'AMICO, *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3862; DELLA BELLA, *La diagnosi genetica preimpianto e i profili di incostituzionalità della legge sulla procreazione assistita*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2006, p. 35 ss.; BELLINA, *Il divieto di diagnosi preimpianto: profili penali*, *cit.*, p. 1156 ss.; VILLANI, *Procreazione assistita e diagnosi genetica preimpianto: la Corte Costituzionale salva "pilatescamente" il divieto*, in *Studium iuris*, 2007, p. 127 ss.; D'AVACK, *L'evasiva ordinanza n. 369 della Corte cost. 9 novembre 2006 in merito alla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. di famiglia e delle persone*, 2007, p. 21 ss.; CASINI, CASINI, *Un significativo consolidamento della l. n. 40 del 2004*, *cit.*, p. 3837; DELLA BELLA, *La diagnosi genetica preimpianto e i profili di incostituzionalità della legge sulla procreazione assistita*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2006, p. 35 ss.

⁶⁰⁰ È da notare che le strutture sanitarie non si sono costituite nel procedimento, rinunciando così a prendere una loro personale posizione sull'argomento, rifugiandosi dietro l'applicazione della legge.

⁶⁰¹ Secondo la Corte «è evidente la contraddizione in cui il Tribunale incorre nel sollevare una questione volta alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di una specifica disposizione nella parte relativa ad una norma (il divieto di sottoporre l'embrione, prima dell'impianto, a diagnosi per l'accertamento di eventuali patologie) che, secondo l'impostazione della stessa ordinanza di rimessione, sarebbe però desumibile anche da altri articoli della stessa legge, non impugnati, nonché dall'interpretazione dell'intero testo legislativo alla luce dei criteri ispiratori».

altri articoli della medesima legge, diversi dall'art. 13, rappresenterebbe, pertanto, nell'interpretazione della Consulta, un ostacolo insormontabile per lo svolgimento del sindacato⁶⁰².

Da tale scelta "tattica" risulta evidente come i giudici della Consulta abbiano scelto di assumere un atteggiamento particolarmente prudente, non volendo alterare l'impianto della legge n. 40/2004, peraltro confermato dall'allora recentissimo esito referendario.

Essi hanno così preferito rimettere ad una scelta politica democratica il compito di disciplinare una questione bioetica difficile, come tutte quelle in tema di inizio e fine vita, evitando di assumere una decisione che, oltre a forzare la «formazione della costituzione vivente in materia», avrebbe potuto anche interferire con consolidate convinzioni di tipo etico/religioso presenti in una parte del corpo sociale⁶⁰³.

Numerose critiche nei confronti della pronuncia della Corte si sono levate, come immaginabile, da parte dei commentatori⁶⁰⁴, risultando evidente come, con la scelta di operare una valutazione formale dell'ordinanza di rimessione, la Corte abbia sostanzialmente rinunciato a decidere, precludendo a se stessa un giudizio sul merito della questione e perdendo così un'occasione preziosa per fare chiarezza su un aspetto centrale della legge n. 40/2004.

Risulta indubbio come la Corte costituzionale, chiamata ad esprimersi su una problematica tanto delicata qual è quella della PGD, abbia approfittato di un supposto vizio processuale per rimandare una decisione su un problema etico problematico, oltretutto scomodo⁶⁰⁵, chiamandosene fuori, nella convinzione che non sia compito suo, bensì del legislatore, offrire delle risposte. Essa, evitando di assumere una qualche posizione che avrebbe sicuramente scontentato una significativa parte dell'opinione pubblica⁶⁰⁶, rimanda in tal modo ad una successiva pronuncia la decisione su un problema tanto scottante, quanto scomodo.

⁶⁰² Lettura a suo tempo condivisa da BUSNELLI, *Libertà di coscienza etica e limiti della norma giuridica: L'ipotesi della procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2003, p. 263. Si veda anche VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 61 ss., 82 ss., 195 ss. e DOGLIOTTI, *Una prima pronuncia sulla procreazione assistita*, cit., p. 385.

⁶⁰³ In questo senso si veda TRIPODINA, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita (riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale 369/2006)*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3849 ss., nonché CASINI, CASINI, *Un significativo consolidamento della legge n. 40/2004*, cit., p. 3837, che escludono una competenza della Corte a risolvere questioni scientifiche controverse, spettando al Parlamento la questione.

⁶⁰⁴ Cfr., fra i molti, D'AMICO, *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo*, cit., p. 3859, la quale non esclude «l'intervento della Corte costituzionale per la risoluzione di questioni di tipo scientifico, a condizione tuttavia di acquisire, nel corso del contraddittorio, le necessarie informazioni tecniche, attraverso opportune audizioni di «soggetti autorevoli e terzi», accanto all'impiego di «risultanze scientifiche oggettive»; SANTOSUOSSO, *Un ricorso contraddittorio spinge la Corte costituzionale a dichiarare l'inammissibilità*, in *Guida al diritto - Il Sole 24 Ore*, 2006, p. 50; FIGONE, *La Corte Costituzionale interviene in tema di diagnosi preimpianto sull'embrione*, in *Famiglia e diritto*, 2007, p. 545, secondo cui «la decisione della Consulta lascia perplessi poiché, invece di affrontare una delle questioni più dibattute sulla procreazione assistita, ha optato per un'opzione meramente formalistica; tanto più ove si consideri che l'ordinanza del giudice a quo non sembra incorrere in quel vizio processuale che le viene addebitato» e CELOTTO, *La Corte costituzionale «decide di non decidere» sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 3846.

⁶⁰⁵ Per una critica a questa impostazione della Corte si veda D'AMICO, *I diritti contesi*, cit., p. 54 ss.

⁶⁰⁶ Così MORELLI, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi (nota a margine dell'ord. n. 369 del 2006)*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, 17 novembre 2006.

È certo, infatti, come questioni di opportunità politica⁶⁰⁷, che non trascurano lo stesso risultato della consultazione referendaria, sostanzialmente confermativo del testo vigente, abbiano pesato sulla decisione della Corte di non decidere, inducendo quest'ultima a rinunciare, ancora una volta, alla concreta individuazione del «ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionalmente coinvolti».

Particolarmente dure sono state le accuse mosse verso questo atteggiamento “rinunciatorio” della Corte costituzionale da parte di alcuni costituzionalisti⁶⁰⁸, per i quali tale scelta processuale da parte dei giudici delle leggi sarebbe stata del tutto fuori luogo: essi avrebbero, infatti, potuto servirsi della dichiarazione di illegittimità consequenziale di cui all'art. 27, comma 2 della legge l. n. 87/1953 al fine di individuare quali fossero le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dell'accoglimento della questione di costituzionalità, così come d'altra parte avevano già fatto in altri casi in modo ben più pesante di quanto non avrebbero fatto nella decisione sulla fecondazione⁶⁰⁹.

La Corte invece, non solo non ha fatto ciò, ma ha rimesso sui rimettenti un onere di astratta coerenza che secondo la legge del 1953 non grava sui giudici ordinari.

3.2.3. La sentenza del Tribunale di Cagliari del 24 settembre 2007.

Di fronte alla pronuncia negativa resa dalla Corte costituzionale con l'ordinanza del 2006 la coppia di coniugi decide di ricorrere nuovamente al giudice, questa volta in via ordinaria, chiedendo a quest'ultimo di dichiarare il diritto della donna a ricorrere alla diagnosi preimpianto e di condannare i sanitari convenuti all'esecuzione della stessa; gli attori chiedono, altresì, al giudice di sollevare ulteriore questione di legittimità costituzionalità dell'art. 13, comma 1 per le medesime ragioni addotte in sede cautelare.

Seppur nel caso in esame non coincidano i giudizi (il giudizio del Tribunale di tipo ordinario non coincide con il procedimento cautelare nell'ambito del quale la Corte aveva reso la propria pronuncia processuale), si tratta, tuttavia, delle stesse parti e soprattutto della medesima pretesa intorno allo stesso diritto.

Lo stesso Tribunale di Cagliari, che aveva invano sollevato eccezione di illegittimità costituzionale, evidenziando in particolar modo l'esistenza di un conflitto tra la disciplina prevista e la tutela della salute della donna e dell'embrione (artt. 2 e 32 Cost.), con una decisione per molti versi inaspettata e coraggiosa,

⁶⁰⁷ Su questo atteggiamento del giudice costituzionale, determinato da ragioni di opportunità politica e sociale cfr. OCCHIOCUPO, *La Corte Costituzionale come giudice di «opportunità» delle leggi*, in ID. (a cura), *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Padova, 1984, p. 13 ss. e più recentemente FIORILLO, *Il referendum abrogativo fra giustizia costituzionale e mass media*, in ANIS (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, Milano, 2005, p. 357.

⁶⁰⁸ D'AMICO, *Il divieto di diagnosi “preimpianto”*. *Fra Corte costituzionale e giudici comuni sul problema postosi a Cagliari*, in *Bioetica*, 2007, p. 125 e PELLIZZONE, *Fecondazione assistita e interpretazione conforme. Quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 594 ss.

⁶⁰⁹ Si veda, ad esempio, la sentenza n. 422 del 1995. In dottrina cfr. D'ARONZO, *Il processo costituzionale, la ragionevolezza e l'illegittimità consequenziali: note a margine della sentenza n. 432 del 2005*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 2253 e BRUNELLI, *L'illegittimità derivata di norme analoghe come tecnica di tutela dei diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3644.

pochi mesi dopo l'ordinanza della Corte costituzionale, svolgendo un articolato esame del quadro normativo di riferimento e affermando in sostanza che sul divieto che potrebbe ricavarsi dalla legge ordinaria debba prevalere il diritto alla salute della donna, con sentenza del 24 settembre 2007⁶¹⁰ riconosce per la prima volta il diritto della coppia di ottenere l'accertamento diagnostico preimpianto richiesto, così da conoscere lo stato di salute dell'embrione⁶¹¹, subordinatamente, però, alla presenza di determinati requisiti.

E più precisamente: l'accertamento sia stata richiesto dai soggetti indicati nell'art. 14, comma 5, l. n. 40 del 2004; abbia ad oggetto gli embrioni destinati all'impianto nel grembo materno; sia strumentale all'accertamento di eventuali malattie dell'embrione e sia finalizzato a garantire, a coloro che abbiano avuto legittimo accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, un'adeguata informazione sullo stato di salute degli embrioni da impiantare.

Il Tribunale di Cagliari, per evitare un nuovo passaggio alla Corte, memore dell'esperienza negativa pregressa e facendo tesoro di essa, sceglie così questa volta di dare una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 13.

Egli, infatti, preso atto della mancanza di una pronuncia sul merito da parte del giudice costituzionale⁶¹², ritiene ora che, nell'esercizio dei poteri ermeneutici che gli sono attribuiti, la normativa sottoposta al suo vaglio può ben consentire una interpretazione non confliggente con i principi sanciti dalla Costituzione⁶¹³.

Mentre, infatti, nella precedente ordinanza del 16 luglio 2005 n. 574, attraverso una serie di osservazioni che già abbiamo avuto modo di ritenere poco convincenti, giungeva alla conclusione che non era consentito al giudice un'interpretazione adeguatrice dell'art. 13 della l. n. 40 del 2004, e pertanto sollevava, in relazione agli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione, la questione di legittimità di detta norma,

⁶¹⁰ In *Corr. merito*, 2008, p. 313 ss., con nota di CASABURI, *Procreazione assistita: il Tribunale di Cagliari dà luce verde alla diagnosi preimpianto*, p. 316 ss.

⁶¹¹ Il giudice dichiara il «...diritto di (...) ottenere l'accertamento diagnostico richiesto», e di conseguente condanna i «... convenuti ad eseguire la diagnosi preimpianto sull'embrione destinato ad essere trasferito nell'utero della (...), al fine di poter accertare lo stato di salute dell'embrione stesso», disponendo, altresì «...che l'accertamento diagnostico sia effettuato, anche con tecniche invasive, secondo metodologie che, in base alla scienza medica, offrano il maggior grado di attendibilità della diagnosi ed il minor margine di rischio per la salute e le potenzialità di sviluppo dell'embrione».

⁶¹² Secondo il giudice di Cagliari «nessun lume può trarsi infine dalla decisione della Corte costituzionale, prima richiamata, che ha lasciato del tutto irrisolta la questione in esame, avendo il Supremo collegio chiuso il procedimento davanti a sé con una decisione meramente processuale».

⁶¹³ In tema di interpretazione secondo Costituzione si veda ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, vol. I, 3° ed., Giuffrè, 2012, Pre-art. 1, p. 21 «se di una norma è possibile un'interpretazione secondo Costituzione..., l'interprete (e quindi il giudice) dovrà prescegliere questa interpretazione fra le altre (e tra più interpretazioni conformi, sceglierà la più conforme); la Corte costituzionale, d'altra parte, non dichiarerà l'illegittimità della norma stessa ... sino a che tale interpretazione sia possibile».

nella pronuncia del 2007 decide di “fare da solo”⁶¹⁴, nella convinzione di avere il compito di garantire il diritto in virtù dei suoi poteri interpretativi⁶¹⁵.

Questa possibilità era peraltro già stata ampiamente evidenziata dalla dottrina⁶¹⁶, la quale già da tempo riteneva che fosse possibile da parte del giudice, attraverso le varie interpretazioni delle disposizioni di legge applicabili alla fattispecie concreta, fornire una risposta favorevole alla domanda dei ricorrenti, in modo non confligente con i principi o le norme costituzionali, tanto più che la l. n. 40 del 2004, proprio nel bilanciare i diversi beni costituzionali coinvolti, pone limiti a diritti fondamentali della persona e richiede, pertanto, di essere interpretata almeno in modo da non comprimere questi ultimi più di quanto non dica espressamente il legislatore.

La pronuncia *de qua*, contraddistinta da un solido e razionale apparato motivazionale, appare ancora più apprezzabile, considerando che segue alla decisione del giudice costituzionale di “non decidere”, ossia di tirarsi fuori da una questione eticamente controversa e sensibile.

È così che dopo una prima fase in cui la questione di costituzionalità non ha avuto ingresso davanti al giudice delle leggi (è il caso del giudice catanese prima esaminato) e una successiva in cui gli stessi hanno ritenuto manifestamente infondate le questioni relative all’ammissibilità della PGD loro proposte, torna alla “riscossa” la giurisprudenza di merito, che si riappropria del proprio ruolo, fondamentale, di primo interprete delle leggi.

L’aspetto forse più originale della decisione in esame è che essa non poggia soltanto su un’interpretazione conforme a Costituzione, ma si fonda invece su una rilettura originale e foriera di conseguenze, dell’impostazione e del contenuto specifico della legge n. 40/2004⁶¹⁷, in cui vengono richiamati, in particolar modo, i principi costituzionali del diritto alla piena consapevolezza dei trattamenti sanitari, del diritto alla salute e di quello di uguaglianza.

Il percorso argomentativo seguito dal giudice si basa essenzialmente sui seguenti punti: l’assenza nella legge di un esplicito divieto della PGD, il significato letterale e l’ambito di applicazione della disciplina dettata dall’art. 13, il diritto alla piena consapevolezza in ordine ai trattamenti sanitari, l’illegittimità delle Linee guida ministeriali, i criteri ispiratori della legge n. 40/2004, nonché i principi costituzionali con un richiamo alla giurisprudenza costituzionale sul tema e precisando, in linea con un

⁶¹⁴ È evidente l’enorme responsabilità assegnata ancora una volta al diritto giurisprudenziale nel tracciare le linee evolutive dei diritti della persona in quei settori nei quali il sistema delle fonti di produzione fatica a tenere il passo delle pressanti domande proposte davanti alle Corti. Cfr. SIMEOLI, *La diagnosi preimpianto dell’embrione è lecita?*, in *Giur. merito*, 2008, p. 101.

⁶¹⁵ Il giudice di Cagliari ha in tal modo preferito privilegiare il diritto giurisprudenziale a quello legislativo, un percorso più volte invocato in dottrina, in queste materie che si presentano sull’incerto *discrimen* della scienza, del diritto e dell’etica, disattendendo il suggerimento della Corte, che aveva fatto intendere che materie come questa, fortemente connotate di etica e della presenza di diritti fondamentali confliggenti, non debbono essere rimesse alla discrezionalità del giudice, qualora il legislatore non sia stato sufficientemente esplicito e attento. In questo senso D’AVACK, *Il Tribunale di Cagliari dichiara la legittimità dell’indagine preimpianto nella PMA*, cit., p. 286.

⁶¹⁶ D’AVACK, *L’evasiva ordinanza n. 369 della Corte cost.*, cit., p. 27 e ID, *Il Tribunale di Cagliari dichiara la legittimità dell’indagine preimpianto nella PMA, privilegiando il diritto della madre alla piena informativa sull’atto sanitario*, cit., p. 281.

⁶¹⁷ D’AMICO, *I diritti contesi*, cit., p. 56.

orientamento consolidato nella dottrina⁶¹⁸ e nella giurisprudenza⁶¹⁹ costituzionale, che tra le varie interpretazioni possibili della disposizione da applicare è dovere del giudice scegliere quella che assicuri una lettura costituzionalmente orientata della norma.

Per quanto concerne nello specifico il contenuto della sentenza, il giudice del merito prende le mosse dalla definizione di analisi preimpianto, come «un accertamento genetico che, attraverso la tecnica del prelievo di una o più cellule dall'embrione prima del suo impianto nell'utero materno, consente di accertare se l'embrione stesso sia o meno portatore di determinate gravi malattie e quindi di conoscerne, prima dell'impianto, lo stato di salute», riconducibile a «metodologie diagnostiche che anticipano ad un momento immediatamente precedente l'impianto l'accertamento di eventuali patologie dell'embrione comunemente diagnosticabili, quando una gravidanza sia già in atto, con le tecniche di diagnosi prenatale (villocentesi, amniocentesi, ecc.)», osservando che «prima dell'entrata in vigore della legge 40/2004 la diagnosi reimpianto sugli embrioni prodotti in vitro e destinati al trasferimento in utero era comunemente praticata e nessuno dubitava della sua liceità».

Tuttavia, il Tribunale evidenzia come «successivamente all'approvazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita la questione sulla perdurante liceità dell'accertamento diagnostico in esame è divenuta controversa, non essendo il disposto normativo del tutto chiaro», in quanto ciò che appare evidente è, in primo luogo, un possibile rilievo di conflittualità interna fra il comma 1, là dove pone un divieto espresso in forma assoluta attraverso l'uso dell'espressione «qualsiasi», che non lascia margini a deroghe, ed il comma 2 che sembra derogare al principio di cui sopra, disponendo la liceità della «ricerca clinica e sperimentale [...] purché si perseguano finalità terapeutiche e diagnostiche».

Il giudice non trascurava neppure la circostanza che dalla sopra citata ordinanza della Corte costituzionale n. 369/2006 non sia desumibile alcun principio interpretativo, in quanto trattasi di una pronuncia di natura meramente processuale. Pertanto, sul presupposto che non vi sono precedenti giurisprudenziali sul punto specifico, il giudicante esamina le due opposte interpretazioni proposte dalla dottrina: l'una, in virtù della quale l'analisi preimpianto dell'embrione deve ritenersi vietata dalla legge ed anzi suscettibile di essere sanzionata penalmente e l'altra, che afferma, al contrario, la praticabilità dell'accertamento diagnostico.

Il primo aspetto che il giudice del merito prende in esame nel suo percorso argomentativo è la mancanza nel testo della legge di un esplicito divieto di diagnosi preimpianto, nonostante siano stati, invece, previsti espressamente divieti, anche penalmente sanzionati, per la tutela di differenti interessi.

⁶¹⁸ D'AGUANO, voce *Legge penale (interpretazione della)*, *Digesto discipline penali*, Agg., vol. II, Torino, 2004, p. 537 e SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006, p. 118 ss.

⁶¹⁹ *Ex multis* si veda Corte cost., 27 luglio 2001, n. 316, reperibile all'indirizzo <http://www.cortecostituzionale.it>, la quale, richiamando un indirizzo affermato in seno ad essa, ha ritenuto che «il principio di supremazia costituzionale che impone all'interprete di optare, fra più soluzioni astrattamente possibili, per quella che rende la disposizione conforme a Costituzione sia un «canone ermeneutico preminente». Dello stesso avviso Corte cost., 22 ottobre 1996, n. 356, che ha affermato che «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne) ma perché è impossibile darne interpretazioni incostituzionali».

Considerata la mancanza di una espressa previsione riguardante specificamente la PGD, il giudicante ha buon gioco allora nel censurare la tesi della sua illiceità e della sua conseguente rilevanza penale, evocando il principio di tassatività del precetto penale, in base al quale «deve essere bandita ogni interpretazione che comporti un'estensione, oltre l'ambito previsto dalla legge, dei comportamenti punibili con sanzione penale».

Non appare, infatti, possibile, in virtù del principio di tassatività, espressamente previsto in materia penale dall'art. 25, comma 2 Cost. e dall'art. 1 c.p. e 14 disp. prel., il quale vieta al giudice di applicare la disciplina contenuta nelle norme penali incriminatrici a casi in esse non espressamente previsti⁶²⁰, estendere in via ermeneutica la nozione di sperimentazione fino a comprendervi l'attività diagnostica, in cui consiste la PGD.

Più precisamente il Tribunale cagliaritano ritiene che l'art. 13, nella parte in cui sancisce, al primo comma, il divieto di «qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano» e, al secondo comma, che «la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute ed allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternativa», non faccia riferimento, secondo quanto si può desumere dal significato letterale del termine, alla diagnosi preimpianto, finalizzata alla soddisfazione del diritto dei futuri genitori, specificatamente riconosciuto dall'art. 14, comma 5, di essere adeguatamente informati sullo stato di salute dell'embrione.

A conforto di tale affermazione il Tribunale osserva come, dal punto di vista meramente letterale, l'espressione «ricerca clinica»⁶²¹ stia comunemente ad indicare «quell'indagine sistematica volta ad accrescere le conoscenze che si posseggono nell'ambito della clinica e cioè di quella branca della medicina volta alla diagnosi, allo studio e alla cura delle malattie attraverso l'osservazione diretta degli ammalati», concetto semanticamente diverso da quello di «mero esame clinico finalizzato alla diagnosi di uno stato patologico in funzione dell'informazione e della cura del singolo paziente».

A conferma di questa interpretazione viene peraltro osservato come, all'esito dei lavori parlamentari⁶²², l'art. 13 sia stato nettamente separato dall'art. 14, il quale, riguardando non più i limiti generali alla sperimentazione sugli embrioni, ma le modalità di impianto degli embrioni fecondati, consente, come si è detto, ai futuri genitori di essere adeguatamente informati sullo stato di salute dell'embrione stesso.

Viene così, per la prima volta, evidenziata una netta distinzione fra attività di ricerca, sperimentazione e manipolazione genetica disciplinate dall'art. 13 e l'accertamento diagnostico richiesto

⁶²⁰ Sul principio di tassatività si veda MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 167 ss.

⁶²¹ Di ricerca clinica può parlarsi se non si dispone ancora di dati (sarebbe ricerca clinica pertanto la sperimentazione di un farmaco sull'embrione per vedere come reagisce) e questo non è il caso della PGD che, al contrario, può essere considerata una pratica consolidata; a maggior ragione non si può trattata di ricerca sperimentale.

⁶²² Si veda a tale proposito la proposta di legge n. 7880 e il disegno di legge n. 22, di iniziativa dei senatori Franco, Angius e altri, presentato al Senato il 28 aprile 2006.

ai sensi dell'art. 14, comma 5, «unicamente finalizzato a fornire ai soggetti indicati dalla legge idonea informazione sullo stato di salute dell'embrione destinato all'impianto».

A ben vedere la PGD, in sé e per sé considerata, ancorché sia diagnosi di tipo invasivo, perché l'esecuzione comporta il prelievo di cellule all'interno dell'embrione, non ha valenza alcuna, né di tipo eugenetico, né di tipo terapeutico, essendo questi momenti legati a considerazioni diverse e ulteriori, ma che sicuramente possono costituirne la finalità.

La PGD ha, infatti, valenza neutra, conducendo ad un mero accertamento dello stato clinico di ciò che ad essa è sottoposto, ossia tracciare il profilo clinico dell'embrione; se così non fosse non potrebbe, infatti, essere diagnosi.

Connesso a questo argomento è poi l'ulteriore rilievo secondo cui la l. n. 40/2004 non presenta criteri ispiratori radicalmente univoci; in particolare l'espressa salvezza della l. n. 194/1978 fa ritenere che la tutela del concepito si arresti comunque davanti al prevalente interesse della donna alla sua tutela psico-fisica.

Ad avviso del Tribunale sardo, la legge n. 40/2004 avrebbe allora introdotto e preteso una tutela assoluta dell'embrione, non bilanciabile, nel rapporto fra embrione e collettività, «anche a costo di un totale sacrificio delle ragioni del progresso scientifico», sulla base del principio per cui il singolo embrione non potrebbe essere strumentalizzato nei confronti di un'entità distinta, la collettività, ma avrebbe invece lasciato aperta la possibilità di bilanciamento nel rapporto «tra l'aspettativa di vita dell'embrione, che potrebbe essere pregiudicata dall'accertamento invasivo in parola (non è contestabile, infatti, che la diagnosi preimpianto si caratterizzi per l'esistenza di un certo margine di rischio per l'ulteriore sviluppo dell'embrione) e la singola persona direttamente coinvolta nel procedimento di procreazione medicalmente assistita, portatrice di individuali interessi costituzionalmente rilevanti».

In altre parole, il giudice, invece, di affermare la liceità *tout court* della PGD adotta una logica di bilanciamento tra i beni giuridici confliggenti⁶²³, nella fattispecie tra la tutela dell'embrione e la salute della donna, affermandone la liceità, ma subordinatamente ad alcune condizioni.

Egli motiva il provvedimento di accoglimento della domanda dei ricorrenti di ammissione della PGD (la sola capace di dare informazioni attendibili sullo stato di salute dell'embrione⁶²⁴), sulla scorta di una lettura costituzionalmente orientata al rispetto del principio di uguaglianza e del diritto alla salute dell'art. 14: se c'è un diritto della coppia ad essere informata sullo stato di salute degli embrioni prodotti (e non su altre caratteristiche genetiche occasione) e da trasferire nell'utero (previa richiesta in tal senso), per un verso, ciò è giustificabile in vista della tutela della salute della futura gestante, in quanto in mancanza di essa si fornirebbero informazioni parziali sullo stato di salute degli embrioni da impiantare.

⁶²³ Mentre l'art. 13 riguarda il bilanciamento tra «l'interesse allo sviluppo della ricerca scientifica e l'aspettativa di vita del singolo embrione», un bilanciamento attuato dalla legge n. 40 nel senso della «tutela assoluta di quest'ultimo interesse», dal momento che nessuna attività di ricerca o sperimentazione scientifica può essere compiuta sull'embrione umano a meno che dette attività non siano «volte alla tutela e allo sviluppo dell'embrione stesso», diverso è invece il bilanciamento di interessi nel caso dell'art. 14 perché in quest'ultimo la tutela dell'embrione va misurata con i diritti dei genitori di essere informati e con il diritto alla salute della donna.

⁶²⁴ In questo senso DOGLIOTTI, *Una prima pronuncia sulla procreazione assistita*, cit., p. 385 e FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, cit., p. 720.

Si afferma così implicitamente «la superiorità del principio in base al quale in uno Stato costituzionale i diritti fondamentali debbano comunque ricevere bilanciamento e tutela e che anche ai giudici comuni sia affidato un compito interpretativo nel loro effettivo riconoscimento»⁶²⁵.

Un altro punto fondamentale, su cui il giudice si sofferma a lungo, è quello relativo al diritto alla piena consapevolezza in ordine ai trattamenti sanitari che diviene, nell'*iter* argomentativo della sentenza, il passaggio fondamentale dal quale desumere la liceità dell'accertamento diagnostico.

Egli, richiamandosi all'evoluzione normativa e giurisprudenziale del consenso informato, la cui necessità rappresenta ormai, oltre che un principio di rilevanza costituzionale, un elemento costante nella legislazione vigente⁶²⁶ e nell'applicazione della giurisprudenza sia di merito che di legittimità, osserva come qualsiasi attività terapeutica, di cui fa ovviamente parte anche la PMA, debba svolgersi con il rispetto di alcune garanzie fondamentali della persona, e, anzitutto, con il consenso del paziente, parte del più ampio principio della libertà personale, che si sostanzia, appunto, nell'esclusività del proprio essere fisico e psichico, in virtù del quale la persona non può essere sottoposta a coercizione nel corpo e nella mente.

Tale principio ormai costituzionalmente riconosciuto del consenso al trattamento sanitario (quale è l'impianto in utero dell'embrione prodotto *in vitro*), come osserva il giudicante, è stato recepito anche dalla legge n. 40/20044, la quale all'art. 6 stabilisce che prima del ricorso «e altresì in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita» il medico debba informare in maniera dettagliata i soggetti che alla tecniche medesime abbiano avuto accesso «sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti», nonché nel successivo art. 14, comma 5, che prevede il diritto di essere informati sul numero e, su loro esplicita richiesta, «sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero».

Rebus sic stantibus negare l'ammissibilità della PGD anche quando sia stata richiesta ai sensi dell'art. 14 della legge «significherebbe rendere impossibile una adeguata informazione sul trattamento sanitario da eseguirsi, indispensabile, invece, sia nella prospettiva di una gravidanza pienamente consapevole, consentendo ai futuri genitori di prepararsi psicologicamente ad affrontare eventuali problemi di salute del nascituro, sia in funzione della tutela della salute gestionale della donna». Cioché la liceità della diagnosi preimpianto rappresenterebbe la logica conseguenza del diritto ad una adeguata informazione.

⁶²⁵ D'AMICO, *Il divieto di diagnosi "preimpianto". Fra Corte costituzionale e giudici comuni sul problema postosi a Cagliari*, cit., p. 126. Secondo l'A. ciò «a riprova della circolarità nella tutela dei diritti fra giudici comuni e Corte costituzionale, in quanto sono i primi che aprono la porta del giudizio costituzionale e che possono decidere di fare da soli quando il giudice costituzionale si dimostra lento o omertoso nell'analisi delle questioni di merito, come è successo nel caso in esame. Sono alla fine, i giudici comuni ad assumersi la responsabilità di trattenere le questioni, consapevoli che soltanto il giudizio costituzionale, se positivo, potrà garantire a tutti i cittadini il diritto».

⁶²⁶ Inoltre, la Convenzione di Oviedo del giugno 1996, ratificata con la l. n. 145 del 2001, all'art. 12 prevede che «si potrà procedere a dei test volti a prevedere malattie genetiche o che permettano l'identificazione del soggetto come portatore di un gene responsabile di una malattia o di rilevare una predisposizione o una suscettibilità genetica ad una malattia solo a fini medici o di ricerca medica e con riserva di un consiglio genetico adeguato».

Il giudice cagliaritano censura, infine, l'argomento secondo cui l'illegittimità della PGD troverebbe conferma nella previsione delle Linee guida, secondo cui «ogni indagine relativa alla salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'art. 14, comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale».

Emerge, infatti, come il divieto, non identificabile nel sistema originario della legge n. 40/2004, sia in realtà il frutto di un'impostazione restrittiva fortemente voluta dall'esecutivo che, in contrasto con le stesse disposizioni di legge, e quindi in palese violazione delle prerogative proprie degli atti di normazione secondaria, lo ha espressamente sancito proprio in occasione della emanazione delle Linee guida.

In altre parole, come ha rilevato il Tribunale sardo, attraverso la disposizione in parola il decreto ministeriale tende ad includere nell'ambito del divieto di cui all'art. 13 comportamenti che, invece, non vi rientrano, così finendo per incidere sul discrimine tra ciò che è lecito e ciò che è penalmente rilevante, in chiara violazione con il principio di legalità⁶²⁷.

Si consideri, infine, che l'intervento dell'esecutivo, oltre che illegittimo, pare essere altresì dannoso: si ha infatti l'impressione che piuttosto che fare chiarezza, esso non faccia altro che aggiungere confusione ad un quadro normativo già di per sé confuso, con le inevitabili ricadute negative in termini di precisione e determinatezza delle fattispecie⁶²⁸.

Per giunta un'indagine meramente osservazionale consente, sulla base del mero esame al microscopio, di valutare unicamente la compattezza e lo stato di aggregazione delle cellule costituenti l'embrione, non di accertare lo stato di salute con un'accettabile grado di effettività, mediante il prelievo di una o più cellule dell'embrione prima del suo impianto nell'utero materno. Viene così compromesso il diritto, riconosciuto dalla legge stessa e di rilevanza costituzionale, ad essere informati adeguatamente sui rischi del trattamento sanitario da effettuare.

Se alla decisione in esame va sicuramente il merito di aver corretto uno degli aspetti più irragionevoli e crudeli dell'intera legge n. 40/2004, essa costituisce tuttavia una tappa problematica nella tutela dei diritti fondamentali in un ordinamento come il nostro dove l'accesso al giudice costituzionale non è

⁶²⁷ Il principio della riserva penale, imponendo che sia solo la legge a determinare il contenuto della fattispecie penale, esclude così gli atti normativi secondari dal novero delle fonti incriminatrici, a meno che questi non si limitino a specificare sul piano tecnico elementi della fattispecie già predeterminati dalla legge.

Nel caso di specie, tuttavia, il rapporto fra fonte primaria e secondaria non può essere ricondotto al modello dell'integrazione tecnica, in quanto il contributo del regolamento non è puramente tecnico, considerato anche che la norma primaria, scarsamente tassativa, non individua i criteri a cui deve attenersi la fonte subordinata. Quest'ultima, viceversa, concorre autonomamente e senza essere stata richiamata dalla legge, nel componimento delle scelte politiche criminali. In altre parole, «la norma secondaria qui non specifica tecnicamente cosa si intenda per ricerca clinica sperimentale lecita, vietando invece la diagnosi non osservazionale ovvero invasiva. Né sembra che in materia vi siano quelle esigenze di aggiornamento tempestivo delle norme penali all'evoluzione del quadro sociale, che rendono il ricorso all'integrazione tecnica, se non indispensabile, quantomeno opportuno, consigliando di soprassedere in alcuni casi sulle incursioni dell'esecutivo nel monopolio del legislatore parlamentare». Così BELLINA, *Il divieto di diagnosi preimpianto: profili penali*, cit., p. 1560.

⁶²⁸ DOGLIOTTI, FIGONE, *Procreazione assistita*, cit., p. 74.

diretto e pertanto il riconoscimento del diritto alla PGD vale solo per la coppia che ha ottenuto la vittoria nel singolo giudizio concreto⁶²⁹.

Ciò significa che la decisione di un giudice comune quando sono in gioco diritti fondamentali non equivale alla decisione del giudice costituzionale, soprattutto laddove la proposta interpretativa sia nuova ed originale, magari condivisibile da tanti, ma non da tutti i giudici a cui altri cittadini, nelle stesse condizioni della coppia che ha avuto vittoria in quel giudizio si rivolgeranno⁶³⁰.

In conclusione, il merito della sentenza in esame è quello di avere affermato la liceità della diagnosi preimpianto attraverso lo strumento ermeneutico dell'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni di legge rilevanti per il caso concreto e, in secondo luogo, della disapplicazione di alcune delle prescrizioni contenute nelle Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita, in quanto norme secondarie ritenute contrastanti con il dettato normativo, così come interpretato dal giudice, al fine di eludere così la limitazione arbitrariamente introdotta con il decreto ministeriale.

In seguito a tale sentenza si afferma infatti nella giurisprudenza di merito una "lettura costituzionalmente orientata" della legge⁶³¹, che si basa su una netta distinzione dell'ambito applicativo dell'art. 13 rispetto a quello dell'art. 14: il primo contiene la disciplina della ricerca, della sperimentazione sugli embrioni, della selezione a scopo eugenetico; il secondo riguarda, invece, le pratiche aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, la produzione di embrioni nell'ambito delle tecniche di PMA. I divieti contenuti nell'art. 13 riguarderebbe, quindi, esclusivamente la ricerca e la sperimentazione, ma non la diagnosi preimpianto, che ha una finalità conoscitiva "neutra" rispetto a finalità ulteriori. È invece l'art. 14 a disciplinare l'utilizzo di embrioni nell'ambito delle procedure di fecondazione assistita.

3.3. *L'ordinanza del Tribunale di Firenze del 19 dicembre 2007.*

Abbandonata ogni residua prudenza interpretativa, tipica delle prime pronunce in tema di PGD, l'ordinanza qui in commento⁶³², sebbene sia un provvedimento cautelare, conferma e per certi aspetti approfondisce il percorso argomentativo già prospettato dal Tribunale di Cagliari, riconoscendo

⁶²⁹ Sia consentito ricordare a questo proposito che la legge si presenta come scelta definitiva tra valori, interessi in conflitto con un sacrificio definitivo di alcuni a favore di altri. La sentenza, la decisione giudiziaria, di contro, non è mai una scelta definitiva, limitandosi a una fattispecie e non alle generalità dei casi, ed è pur sempre suscettibile di mutamento, di ripensamento a favore della parte soccombente.

⁶³⁰ D'AMICO, *I diritti contesi*, cit., p. 60.

⁶³¹ Lettura già proposta da BUSNELLI, *Libertà di coscienza etica e limiti della norma giuridica: L'ipotesi della procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 263 e DOGLIOTTI, *Una prima pronuncia sulla procreazione assistita*, cit., p. 385.

⁶³² Pubblicata in *Famiglia e diritto*, 2008, 723 ss., con nota di ASTIGGIANO, *Evoluzione delle problematiche relative all'analisi preimpianto dell'embrione e nuove linee guida ministeriali*. Si veda anche su <http://www.altalex.it> il commento di BALDINI, *Procreazione assistita: legittimità della diagnosi preimpianto e crioconservazione*, 17 gennaio 2008.

finalmente la giusta tutela a quei diritti che fino ad allora erano stati soffocati dall'eccesso di prudenza dei giudici nostrani.

Il caso concreto sottoposto all'attenzione del Tribunale di Firenze è il seguente: una coppia affetta da sterilità *sine causa* durante l'*iter* per la procreazione medicalmente assistita chiede di poter effettuare la diagnosi preimpianto, perché la donna soffre di una grave malattia genetica, l'estosi multipla ereditaria, che comporta un'alta percentuale di rischio (pari al 50%) di trasmettere la malattia all'embrione.

Il centro medico rifiuta però di eseguire tale diagnosi in base al disposto contenuto negli artt. 13 e 14 della l. n. 40 del 2004, nonché nelle Linee guida, secondo cui è possibile solo una diagnosi "osservazionale", inutile nel caso specifico.

A seguito del rifiuto della struttura sanitaria di procedere alla PGD i coniugi decidono di rivolgersi al giudice cautelare per chiedere, attraverso l'emanazione di un provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, il superamento del divieto di PGD espressamente stabilito dalle Linee guida ministeriali, mediante dichiarazione di illegittimità di queste ultime e conseguente disapplicazione delle stesse. I ricorrenti chiedono, altresì, di poter crioconservare gli embrioni non utilizzati (atto anche questo vietato espressamente dalla legge al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 14 comma 3) e, infine, di poter adeguare il protocollo terapeutico di PMA⁶³³ alle esigenze del caso concreto.

Il giudice accoglie integralmente le richieste della coppia e, nel riconoscere il diritto della stessa alla PGD, ripercorre il percorso interpretativo, sintetico e lineare, già seguito dal giudice cagliaritano nella sentenza di qualche mese prima, culminato nella disapplicazione delle Linee guida nella parte in cui prescrivono che «ogni indagine dello stato di salute dovrà essere di tipo osservazionale».

Nella sua motivazione il giudice di merito analizza innanzitutto il combinato disposto di legge che attiene (o potrebbe attenerne) la PGD, ossia gli artt. 13, comma 1 e 2 e 14, comma 5 e, richiamandosi alla sentenza del Tribunale di Cagliari del 22 settembre 2007, osserva come questi abbiano ambiti applicativi ben distinti: l'art. 13 riguarderebbe la sola ricerca scientifica sull'embrione, ammettendola solo a condizione che si perseguano finalità esclusivamente diagnostiche, mentre l'art. 14, comma 5 regola il rapporto tra la coppia che intende avvalersi della PMA e l'embrione, così da assicurare che il trattamento avvenga in presenza di consenso informato. La distinzione, da un punto di vista concettuale, tra attività di ricerca e sperimentazione, da una parte, e il diritto all'informazione, dall'altra, consentirebbe di trattare la PGD come un'operazione a contenuto neutro rispetto a qualunque attività di ricerca, sperimentazione e manipolazione genetica e di riferire solo a quest'ultima le limitazioni di cui all'art. 13⁶³⁴.

Esaminato il quadro normativo di riferimento, il giudice fiorentino passa così a constatare come nella legge n. 40/2004 non vi sia alcuna traccia del divieto di PGD.

⁶³³ Si ricordi che fino alla pronuncia della Corte costituzionale del 2009 la legge prevedeva tassativamente che potessero essere prodotti solo al massimo tre embrioni, i quali dovevano contemporaneamente essere trasferiti senza eccezione alcuna.

⁶³⁴ BALDINI, *Il caso Cagliari: aperta la prima breccia alla legge 2004 n. 40, sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., 2006, p. 798.

Quest'ultimo è stato, infatti, introdotto solo successivamente e del tutto arbitrariamente dalle Linee guida ministeriale del 21 luglio 2004 le quali, non solo hanno aggiunto nel testo originario dell'art. 13 il divieto di diagnosi preimpianto a finalità eugenetiche che, a stretto rigore, potrebbero considerarsi ricomprese nell'ambito del principio generale di cui al primo comma dell'art. 13 che vieta la sperimentazione su embrioni, ma hanno altresì ulteriormente delimitato l'ambito della diagnosi dell'embrione da impiantare alla sola indagine osservazionale, con ciò precludendo la diagnosi preimpianto che non ha in sé stessa finalità eugenetiche.

Ciò significa che un decreto ministeriale, vale a dire un atto di normazione secondaria, che dovrebbe come tale essere contenuto nei limiti della mera esecuzione di una volontà normativa gerarchicamente superiore, a cui dovrebbe dare esclusivamente stretto e puntuale adempimento, è andato ad inserire in una disposizione giuridica (l'art.13, comma 3) una nuova norma non di mera interpretazione e/o applicazione di quest'ultima, bensì di sua integrazione e modifica (vale a dire i commi dell'art. 13 successivi al terzo introdotti dal d.m. 21 luglio 2004), a dispetto dell'art. 7 della l. n. 40/2004, il quale prevede esclusivamente la possibilità per il Ministero della Salute di stilare le procedure e le tecniche da impiegare nello svolgimento delle attività necessarie per la corretta effettuazione della PMA e nulla più.

È, pertanto, innegabile che le Linee guida del 21 luglio 2004, nella misura in cui hanno creato una fattispecie di divieto non prevista dalla legge, sono uscite dai confini della delega, risultando quindi illegittime.

Inoltre, secondo il giudice fiorentino, l'introduzione del divieto di analisi preimpianto, ossia un divieto normativo non previsto dalla legge primaria ad opera di una norma di livello secondario, integra, non solo una violazione del principio di legalità in materia penale (artt. 25, comma 2 Cost. e 1 c.p.), ma anche di tutti i principi che regolano la gerarchia delle fonti del diritto, nonché dell'art. 17 della l. n. 400/1988, il quale stabilisce i limiti invalicabili del potere regolamentare ministeriale.

Ancora, egli rileva che la creazione del divieto di PGD ad opera delle Linee guida costituisce una violazione del principio di tassatività posto dal legislatore a fondamento del diritto penale italiano: l'art. 13 prevede, infatti, che la violazione dei precetti contenuti nella norma medesima, pertanto anche del divieto di PGD, costituisca reato.

Il Tribunale di Firenze, richiamandosi alla l. 20 marzo del 1865, n. 2248, art. 5, all. E, che stabilisce che «le Autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi», ha così potuto procedere alla disapplicazione delle Linee guida nella parte in cui introducono un divieto non previsto dalla legge, ossia il divieto dell'indagine non osservazionale.

Il giudice fiorentino, attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata della legge, che coinvolge gli artt. 3 e 32 Cost., si spinge poi fino a ritenere legittimato l'esercizio della PGD, sulla base della considerazione che un divieto in proposito sarebbe censurabile sotto il profilo del principio costituzionale del diritto alla salute, di quello di ragionevolezza e di quello uguaglianza, oltre che in evidente contrasto con la legge n. 194/1978 che consente all'art. 1 il diritto alla procreazione cosciente e

responsabile ed all'art. 4 la possibilità di interrompere volontariamente la gravidanza entro i primi novanta o anche successivamente in presenza di alcuni tassativi presupposti.

Egli osserva, infatti, che, poiché la legge n. 40/2004 fa salva espressamente (né poteva fare altrimenti stante la attuale vigenza della legge n. 194/1978) la possibilità di ricorrere all'aborto per problemi legati alla salute della donna derivanti anche da previsioni di anomalie o malformazioni del feto, dal momento che tali anomalie vengono comunemente valutate attraverso le tecniche di ormai larga diffusione dell'amniocentesi e della villocentesi, altrettanta estensione di tutela deve essere riconosciuta alla donna alla quale l'impianto non sia stato ancora praticato, consentendole l'accesso alla diagnosi genetica preimpianto. Deve riconoscersi, infatti, che sia quest'ultima, sia la diagnosi prenatale perseguono la medesima finalità: assicurare un'adeguata informazione sullo stato di salute degli embrioni, rispettivamente impiantati o destinati all'impianto medesimo.

Poiché il dovere di tutelare situazioni uguali in modo uguale *ex art. 3 Cost.*, così come la tutela della salute della donna *ex art. 32 Cost.*, impongono di riconoscere alla donna la medesima tutela della salute sia nell'interruzione volontaria di gravidanza mediante l'accesso all'amniocentesi e villocentesi, sia nella fecondazione *in vitro* con l'accesso alla PGD sarebbe «non solo irrazionale, ma addirittura fuori dal senso morale semplicemente pensare che si debba procedere all'impianto per poi, successivamente alla valutazione clinica del feto, procedere ad un aborto».

Infine, l'ordinanza fiorentina va apprezzata anche nella misura in cui riconosce la piena vigenza nel nostro ordinamento della centralità del principio del consenso informato (espressione del diritto alla salute) come condizione legittimante del trattamento sanitario e come espressione di una libertà di autodeterminazione in ordine al proprio corpo da cui discende un diritto alla procreazione cosciente e responsabile. Il Tribunale di Firenze ha, infatti, ritenuto legittima la diagnosi preimpianto anche sulla scorta della disposizione contenuta nell'art. 14 al comma 5, che prevede la possibilità per i membri della coppia di ottenere informazioni dello stato di salute degli embrioni, intesa non come una fatua curiosità dei futuri genitori, bensì come necessità che i trattamenti terapeutici siano accompagnati dall'informazione necessaria ad esprimere il necessario consenso.

A tale proposito si ricorderà che l'art. 6, norma che regola il rapporto fra la coppia che decide di avvalersi della PMA e l'embrione alla luce dei principi più volte espressi nello stesso corpo della legge (ossia la necessità di un trattamento sanitario adeguatamente informato sullo stato di salute dell'embrione a cui si accompagna la possibilità di prestare un consenso libero e cosciente alla PMA da parte della coppia), prevede la necessità che la coppia esprima il proprio consenso informato a tutte le operazioni previste in tema di PMA.

È pertanto necessario che tale particolare e specifico consenso sia prestato anche in fase di impianto dell'embrione, e ciò impone di considerare ammessa la PGD. Infatti, se è vero che il sanitario, secondo costante giurisprudenza⁶³⁵, deve fornire indicazioni in merito allo stato di salute del feto, seppure tali

⁶³⁵ La medesima giurisprudenza ritiene che qualora il sanitario non ottemperi a tale dovere di informare la donna, ovvero fornisca informazioni inesatte sia penalmente responsabile. Cfr. in tal senso Cass., 14 marzo 2006, n.

informazioni non gli siano richieste espressamente dalla gestante, è altrettanto vero che se il sanitario rifiutasse di fornire alla donna le informazioni in merito allo stato di salute dell'embrione e procedesse all'impianto di un embrione non sano, potrebbe essere ritenuto civilmente e penalmente responsabile.

Riassumendo deve, quindi, ritenersi che non solo la legge *de qua* non preveda un divieto di diagnosi preimpianto, ma addirittura lo sottintenda per i motivi che si sono ora esposti. In tale situazione il decreto ministeriale 21 luglio 2004, nella parte in cui ha aggiunto al comma 3 dell'art. 13 l'ulteriore divieto dell'indagine non osservazionale, ha previsto un divieto *contra legem*, incidendo su una normazione primaria superiore che va pertanto disapplicata *ex art.* 5 l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. B.

La portata della decisione è dirompente: non solo il giudice fiorentino, accertata l'illegittimità delle Linee guida ministeriali, procede alla disapplicazione delle stesse nella parte in cui introducono il divieto alla PGD, ordinando pertanto al centro medico convenuto di effettuare la diagnosi genetica preimpianto degli embrioni creati tramite i gameti della coppia, ma ordina altresì «di trasferire in utero solo gli embrioni sani o portatori sani rispetto alla patologia di cui soffre la ricorrente, con crioconservazione degli embrioni malati sino all'esito della tutela di merito», nonché di eseguire il tutto (PMA e PGD) «secondo le migliori regole della scienza in relazione alla salute della madre»⁶³⁶.

In estrema sintesi, con questa altra importante ordinanza, il magistrato fiorentino, attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata della legge e delle Linee guida applicative, che parte dal riconoscimento in capo ai ricorrenti del diritto alla salute proprio e del nucleo familiare, del diritto all'informazione nel caso di trattamento sanitario e del diritto ad una libera e cosciente procreazione, elimina il vizio di irragionevolezza di cui soffrirebbe altrimenti la legge, causato dal contrasto fra il fine dichiarato all'art. 1 e il contenuto effettivo della stessa che, non assicurando mezzi adeguati allo scopo, costringe la donna a scegliere se rinunciare alla gravidanza o, accertata con la diagnosi prenatale una malformazione o malattia genetica, ricorrere all'aborto terapeutico⁶³⁷.

Così facendo, il Tribunale supera alcune tra le questioni più controverse poste dalla norma e crea un precedente giurisprudenziale che, aggiungendosi a quanto già statuito in materia dal Tribunale di Cagliari, anche in considerazione dell'articolazione delle argomentazione e delle novità contenute nel dispositivo, apre finalmente la strada per una riforma della legge.

5444, in *Giur. it.*, 2007, p. 343; Cass., 8 luglio 1994, n. 6464, in *Giur. civ.*, 1995, I, p. 767; Cass., 3 settembre 1997, n. 8451, in *Fam. e dir.*, 1998, p. 30, con nota di FIGONE.

⁶³⁶ BALDINI, *Procreazione assistita: legittimità della diagnosi preimpianto e divieto di crioconservazione*, cit., osserva come «si riafferma così il principio secondo il quale nello svolgimento di un trattamento sanitario è il medico (e non il legislatore) che stabilisce le modalità tecniche della prestazione nell'esclusivo interesse del paziente e laddove vi sia, come in ambito procreativo, un conflitto tra interessi alla vita e alla salute della madre e i corrispondenti interessi del concepito, inevitabilmente si accorderà prevalenza ai primi rispetto ai secondi. Ciò significa in primo luogo restituire al medico quella autonomia di valutare la scelta terapeutica più adeguata al caso concreto, che in materia di PMA vuol dire in primis scelta della metodica più idonea nonché scelta sul numero di embrioni da produrre e da trasferire in relazione agli specifici problemi manifestati dalla donna (e dalla coppia). E' in base alle regole della miglior scienza ed esperienza, nel rispetto dei principi del proprio codice deontologico e di quelli generali dell'ordinamento che esso dovrà operare».

⁶³⁷ DI CAPUA, *Il divieto di diagnosi pre-impianto nel procedimento di fecondazione assistita al vaglio critico di un'innovativa giurisprudenza*, cit., p. 308.

Merita di essere, infine, osservato come con l'obbligo imposto al centro medico da parte del magistrato fiorentino di procedere alla crioconservazione degli embrioni che dovessero risultare affetti dalla patologia genetica, il Tribunale supera anche l'espressa disposizione di cui all'art. 14 comma 1 (che vieta di congelamento dell'embrione salvo l'ipotesi di cui al successivo comma 3 che esula però dal caso in esame), introducendo una deroga non prevista dalla legge mediante un'interpretazione costituzionalmente orientata.

Tuttavia, se è vero che le citate decisioni dei giudici civili di Cagliari e Firenze sono senz'altro coraggiose, esse lasciano, tuttavia, irrisolte alcune questioni fondamentali, che riguardano, fra l'altro, la facoltà della donna di rifiutare l'impianto, la sorte degli embrioni non impiantati e la sua compatibilità con il divieto di soppressione e di crioconservazione⁶³⁸.

Non viene, infine, affrontato il problema dell'ostacolo degli artt. 1 e 4 della legge n. 40/2004, secondo i quali solo coppie sterili o infertili possono accedere ad un protocollo di PMA e, quindi, richiedere una diagnosi preimpianto, perché in entrambi i casi le coppie richiedenti risultavano affette da sterilità di carattere se non altro idiopatico.

3.4. La sentenza del TAR del Lazio del 21 gennaio 2008 e le nuove Linee guida.

Considerato il quadro giurisprudenziale appena tracciato è evidente che le Linee guida del 2004 non potevano che avere vita breve, anche se quattro anni non sono comunque pochi.

La svolta giurisprudenziale avviene ad opera della terza sezione del Tribunale amministrativo del Lazio, la quale, pronunciandosi con la sentenza n. 398 del 21 gennaio 2008⁶³⁹ sul ricorso avanzato dalla Warm, associazione che riunisce centri e professionisti che svolgono attività di PMA, avverso il decreto ministeriale che approva le Linee guida, sulla base delle decisioni del Tribunale di Cagliari e di Firenze, dichiara illegittimo per eccesso di potere il limite della sola indagine osservazionale stabilito in queste ultime.

Il provvedimento del Tribunale romano⁶⁴⁰ non è in realtà il primo, dal momento che lo stesso si era già pronunciato sulla medesima questione con sentenza del 9 maggio 2005 n. 3452⁶⁴¹, la quale aveva però

⁶³⁸ VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 291, il quale osserva come sia stato sostanzialmente eluso il problema della rilevanza penale ex art. 14, comma 1, della soppressione o crioconservazione degli embrioni non trasferiti (mentre «il Tribunale di Firenze, addirittura, ordinava la crioconservazione, nel giudizio di fronte al Tribunale di Cagliari neppure si poneva il problema del numero massimo di embrioni producibili e trasferibili, allora rilevante ex art. 14, co. 2, posto che si discuteva delle sorti di un embrione già prodotto»).

⁶³⁹ Tar Lazio, Sez. III *quater*, 21 gennaio 2008 n. 398, in *Fam. e diritto*, 2008, 499, con nota di FIGONE, *Illegittimo il divieto di indagini preimpianto sull'embrione?*; in *Giur. merito*, 2008, p. 1134 ss., con commento di DODARO, *Procreazione assistita e questione di legittimità costituzionale*; in *Guida al dir.*, 2008, 60 ss., con nota di CARUSO, *Al vaglio della Corte Costituzionale l'obbligo di impiantare solo tre embrioni*.

⁶⁴⁰ Sui termini entro i quali è ammissibile l'intervento nel giudizio amministrativo esistono due orientamenti differenti. Secondo un primo orientamento (seguito dal Tar Lazio nella sentenza del 2005 non condivisa dal giudice d'appello) la tardività dell'intervento non può mai formare l'oggetto di un'eccezione paralizzante della controparte, ma può solo legittimare la richiesta di termini a difesa nell'ipotesi in cui si intenda controbattere ai contenuti della

rigettato l'impugnazione. In sede d'appello, in data 28 marzo 2007, il Consiglio di Stato compie una radicale inversione di rotta e, su appello della Warm, annulla la precedente pronuncia del 2005, rilevando una violazione del contraddittorio⁶⁴² e restituisce così gli atti al giudice di primo grado per una nuova decisione.

A seguito di tale rinnovato esame del ricorso della Warm, il Tar afferma così la parziale fondatezza delle censure da essa avanzate nei confronti delle Linee guida del 2004, dubitando perfino della legittimità costituzionale di alcune parti della stessa legge n. 40/2004.

Le censure denunciate sono varie: vanno dall'asserito difetto di motivazione e vizio procedimentale, all'omessa definizione del termine embrione, all'eccesso di potere per non indicare al medico il comportamento da tenere nel caso di crioconservazione, donazione ad altra coppia e distruzione dell'embrione.

Dei nove motivi di ricorso proposti il Collegio ritiene fondati il sesto e il settimo e, mentre con riferimento al primo motivo di ricorso annulla in quanto illegittime le Linee guida, il secondo costituisce invece l'occasione per sollevare questione di legittimità costituzionale su un altro profilo controverso della legge, ossia quello contenuto nei commi 2 e 3 dell'art. 14, che impone il limite di produzione dei tre embrioni, l'impianto di tutti quelli prodotti e il divieto di crioconservazione, su cui ci si è soffermati nel capitolo precedente. L'ulteriore doglianza espressa nel ricorso introduttivo della Warm riguarda l'eccesso di potere per ingiustizia manifesta ed irrazionalità del decreto, laddove, sotto il titolo «Limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni», impone all'art. 14, comma 2, la creazione di un numero di embrioni comunque non superiori a tre, oltre alla violazione del diritto alla salute, di cui si è dato conto ampiamente nel terzo capitolo.

Per quanto riguarda la prima questione, che qui interessa, in estrema sintesi, il Tar, dopo aver premesso che il divieto di PMA va contro l'art. 12 della Convenzione di Oviedo, osserva come la l. n. 40 del 2004, all'art. 13 comma 2, non ponga affatto il divieto di diagnosi preimpianto, in quanto anzi consente «la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano, sia pure per finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso e si consentono interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche allo stesso scopo».

domanda d'intervento o si possano produrre, in relazione a quelli, nuovi documenti o memorie, trattandosi di contemperare il diritto di difesa con l'esigenza di acquistare al processo posizioni comunque rilevanti (Consiglio di Stato, Sezione IV, 17 aprile 2000, n. 2288). Il secondo orientamento (Consiglio di Stato, Sezione IV, 30 giugno 2005 n. 3594), seguito dal Consiglio di Stato nella controversia *de qua*, afferma invece che l'intervento può essere attuato nel rispetto dell'art. 23, quarto comma, della legge 1034/1971 («Le parti possono produrre documenti fino a venti giorni liberi anteriori al giorno fissato per l'udienza e presentare memorie fino a dieci giorni»), che imporrebbe la notificazione dell'atto di intervento almeno dieci giorni prima dell'udienza. Se detto termine non è rispettato, qualora vi sia opposizione delle altre parti e se esse non consentono un rinvio della discussione, l'intervento non può essere preso in considerazione, con conseguente violazione dell'equo processo, ossia del contraddittorio, qualora l'intervento sia comunque ammesso. Così CARUSO, *Al vaglio della Corte costituzionale l'obbligo di impiantare solo tre embrioni*, cit., p. 70.

⁶⁴¹ Pubblicata in *Guida al dir.*, n. 23/2005.

⁶⁴² Egli ritiene che l'intervento in giudizio *ad opponendum*, tra gli altri, del Movimento per la vita fosse inammissibile per tardività.

Inoltre il successivo art. 14 al comma 5 fissa i presupposti per la liceità della tecnica: la coppia che accede alla tecnica di PMA deve, infatti, essere informata, quando lo richieda, del numero, della salute degli embrioni da trasferire in utero, così come dispone l'art. 6, in omaggio all'art. 5 della Convenzione di Oviedo, secondo cui è possibile un intervento in ambito sanitario «solo previo consenso libero e chiaro della persona interessata, la quale riceve, innanzitutto, un'informazione adeguata sia rispetto al fine e alla natura che alle conseguenze e ai rischi».

Dal confronto tra la norma di legge e quella contenuta nelle Linee guida emerge, quindi, chiaramente, ad avviso del Tribunale romano, come queste ultime contraggano le possibilità di intervento, riducendole alla sola osservazione dell'embrione.

Sulla base di queste motivazioni il Tar del Lazio dispone l'annullamento delle Linee guida a causa della rilevata illegittimità delle stesse, laddove esse (che si ricordi sono un atto amministrativo), del tutto arbitrariamente, inibiscono ciò che, invece, la legge ammette espressamente.

Il collegio sottolinea, infatti, come esorbiti dalle funzioni del Ministero, in quanto organo deputato ad elaborare le Linee guida, la possibilità di intervenire sull'ambito oggettivo di delimitazione della disciplina della procreazione medicalmente assistita, in quanto il potere relativo spetta solo al legislatore, con la conseguenza che se quest'ultimo, nella sua ampia discrezionalità politica ha stabilito di consentire interventi diagnostici sull'embrione per le finalità prima espresse, questi ultimi non possono essere limitati nel senso prospettato nella norma delle Linee Guida.

All'autorità amministrativa ministeriale residua, cioè, il solo potere di adottare regole di alto contenuto tecnico e di natura eminentemente procedurale, nel rispetto del principio di legalità (art. 25 Cost.), quali sono appunto le Linee guida, atto amministrativo di natura regolamentare, di provenienza ministeriale, che contengono, ai sensi dell'art. 7, comma 1 della l. n. 40/2004, l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Esse, infatti, pur costituendo una sorta di *vademecum* vincolante, non sono né fonte del diritto, né vincolo per l'interprete, ma esclusivamente strumento di ausilio nell'interpretazione della legge e non possono derogare in alcun modo al disposto normativo.

Proprio al fine di «stigmatizzare l'ambito di operatività dell'Esecutivo che non può surrettiziamente inserire limitazioni che non siano già presenti nella legge di riferimento»⁶⁴³ il giudice amministrativo si richiama alla recente sentenza del Tribunale di Cagliari del 24 settembre 2007, nella quale il giudice ordinario era ricorso all'unico strumento in suo possesso, ossia la disapplicazione dell'atto amministrativo, al fine di riconoscere il diritto della coppia alla PGD sull'embrione, escludendo la limitazione «arbitrariamente introdotta con il decreto ministeriale».

In definitiva, con questa importante pronuncia il Tribunale laziale aggiunge un altro tassello nella lunga e tortuosa strada che porta al definitivo riconoscimento del diritto a chiedere e ottenere la PGD, nella misura in cui finalmente annulla, peraltro negli stessi termini indicati dai giudici ordinari di Cagliari e Firenze, riscontrando il vizio di legittimità dell'eccesso di potere, la disposizione della Linee guida in

⁶⁴³ Così DODARO, *Procreazione assistita e questione di legittimità costituzionale*, cit., p. 1146.

materia nella parte riguardante le misure di tutela dell'embrione, laddove si statuisce che ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati *in vitro*, ai sensi dell'art. 14, comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale, pur mantenendo il divieto di ogni diagnosi preimpianto con finalità eugenetica.

È da rilevare come la decisione del giudice amministrativo laziale, non solo non sia stata impugnata davanti al Consiglio di Stato, ma anzi sia stata recepita dal Ministro della Salute, Livia Turco⁶⁴⁴, il quale ha emanato, anche sulla scorta del parere espresso dal Consiglio Superiore della Sanità del 19 luglio 2007 e della deliberazione del Comitato di Presidenza del medesimo Consiglio del 9 aprile 2008, alla fine della XV Legislatura, con decreto ministeriale 11 aprile 2008⁶⁴⁵ le attuali Linee guida in materia di PMA, che costituiscono una versione aggiornata delle precedenti e contengono le indicazioni delle procedure e delle tecniche di PMA, che sono state rese vincolanti per le strutture autorizzate.

La principali novità⁶⁴⁶ introdotte dalla nuove Linee guida, oltre all'abolizione delle disposizioni relative al limite costituito dalla sola indagine di tipo osservazionale in seguito alla pronuncia di annullamento appena vista, concerne le coppie fertili portatrici di malattie genetiche. Le nuove Linee guida estendono, infatti, la possibilità di accedere alle tecniche di PMA anche per gli uomini che sono affetti da malattie virali derivanti da HIV, epatite B e C. Queste malattie sono sessualmente trasmissibili e «l'elevato rischio di contagio per la madre o per il feto costituisce, di fatto, una causa ostativa alla procreazione, imponendo l'adozione di precauzioni che si traducono, necessariamente, in una condizione di infertilità maschile»⁶⁴⁷.

Se l'abolizione del divieto di PGD ha reso sicuramente le Linee guida del 2008 maggiormente rispettose della gerarchia delle fonti del diritto, in quanto l'introduzione del divieto ad opera del precedente regolamento costituiva una palese violazione del detto principio, nonché della normativa internazionale di cui alla Convenzione di Oviedo ratificata dall'Italia con l. n. 145/2001, e dalla lettura di

⁶⁴⁴ Lo stesso Ministro della Salute Livia Turco, presentando le nuove Linee Guida, ha sottolineato come esse tengano conto del mutato quadro di riferimento giuridico scaturito dagli interventi della magistratura, richiamando espressamente la sentenza del Tar del Lazio.

⁶⁴⁵ Pubblicato in G.U. 30 aprile 2008, n. 101. Si veda anche Ministero della Salute, decreto 11 aprile 2008, Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita, in *Diritto di famiglia e persone*, 2008, 2195 ss.

⁶⁴⁶ Altre novità introdotte dalle Linee guida del 2008 riguardano poi:
- la c.d. "gradualità delle tecniche": mentre il comma 2 dell'art. 4 della l. n. 40 del 2004 aveva sottolineato il criterio della gradualità, ispirandosi al criterio della «minore invasività», le nuove Linee guida affermano che il medico deve far riferimento «in prima istanza alle opzioni terapeutiche più semplici, meno invasive e meno onerose». È necessario, comunque, sempre vedere il caso concreto e tener conto di alcuni parametri come la salute della donna, l'età, ecc.;

- la maggior specificazione dei soggetti legittimati a certificare lo stato di sterilità della coppia che accede alle tecniche di PMA. Mentre nelle vecchie Linee guida tale compito era del ginecologo per quanto riguarda la donna e dell'urologo e dell'andrologo per quanto riguarda l'uomo, nelle nuove Linee guida l'andrologo viene sostituito con «un endocrinologo con competenze andrologiche» e compare, inoltre, una nuova figura, quello dello specialista in genetica medica quando si deve certificare una di queste patologie;

- infine un ulteriore aspetto riguarda la consulenza psicologica alla coppia che decide di accedere alla PMA, in quanto questo trattamento può provocare degli squilibri all'interno della coppia stessa, la quale deve essere aiutata ad affrontare questo lungo e faticoso *iter*.

⁶⁴⁷ Tale previsione pone dei problemi con il principio della riserva di legge in quanto, mentre la legge consente l'accesso alla PMA solo alle coppie infertili/sterili, le Linee guida, provvedimento amministrativo regolamentare gerarchicamente subordinato, fissano un ulteriore caso di accesso alla PMA, ossia nei casi in cui l'uomo sia affetto solo dalle malattie indicate.

queste la PGD non solo non risultava più vietata, ma sembrava quasi consentita⁶⁴⁸, tuttavia, è pur vero che esse, a dispetto delle apparenze, non sono state sufficienti ad aprire la strada alla PGD nella prassi italiana.

Le ragioni di questo sbarramento sono da ricercare in due ordini di ragioni⁶⁴⁹.

Il primo ostacolo, di natura ideologica, era rappresentato dal disposto dell'art. 13, comma 3 della l. n. 40/2004 (sia nella prima, sia nella seconda versione) che vieta ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni, divieto tradotto dalle Linee guida sia nella versione del 2004, sia in quella del 2008, nella preclusione di «ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica», sebbene, come messo in evidenza dal giudice cagliaritano, la PGD (non diversamente da altri strumenti diagnostici) sia uno strumento di conoscenza e non di selezione, in quanto a contenuto di per sé neutro rispetto ai futuri utilizzi delle informazioni che essa offre.

Il secondo grosso ostacolo, questa volta di natura pratica, alla possibilità di eseguire indagini preimpianto nel nostro Paese derivava, invece, dalla disposizione contenuta nell'art. 14, comma 2 della l. n. 40/2004 che, come si è esaminato ampiamente nel corso del terzo capitolo, faceva divieto di produrre un numero di embrioni superiore a tre fino all'intervento della Corte costituzionale del 2009. Poiché, come si è detto, questa tecnica diagnostica comporta qualche rischio per il futuro sviluppo dell'embrione, in quanto esiste la possibilità di danneggiare le cellule vicine a quella rimossa, a cui deve aggiungersi nelle coppie portatrici di anomalie cromosomiche o mutazioni genetiche l'alta probabilità di ottenere un embrione malato⁶⁵⁰, ne deriva che per poter eseguire un'indagine genetica preimpianto è necessario che si sia prodotto un numero di embrioni relativamente elevato, comunque superiore a tre

3.5. *L'intervento della Corte costituzionale dell'8 maggio 2009 n. 151.*

La decisiva svolta giurisprudenziale che apre la strada alla PGD ha luogo con la sentenza dell'8 maggio 2009 n. 151 della Corte costituzionale⁶⁵¹ (di cui si è già trattato ampiamente nel precedente capitolo), che rimuove il maggior ostacolo alla concreta praticabilità di tale pratica, ossia il limite massimo di embrioni producibili e trasferibili.

⁶⁴⁸ Nella misura in cui questa faceva emergere il diritto del quale è titolare la coppia che venga ammessa alla procedura di PGD di ottenere informazioni sul numero, sullo stato e sulla salute degli embrioni che verranno in seguito impiantati: di più l'art. 6 impone al sanitario di fornire alla coppia importanti informazioni che in nessun caso possono essere omesse e ciò allo scopo di permettere alla coppia stessa di decidere se acconsentire o meno alle operazioni di impianto dell'embrione.

⁶⁴⁹ Sulla prassi medica prima della pronuncia della Corte costituzionale del 2009 si veda DOLCINI, *La lunga marcia della fecondazione assistita. La legge 40/2004 tra Corte Costituzionale, Corte Edu e giudice ordinario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 428. Sugli ostacoli alla praticabilità concreta della PGD si veda invece dello stesso Autore, *Embrioni nel numero "strettamente necessario": il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, cit., p. 962 s.

⁶⁵⁰ Si è già detto che nel caso di mutazioni recessive possedute da entrambi i membri della coppia il rischio di avere un figlio malato è del 25%, mentre nel caso di mutazione dominante con un genitore già ammalato è addirittura del 50%. Cfr. FLAMIGNI, *Il secondo libro sulla sterilità*, Utet, 2008, p. 334.

⁶⁵¹ Cfr. *supra* cap. III, par. 3.

Per quanto qui rileva la Corte costituzionale, nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale, avente ad oggetto i limiti posti dalla legge n. 40/2004 alla produzione degli embrioni destinati all'impianto, ha inciso sul contenuto del terzo comma dell'art. 14, «nella parte in cui non prevede[va] che il trasferimento degli embrioni [...dovesse] essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna», al contempo precisando che «la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze della procreazione».

Pur non prendendo esplicitamente posizione sulla questione della PGD, in quanto non ne era stata investita direttamente, le argomentazioni svolte dal giudice delle leggi nella motivazione della pronuncia offrono, tuttavia, un rilevante sostegno alla lettura costituzionalmente orientata dell'art. 14 della l. n. 40/2004 (unica lettura che consente peraltro di risolvere il problema del rapporto altrimenti confliggente tra di essa e la legge n. 194/1978) sia per la rilevanza attribuita al diritto alla salute della donna⁶⁵², sia per l'affermazione secondo cui il diritto della coppia di essere informata sullo stato di salute dell'embrione e di poter effettuare di conseguenza una scelta consapevole, giustifica l'impiego della migliori tecniche «secondo i canoni della scienza e dell'arte medica».

La sentenza è stata letta dalla maggior parte degli studiosi⁶⁵³ in chiave di riconoscimento della legittimità della diagnosi preimpianto: l'abolizione del limite massimo di tre embrioni consente, infatti, al medico di produrre il numero di embrioni “necessario” (non più solamente tre) per poter praticare una diagnosi e una selezione preimpianto (la misura della necessità rilevante *ex art. 14*, comma 2 è parametrata alle *leges artis*), crioconservando gli embrioni residui.

Rimane a questo punto da superare l'ultimo ostacolo ad un pieno riconoscimento della legittimità della PGD, ossia la limitazione di accesso alla PMA (e quindi alla diagnosi preimpianto) alle sole coppie affette da sterilità o infertilità, questione che la Corte costituzionale lascia irrisolta.

3.6. Le ordinanze dei Tribunali di Bologna e Salerno del 2009 e 2010.

Sulla scia della sentenza del 2009 della Corte costituzionale si collocano altre due successive ordinanze, questa volta pronunciate dai Tribunali di Bologna e di Salerno, con le quali la tesi che considera la PGD quale oggetto di un diritto acquista nuovo vigore.

⁶⁵² Sotto questo profilo, richiedere che il trasferimento degli embrioni non si traduca in un pregiudizio per la salute della donna equivale ad ammettere la possibilità di utilizzare quegli strumenti diagnostici che la scienza offre, quale in primo luogo la diagnosi preimpianto.

⁶⁵³ SALANITRO, *Principi e regole, contrasti e silenzi: gli equilibri legislativi e gli interventi giudiziari in tema di procreazione assistita*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2010, p. 85; SESTA, *La procreazione medicalmente assistita tra legge, Corte costituzionale, giurisprudenza di merito e prassi medica*, in *Famiglia e diritto*, 2010, p. 839; FERRANDO, *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa nuovi equilibri*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1216. Secondo DOLCINI, *La lunga marcia della fecondazione assistita*, cit., p. 446 «la sentenza della Corte costituzionale contribuisce in modo significativo, e senza bisogno di ulteriori mediazioni, a consentire l'effettuazione di indagini preimpianto sull'embrione creato *in vitro*. Lo fa in primo luogo eliminando il limite dei tre embrioni, ma anche, secondariamente fornendo elementi a favore di una lettura restrittiva del divieto di selezione eugenetica di embrioni: un divieto che deve essere temperato con la salute della donna».

Tali pronunce, da un lato ripropongono gli argomenti utilizzati dai Tribunali di Cagliari e Firenze, dall'altro valorizzano il nuovo assetto della legge n. 40/2004, come determinato dalla recentissima sentenza della Corte costituzionale n. 151/2009, nonché dalle Linee guida del 2008, le quali hanno riconosciuto, come si è visto, maggiori possibilità decisionali e di intervento al medico nell'accesso alla diagnosi preimpianto, nella scelta del numero degli embrioni da produrre e da impiantare e nelle pratiche di crioconservazione.

La prima in ordine cronologico è l'ordinanza del 17 giugno 2009 pronunciata dal Tribunale di Bologna⁶⁵⁴, che si trova a decidere il seguente caso: una coppia di coniugi di cui la moglie è portatrice sana di una gravissima patologia trasmissibile geneticamente, la distrofia muscolare (già trasmessa ad un primo figlio), divenuta nel frattempo anche infertile *sine causa*, si rivolge ad un centro di fecondazione assistita, per l'ottenimento di una nuova gravidanza.

In seguito al rifiuto di quest'ultimo, che con rigore ormai incomprensibile (in quanto il Tar Lazio aveva ormai cancellato il divieto di diagnosi preimpianto previsto dalle Linee e la sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2008 aveva fatto cadere ogni residuo ostacolo all'accoglimento delle richieste della coppia) rifiuta di sottoporre a PGD gli embrioni prodotti, la coppia si vede costretta ad adire l'autorità giudiziaria.

La domanda è accolta pienamente: non solo il Tribunale ordina al Centro convenuto di procedere alla diagnosi preimpianto, ma dispone altresì che siano applicate le procedure mediche per assicurare il miglior successo nel caso concreto. In particolare viene disposta la creazione di un numero minimo di sei embrioni (perché - è precisato in altro punto del provvedimento - è il numero adeguato a «scontare il rischio genetico e diagnostico del caso concreto») da sottoporre a PGD e il trasferimento, sempre con il consenso della donna, dei soli embrioni «sani», nonché la crioconservazione per un futuro impianto anche di quelli risultati idonei e non trasferibili immediatamente.

Infine, l'ordinanza precisa che l'impianto dovrà avvenire applicando al meglio le procedure mediche in materia, al fine di assicurare il successo della tecnica, tenendo anche conto dell'età e dello stato di salute della paziente e dell'esigenza di evitare gravidanze plurigemellari.

La motivazione è molto succinta e richiama la sentenza della Corte costituzionale, nella parte in cui considera l'irragionevolezza del disposto contenuto nell'art. 14, comma 2, che vieta di produrre per ogni ciclo di trattamento di PMA un numero di embrioni superiori a tre, con l'obbligo di trasferire contemporaneamente tutti gli embrioni prodotti.

Innanzitutto il giudice afferma di aderire pienamente all'orientamento giurisprudenziale che, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata della l. n. 40/2004, riconosce il diritto di ottenere la diagnosi preimpianto sull'embrione, affermando, anzitutto, una netta distinzione tra la nozione di ricerca clinica e sperimentale vietata dall'art. 13 comma 2 della citata legge e quella di diagnosi preimpianto, in

⁶⁵⁴ Trib. Bologna, ordinanza 29 giugno 2009, in *Giur. mer.*, 2009, 12, p. 3000, con nota di CASABURI, *Il restyling giurisprudenziale della legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita*.

quanto esse, pur coinvolgendo entrambe l'embrione, generano conflitti di interessi distinti e, in quanto tali, trattati diversamente dalla l. n. 40/2004.

Secondo il giudice del merito, infatti, «mentre nell'un caso si ha conflitto tra l'interesse della collettività alla libertà di ricerca e di sperimentazione scientifica - insito nella nozione di ricerca clinica e sperimentale - e l'interesse del concepito alla propria incolumità fisica, identità e dignità, conflitto che si risolve a favore di quest'ultimo, nel caso della diagnosi preimpianto viene in rilievo il rapporto tra l'aspettativa di vita dell'embrione e il diritto alla salute della madre genetica: tale conflitto non può dirsi risolto dalla l. 40/2004 a favore dell'embrione, se solo si pone mente al fatto che la legge, all'art. 14, comma 5, prevede il diritto della coppia di chiedere informazioni sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero, informazioni certamente determinanti per decidere se accettare o rifiutare il trasferimento posto che la presenza di gravi malattie genetiche dell'embrione, portata a conoscenza della donna, potrebbe spingere quest'ultima a proteggere la propria integrità fisica e psichica. Pertanto, negare la diagnosi medica preimpianto significherebbe costringere la donna a prendere una decisione non informata e inconsapevole, in ordine al trasferimento in utero degli embrioni formati, con il rischio di mettere in pericolo la propria salute».

Uno dei passaggi più significativi della pronuncia riguarda poi il nesso, sottolineato dal Tribunale, richiamandosi alla sentenza della Consulta, tra la possibilità di effettuare la PGD e l'esigenza, affermata nella pronuncia della Corte, che il trasferimento di embrioni *ex art. 14, comma 3* avvenga senza pregiudizio per la salute della donna.

Richiamando l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 14 della l. n. 40/2004, autorevolmente avallata dalla recente pronuncia della Consulta che ha riscritto tale disposizione, il giudice emiliano sancisce così definitivamente la preminenza dell'interesse alla salute della donna rispetto a quello allo sviluppo dell'embrione, affermando che «nel conflitto di interessi tra la società e l'embrione – il caso di “ricerca sperimentale” – vincerebbe il diritto di quest'ultimo, ma nel conflitto di interessi tra l'embrione e la madre – il caso di diagnosi preimpianto per una sospetta malattia del nascituro – deve prevalere il diritto alla salute psico-fisica della madre».

Il giudice bolognese osserva poi come un divieto in tal senso sarebbe «irragionevole e incongruente col sistema normativo se posto in parallelo con la diffusa pratica della diagnosi prenatale, altrettanto invasiva del feto, rischiosa per la gravidanza, ma perfettamente legittima». Di qui la conclusione che non solo quella procedura deve ritenersi non vietata, ma deve altresì riconoscersi alla donna una sorta di «diritto di abbandonare l'embrione malato e di ottenere il solo trasferimento di quello sano».

Il Tribunale chiarisce, infine, che il medico dovrà eseguire i trattamenti «in considerazione dell'età e del rischio di gravidanze plurigemellari pericolose» e dovrà provvedere al congelamento «per un futuro impianto degli embrioni risultati idonei che non sia possibile trasferire immediatamente e comunque di quelli con patologia». L'ordinanza si spinge addirittura fino a indicare in sei il numero minimo di embrioni che dovranno essere sottoposti ad analisi in laboratorio.

La dottrina ha accolto positivamente questa pronuncia nella misura in cui costituisce un corretto e logico sviluppo delle premesse poste dalla sentenza del 2009, anche se il numero di sei embrioni indicato dal giudice può forse apparire una forzatura, seppure del tutto coerente con le regole dell'*ars medica*⁶⁵⁵.

La tenuta di questa ultima decisione è però indebolita dal peso di un'ulteriore questione rimasta irrisolta, inerente la limitazione di accesso alla PMA alle sole coppie affette da sterilità o infertilità. Come si è già avuto modo di sottolineare, la dottrina ha da sempre sottolineato che la scelta del legislatore di escludere dall'accesso alla fecondazione in vitro in funzione terapeutica le coppie che non siano sterili o infertili, ma che siano tuttavia portatrici di gravi malattie trasmissibili, ossia in grado di rendere impossibile la riproduzione con metodi naturali, sia incomprensibile e penalizzante.

Fin dall'emanazione della legge n. 40/2004 era stata prospettata⁶⁵⁶, pertanto, la tesi secondo cui la procreazione assistita non doveva porsi il solo fine di ovviare alla sterilità ed infertilità, ma doveva estendersi anche ai casi in cui le coppie fertili, pur potendo procreare nelle forme naturali, devono astenersi dal farlo per evitare che le gravi patologie di cui sono affetti si trasmettano ai figli.

Un passo fondamentale in questa direzione è stato fatto dal Tribunale di Salerno⁶⁵⁷, il quale ha ammesso la PGD anche a favore di una coppia fertile affetta da una malattia genetica trasmissibile, e pertanto anche al di fuori del requisito dello stato di sterilità o infertilità.

Mentre, infatti, nel provvedimento bolognese la coppia aveva sapientemente allegato un'infertilità sopravvenuta *sine causa*, tale *escamotage* appariva, invece, difficilmente praticabile nel caso considerato dal giudice campano, in quanto esso concerneva una coppia di soggetti portatori di una mutazione genetica causativa di atrofia spinale di tipo 1, i quali avevano già ottenuto in precedenza ben quattro gravidanze per vie naturali (trasmettendo in tre casi la malattia, in un caso con conseguente morte della bambina, in due casi optando poi per l'aborto; nel quarto caso ottenendo un figlio sano).

Volendo evitare di trasmettere la malattia al nascituro per non ripetere le pregresse e drammatiche esperienze la coppia decide di rivolgersi ad un centro specializzato, richiedendo la diagnosi preimpianto. Di fronte al rifiuto opposto da quest'ultimo sulla base del fatto che mancava il requisito della sterilità ed infertilità richiesto dall'art. 4 della l. n. 40 del 2004, la coppia decide così di ricorrere al giudice civile, il quale, sulla scorta degli interventi dapprima della giurisprudenza amministrativa e poi della Corte costituzionale, che hanno cancellato dal sistema il divieto di diagnosi preimpianto previsto dalle Linee guida, ha buon gioco ad accogliere le richieste dei ricorrenti.

Nel provvedimento d'urgenza favorevole alla coppia, dotato di un *iter* motivazionale rigoroso, il giudice campano ha dovuto affrontare preliminarmente il problema dei requisiti per l'accesso della coppia alla PMA in vista di una successiva PGD, dal momento che i ricorrenti non avevano prodotto una

⁶⁵⁵ DOLCINI, *La lunga marcia della fecondazione assistita*, cit., p. 447.

⁶⁵⁶ SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., 32.

⁶⁵⁷ Trib. Salerno ordinanza 9 gennaio 2010 n. 191, in *Guida al diritto*, 2010, 9, 62 ss., con nota di PORRACCILO, *Superato il vincolo disposto dalla legge della necessaria sterilità dei richiedenti*. Pubblicata anche in *Famiglia e diritto*, 2010, 5, p. 476 con nota di SEGNI, *Procreazione assistita per portatori di malattie trasmissibili – un nuovo problema*, p. 478 e di LA ROSA, *Diagnosi preimpianto anche per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche*, p. 482.

certificazione di sterilità/infertilità come richiesto dall'art. 4, comma 1 della legge, non avendo riferito di inutili tentativi di concepimento.

Dopo aver premesso che la nozione legale di "infertilità", che nell'introduzione delle Linee guida viene assunta come sinonimo di "sterilità", a dispetto della prevalente letteratura medica in cui riveste un significato autonomo, comprensivo di situazioni in cui la donna è in grado di concepire, ma non di portare a termine la gravidanza⁶⁵⁸, il giudice campano fa riferimento alle Linee guida del 2008, le quali stabiliscono che è possibile far ricorso alle tecniche di PMA anche nel caso in cui l'uomo sia portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili e in particolare del virus HIV e di quelli delle epatiti B e C, in quanto in questi casi «l'elevato rischio di infezione per la madre o per il feto costituisce di fatto, in termini obiettivi, una causa ostativa della procreazione, imponendo l'adozione di precauzioni che si traducono, necessariamente, in una condizione di infecondità, da farsi rientrare tra i casi di infertilità maschile severa da causa accertata e certificata da atto medico».

Riconoscendo che queste ultime condizioni sono assimilabili ai casi di infertilità per i quali è concesso il ricorso alla PMA, ad avviso dell'organo giudicante, si determina un ampliamento della concezione normativa di infertilità e quindi un maggiore accesso alle pratiche di procreazione assistita.

In altre parole, mediante un ampliamento della nozione di infertilità, coppie non sterili, ma portatrici di anomalie genetiche (analogamente agli uomini affetti da patologie virali trasmissibili che nella Linee guida del 2008 vengono annoverati come soggetti infertili) possano accedere alla PMA e alla PGD, almeno nei casi in cui l'anomalia genetica in questione, secondo le conoscenze medico-scientifiche⁶⁵⁹, comporti un alto rischio di interruzione spontanea della gravidanza.

Il Tribunale salernitano sintetizza poi il riassetto della disciplina in materia di PMA dato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 151 del 2009 alla legge n. 40/2004, ricordando che la Consulta con tale fondamentale pronuncia ha assegnato alla salute della madre un ruolo dominante, muovendo dal rilievo che è la stessa l. n. 40 del 2004 che non riconosce una tutela assoluta all'embrione, in quanto cerca di individuare "un giusto bilanciamento" con la tutela delle esigenze della procreazione.

La legge così reinterpretata, nell'assegnare un ruolo dominante alla salute della madre, tutela altresì il diritto della stessa a conoscere se il concepito sia malato tramite appunto diagnosi preimpianto, al fine di evitare l'irragionevole conseguenza di costringerla ad impiantare l'embrione malato per poi abortirlo.

Il giudicante, sulla base dell'elaborazione dottrinale che riporta il «diritto della donna al figlio», per di più sano, al rango di diritto soggettivo, da ascriversi tra quelli inviolabili di cui all'art. 2 Cost⁶⁶⁰, norma aperta a nuovi valori, osserva così che anche il diritto di autodeterminazione nelle scelte procreative deve allora far parte dei «diritti fondamentali e personalissimi costituzionalmente tutelati di entrambi i genitori

⁶⁵⁸ DOLCINI, *La lunga marcia della fecondazione assistita*, cit., p. 450.

⁶⁵⁹ FLAMIGNI, *Introduzione* in DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, cit., p. 6 ss.

⁶⁶⁰ Tale disposizione enuncia che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità. Gli artt. 13, 14 15 e 24 comma 2 Cost. elencano, a titolo esemplificativo, alcuni dei diritti inviolabili, ma, secondo gli interpreti, non è precluso che altri diritti rientrino nella «intrasgredibilità» stessa.

congiuntamente, in modo da garantire la pariteticità della tutela alla libera ed informata autodeterminazione di procreare della madre come del padre».

Il diritto a procreare e lo stesso il diritto alla salute dei soggetti coinvolti verrebbero, infatti, irrimediabilmente lesi se l'interpretazione delle norme in esame impedisse la PMA delle coppie pur non infertili e non sterili, ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, in quanto solo attraverso la fecondazione *in vitro* preceduta da una diagnosi genetica preimpianto e quindi l'impianto dei soli embrioni sani di essi, mediante una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 13 legge citata, è possibile scongiurare il rischio di procreare un figlio malato.

Infine, il Tribunale di Salerno - premesso che nelle pratiche terapeutiche, la regola di fondo deve essere l'autonomia e la responsabilità del medico, che, col consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali - nega che possa ammettersi qualsiasi impianto coattivo degli embrioni allorché la donna intenda revocare il proprio consenso, nonostante il contrario disposto dell'art. 6, comma 3 della legge n. 40/2004. Se così non fosse la coartazione costituirebbe infatti un trattamento sanitario obbligatorio contrastante con gli artt. 32 comma 2 e 13 Cost. a tutela della inviolabilità della persona.

In conclusione, «la PGD, richiesta dalle coppie che abbiano accesso a tecniche di procreazione assistita, è quindi funzionale alla soddisfazione dell'interesse dei futuri genitori ad avere adeguata informazione sullo stato di salute dell'embrione, nonché sul trattamento sanitario consistente nell'impianto in utero dell'embrione prodotto in vitro».

Se alla decisione in esame va riconosciuto il merito di «aver evidenziato quanto sia irragionevole *ex art. 3 e 32 Cost.*, impedire l'accesso alla PGD a soggetti fertili in quei casi in cui potrebbero successivamente ricorrere all'aborto, [...] affermando l'irrilevanza del limite dell'art. 4, comma 1 nei confronti di chi pur non essendo sterile o infertile rischia concretamente di procreare figli affetti da gravi malattie»⁶⁶¹, estendendo la PMA preceduta da diagnosi genetica preimpianto dell'embrione anche ad una coppia fertile, rimane comunque, secondo attenta dottrina⁶⁶², censurabile nella misura in cui non propone «una qualche interpretazione estensiva e adeguatrice delle nozioni di sterilità o infertilità, ma nei fatti si limita a disapplicare una norma di legge» e non solleva neppure questione di legittimità costituzionale per insanabile contrasto con la Costituzione.

In altre parole, il giudice civile ha ritenuto, nonostante l'espresso tenore letterale della lettera della legge, di poterne superare la formulazione testuale, sostenendo che non solo la legge non prevede alcuna sanzione nei confronti del medico che pratici la PMA a favore di coppie non sterili, ma che comunque la diagnosi preimpianto tutela il diritto fondamentale e personalissimo di entrambi i genitori di autodeterminazione nelle scelte procreative, indipendentemente dalla presenza o meno di problematiche concernenti la sterilità.

⁶⁶¹ VALLINI, *La diagnosi e selezione preimpianto: da illecito penale a questione deontologica. Eterogenesi dei fini di un legislatore irragionevole*, cit., p. 1411.

⁶⁶² ID, *ibidem*.

Rimane in definitiva più di un'incertezza sulla nozione di infertilità accolta nell'ordinanza in questione, accogliendo una nozione ampia di infertilità⁶⁶³, tanto che il problema più controverso in tema di PGD verte infatti oggi non già sulla liceità di questa tecnica diagnostica, bensì sulle condizioni per l'accesso ad essa, che la legge individua alternativamente nella sterilità o infertilità.

Come suggerito da parte di alcuni studiosi⁶⁶⁴ una soluzione praticabile e in linea con il dettato normativo sarebbe quella di far rientrare nella definizione di "infertile" anche quelle coppie non sterili ma portatrici di anomalie genetiche le quali, alla stregua delle conoscenze medico-scientifiche, comportano un alto livello di interruzione della gravidanza; così interpretata la disciplina degli artt. 1, comma 1 e 4, comma 1 non osterebbe all'accesso alla PMA da parte di coppie portatrici di gravi malattie genetiche.

4. La giurisprudenza di Strasburgo: il caso *Costa et Pavan c. Italia*.

Se la pronuncia del giudice di Bologna conferma e sancisce definitivamente la legittimità di accedere alla PGD per le coppie sterili portatrici di malattie genetiche, non altrettanto può dirsi per le coppie fertili in quanto continua a permanere, anche dopo la pronuncia del Tribunale salernitano (il quale, come si è detto, si è sostanzialmente limitato a disapplicare il divieto di accesso) l'ostacolo costituito dagli artt. 1 e 4 della l. n. 40/2004. Per quanto estensivamente si intendano le nozioni di sterilità e infertilità, detto limite determina, infatti, una grave discriminazione ai danni di coppie fertili portatrici di malattie genetiche, alle quali non rimane che la diagnosi prenatale e l'eventuale interruzione volontaria di gravidanza.

Tale disparità di trattamento non viene meno neppure considerando che «quella condizione di accesso, oltretutto non presidiata da alcuna sanzione, può essere impunemente elusa mediante l'*escamotage* della falsa attestazione dei "sintomi" di un'infertilità idiopatica»⁶⁶⁵.

Su tale incongruenza residua, stante il silenzio della Consulta, è, però, di recente intervenuta la Corte Edu⁶⁶⁶, la quale, con la sentenza del 28 agosto 2012⁶⁶⁷, che peraltro costituisce il primo pronunciamento del giudice sovranazionale in merito alla compatibilità della legge n. 40/2004 con la Cedu, ha affermato che il divieto per le coppie fertili, ma portatrici di malattie genetiche di praticare la diagnosi genetica preimpianto viola il diritto al rispetto della vita privata e familiare della coppia sancito dall'art. 8 Cedu.

Il caso trae origine da un ricorso *ex art. 34 Cedu* contro la Repubblica italiana proposto da due cittadini italiani, la signora R. C. ed il signor W. P. I ricorrenti, dopo la nascita della loro figlia, nel 2006, apprendevano di essere portatori di fibrosi cistica, dal momento che la bambina ne era affetta. Nel corso

⁶⁶³ Cfr. DOLCINI, *La lunga marcia della fecondazione assistita*, cit., p. 450, secondo cui «l'ipotesi più plausibile è che il Tribunale abbia adottato [...] la terminologia che viene proposta nell'introduzione alle Linee guida, che considera "infertilità" come sinonimo di "sterilità"».

⁶⁶⁴ DOLCINI, *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello Stato: da sempre un rapporto difficile*, cit.

⁶⁶⁵ VALLINI, *La diagnosi e selezione preimpianto: da illecito penale a questione deontologica*, cit., p. 1418.

⁶⁶⁶ Per un primo commento si veda POLI, *La diagnosi genetica pre-impianto al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. intern.*, 2013, p. 119 e VARI, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte Edu*, 2013, reperibile sul sito <http://www.aic.it>, 2013, 1.

⁶⁶⁷ Corte eur. dir. uomo, Sez. II, sent. 28 agosto 2012, ric. n. 54270/10, Costa e Pavan c. Italia.

di una seconda gravidanza i ricorrenti, venendo a sapere che il feto aveva contratto la malattia, decidevano di interrompere la gravidanza stessa. In seguito i ricorrenti facevano richiesta di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e alla diagnosi genetica pre-impianto.

Tale accesso veniva tuttavia negato in quanto, ai sensi della l. n. 40/2004, tali tecniche sono riservate alle coppie sterili o infertili; inoltre, in virtù del decreto dell'11 aprile 2008 del Ministero della Salute sono praticabili nel caso in cui l'uomo abbia contratto malattie virali sessualmente trasmissibili (come il virus HIV, l'epatite B e C), al fine di consentire di procreare figli senza il rischio di trasmissione di tali malattie virali alla donna e/o al feto.

Il Governo italiano sosteneva la mancanza di *status* di vittima dei ricorrenti, in quanto questi non avevano fatto alcuna richiesta formale per effettuare la PGD e non avevano, pertanto, ottenuto alcun rifiuto. Secondo il Governo, il loro ricorso costituirebbe un'*actio popularis* ed essi non avrebbero esaurito le vie di ricorso interne.

In proposito, per la Corte Edu, non si può obiettare che i ricorrenti non abbiano presentato una domanda per ottenere un provvedimento autorizzativo della PGD, dal momento che, come riconosce esplicitamente lo stesso Governo italiano, lo stesso è espressamente vietato dalla legge.

Nel merito, invocando l'art. 8 Cedu⁶⁶⁸, i ricorrenti lamentano una violazione del loro diritto al rispetto della vita privata e familiare.

Il Governo osserva, al riguardo, che i ricorrenti fanno valere, in sostanza, un "diritto ad avere un bambino sano", che non è protetto in quanto tale dalla Convenzione europea. Pertanto, la censura dei ricorrenti sarebbe inammissibile *ratione materiae*.

Inoltre, il divieto di accesso alla PGD sarebbe una misura prevista dalla legge, che persegue uno scopo legittimo, vale a dire la tutela di altri diritti e delle libertà altrui e della morale, meritevoli di protezione in una società democratica. In particolare, lo Stato italiano, sostiene il Governo, ha preso in considerazione la salute del bambino e della donna, nonché la dignità e la libertà di coscienza di medici, nonché l'interesse ad evitare il rischio di derive eugenetiche. Infine, in mancanza di armonizzazione a livello europeo, gli Stati membri dovrebbero godere di un ampio margine di apprezzamento su questioni morali, etiche e sociali.

I ricorrenti, viceversa, sostengono che «il diritto al rispetto della decisione di diventare o non diventare un genitore», soprattutto nel senso genetico del termine, entra nel concetto del diritto al rispetto della vita privata e familiare, sancito dall'art. 8 Cedu. Pertanto, lo Stato deve astenersi da qualsiasi interferenza nella scelta del singolo di diventare o meno genitore di un bambino, ed è onere dello Stato mettere in atto misure per garantire che la scelta possa avvenire liberamente.

La Corte europea rileva anzitutto che, al fine di stabilire la compatibilità *ratione materiae* della censura sollevata dai ricorrenti con riferimento all'art. 8 Cedu, è essenziale definire l'ambito del reclamo.

⁶⁶⁸ Come noto l'art. 8 Cedu garantisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare, consentendo di apportarvi restrizioni, previste per legge, nel caso in cui esse siano necessarie, in una società democratica, «alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

Sotto questo profilo, rispetto all'asserzione del Governo secondo cui i ricorrenti lamenterebbero la violazione di un presunto "diritto ad avere un bambino sano", la Corte rileva che il diritto da loro rivendicato è limitato alla possibilità di accedere a specifiche tecniche di diagnosi genetica.

Essa ricorda che la nozione di "vita privata", ai sensi dell'art. 8 Cedu, è un concetto ampio, insuscettibile di una definizione esaustiva, che comprende vari diritti, fra cui figura anche quello di vedere rispettata la decisione di diventare o non diventare un genitore. Inoltre, sempre a norma dell'art. 8 Cedu, la Corte ha riconosciuto il diritto dei ricorrenti di vedere rispettata la loro decisione di diventare genitori genetici e ha concluso che l'applicazione dell'articolo in questione si ha anche per l'accesso alla tecnica di procreazione artificiale eterologa per la fecondazione *in vitro*.

Con specifico riguardo, poi, alla conformità con l'art. 8 Cedu del divieto previsto dalla legge n. 40/2004, la Corte europea, dopo aver svolto il suo sindacato richiamandosi al secondo paragrafo dell'art. 8 Cedu, che le impone di verificare il carattere necessario in una società democratica dell'ingerenza prevista dalla legge nel diritto alla vita privata e familiare dei ricorrenti, afferma che essa non può ritenersi giustificata - come asserito invece dal Governo italiano - dalla necessità di tutelare la salute del bambino e della donna, nonché la dignità e la libertà di coscienza di medici contro il rischio di eugenetica. Ad avviso dei giudici europei, infatti, la tutela di tali interessi non può ritenersi coerente con la possibilità, esplicitamente prevista dalla legge italiana, di effettuare un aborto terapeutico quando il feto sia malato, considerato ciò che esso comporta sia per il feto, il cui sviluppo è ovviamente più avanzato di quello di un embrione, sia per i genitori, in particolare per la donna.

In altre parole, la Corte Edu pone alla base della propria decisione un vero e proprio «difetto di sistema»⁶⁶⁹ dal quale sarebbe, a suo giudizio, affetta la legislazione interna nella misura in cui quest'ultima impedisce di effettuare la PGD qualora i genitori siano portatori sani di una malattia genetica, ma, allo stesso tempo, consente loro di interrompere la gravidanza qualora il feto risulti colpito dalla malattia stessa. Il giudice sovranazionale mette in evidenza poi come tale incoerenza del sistema italiano comporti, da un lato, uno stato di ansia dei ricorrenti i quali non sono in grado di effettuare la diagnosi genetica preimpianto e, dall'altro lato, uno stato di sofferenza derivante dalla scelta dolorosa di fare, se necessario, un aborto terapeutico. Gli argomenti addotti dal governo italiano per giustificare siffatta ingerenza non convincono la Corte, in quanto essi non si conciliano con la possibilità offerta ai ricorrenti di ricorrere ad un aborto terapeutico nel caso di malattia del feto, anche tenuto conto che il governo ha omesso di spiegare in che misura risulterebbero esclusi il rischio di derive eugenetiche e quello concernente la lesione della dignità e della libertà di coscienza delle professioni mediche nel caso di ricorso di esecuzione legale di un'interruzione medica di gravidanza⁶⁷⁰.

⁶⁶⁹ In questo senso MALFATTI, *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenza della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i "giochi di parole" divengono decisivi*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>, 8 settembre 2012.

⁶⁷⁰ Interessante notare, a questo proposito, come la Corte mostri di non ritenere assimilabile il concetto di bambino a quello di embrione e proprio sulla base di questa differenza basi la contestazione delle eccezioni avanzate dal Governo, in chiara adesione con il principio affermato dalla giurisprudenza costituzionale nella più volte citata sentenza n. 27 del 1975.

In conclusione, la Corte Edu ritiene che l'ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata e familiare sia stata, nel caso di specie, sproporzionata e, quindi, conclude per la violazione dell'art. 8 Cedu.

Invocando poi anche l'art. 14 CEDU, i ricorrenti lamentano di subire una discriminazione rispetto non soltanto alle coppie infertili, ma altresì a quelle fertili in cui l'uomo è portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili, limitatamente alle quali le Linee Guida ministeriali del 2008 hanno esteso la possibilità di avvalersi delle tecniche di procreazione assistita e, quindi, della diagnosi preimpianto.

A questo proposito la Corte, dopo aver ricordato che, ai sensi dell'articolo 14 della Convenzione, la discriminazione consiste nel fatto di trattare in modo diverso, senza una giustificazione obiettiva e ragionevole, persone che si trovano in situazioni simili, esclude che nel caso di specie possa configurarsi una violazione del suddetto principio, essendo il divieto di accesso alle tecniche di diagnosi precluso a qualsiasi coppia, siano esse sterili o fertili.

In conclusione, la Corte dà ragione ai ricorrenti (condannando il nostro Paese a risarcire agli stessi quindicimila euro a titolo di danno morale) sotto il profilo del primo dei parametri invocati, evidenziando un vero e proprio difetto dell'ordinamento interno, nella misura in cui «il sistema legislativo italiano manca di coerenza. Da un lato, esso vieta l'impianto limitato ai soli embrioni non affetti dalla malattia di cui i ricorrenti sono portatori sani; dall'altro, autorizza i ricorrenti ad abortire un feto affetto da quella stessa patologia»⁶⁷¹.

Ripercorso l'*iter* argomentativo della Corte, è d'obbligo svolgere ora qualche considerazione sul merito della stessa.

In primo luogo in merito alla scelta dei giudici sovranazionali di intervenire nel caso sottoposto al loro esame, pronunciandosi nel merito e assumendo in tal modo il ruolo di garanti delle tutela dei diritti fondamentali, deve osservarsi che essa non è così scontata come potrebbe a prima vista sembrare, dal momento che i ricorrenti non avevano esaurito previamente le vie giurisdizionali interne loro consentite (compreso il ricorso al giudice delle leggi, sebbene esso non sia propriamente assimilabile ad un ricorso interno⁶⁷²), motivo per il quale essi avrebbero ben potuto dichiarate la questione irricevibile *ex art. 35*, comma 1 Cedu.

A tale proposito si rileva come la scelta dei ricorrenti di rivolgersi direttamente al giudice europeo per vedere tutelati i propri diritti, comprensibilmente legata al fatto che il nostro ordinamento preclude

⁶⁷¹ In altri termini la Corte evidenzia la sproporzione dell'ingerenza statale rispetto alla libertà di autodeterminazione in ambito familiare che vieti il ricorso alla PGD, pur in presenza dei medesimi presupposti e scopi che consentono invece di accedere alla diagnosi prenatale e successivamente all'aborto terapeutico. Secondo VALLINI, «è per vero insensato rispetto a qualsivoglia progetto di tutela, anche quello che abbia particolarmente a cuore le sorti del concepito, sacrificare la libertà di avere figli (sani) imponendo alla madre l'opzione sanitaria più gravosa per il suo benessere e la sua salute, senza con ciò meglio garantire supposti diritti del nascituro comunque suscettibile di essere soppresso (in una fase più avanzata di sviluppo)».

⁶⁷² Cfr. ad esempio il caso *Brožicek c. Italia* del 19 dicembre 1989, in cui la Corte europea ha interpretato la regola del previo esaurimento dei rimedi interni adattandola al nostro sistema di giustizia costituzionale che non contempla l'accesso diretto del singolo. I giudici di Strasburgo hanno altresì affermato che tale norma deve essere applicata con una certa flessibilità, senza eccessivo formalismo e in modo coerente con la *ratio* ad essa sottesa. Così NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa Pavan c. Italia*, cit.

l'accesso diretto al giudice costituzionale, nonché la decisione di quest'ultimo di non subordinare la ricevibilità del ricorso davanti a sé al previo esaurimento di un giudizio interno funzionale alla rimessione della questione di legittimità costituzionale della norma interna, privi nei fatti la Corte costituzionale dell'esercizio della sua funzione più tipica e rilevante, ossia il controllo di costituzionalità delle leggi, con importanti ripercussioni sul rango rivestito dalle norme convenzionali nella gerarchia delle fonti⁶⁷³.

Ancora, essi avrebbero potuto ritenere che la fattispecie esaminata dal Tribunale salernitano costituisse un precedente interno sufficiente a rendere giustizia ai ricorrenti. Tuttavia, considerato che tale precedente riguarda il solo caso concreto, essendo stato pronunciato da un giudice di primo grado⁶⁷⁴, a cui fa da contraltare una disposizione di legge insuscettibile di qualsiasi interpretazione adeguatrice, che rende nei fatti impraticabile ogni altra tutela interna, i giudici sovranazionali non hanno dubbi nel ritenere necessaria una loro pronuncia, considerata anche l'urgenza dovuta al fattore tempo che richiede un superamento immediato dell'ostacolo normativo, ossia l'art. 5 della legge *de qua*⁶⁷⁵.

In secondo luogo dalla lettura della sentenza emerge come la Corte, pur essendosi mossa con una certa cautela, evitando di esprimersi esplicitamente in merito all'opportunità di estendere la facoltà di accedere alla fecondazione *in vitro* anche a soggetti che non rientrino nelle categorie previste dalla normativa italiana, limitandosi a considerare il solo divieto di ricorrere alla PGD, conferma, tuttavia, il ruolo della Convenzione Edu nel sistema delle fonti e dà un contributo significativo al dibattito sulla portata della prassi in discussione, peraltro avvalorata da un esame comparatistico con gli altri Paesi europei⁶⁷⁶.

I giudici di Strasburgo ridimensionano poi la preoccupazione espressa dal Governo italiano in merito alle presunte derive eugenetiche che la diagnosi preimpianto comporterebbe, negando la tesi secondo cui i ricorrenti lamenterebbero la violazione di un diritto ad avere un figlio sano, diritto non tutelato in quanto tale dalla Convenzione.

A tale proposito, la Corte constata che il diritto invocato dalla coppia ricorrente ha per oggetto la possibilità di accedere alle tecniche della procreazione assistita e poi alla diagnosi preimpianto per poter mettere al mondo un figlio non affetto da mucoviscidosi, malattia genetica di cui sono portatori sani, che non esclude però altri fattori suscettibili di compromettere la salute del nascituro, quali, ad esempio, l'esistenza di altre patologie genetiche o di complicanze derivanti dalla gravidanza o dal parto, così di

⁶⁷³ Per un approfondimento delle valutazioni della Corte Edu in merito alla condizioni di ricevibilità del ricorso si rinvia a NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa Pavan c. Italia*, cit.

⁶⁷⁴ Si ricordi che il carattere di effettività del rimedio interno è *condicio sine qua non* di un intervento della Corte Edu.

⁶⁷⁵ A tale proposito VALLINI (*Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della Corte Edu in tema di diagnosi preimpianto*, cit.) osserva come sia stata elusa per ben due volte la competenza della Consulta: ossia una prima volta da parte della Corte Edu che ha ritenuto legittimo il ricorso immediato a sé stessa a causa dell'impossibilità di operare interpretazioni correttive dell'art. 5 e, una seconda volta, al termine della vicenda sovranazionale, da parte del giudice italiano, che ha proceduto a disapplicare la norma interna in nome dell'art. 46 Cedu senza interpellare la Corte.

⁶⁷⁶ La Corte sottolinea come il divieto di diagnosi preimpianto sussista, tra i trentadue ordinamenti, solo in Italia, Austria e Svizzera, dove per giunta, è attualmente all'esame un progetto di modifica della legge inteso a sostituire il divieto di diagnosi preimpianto, come attualmente previsto, con un'ammissione controllata.

fatto limitando le finalità della prestazione sanitaria richiesta dalla coppia alla sola diagnosi di una specifica e grave malattia genetica.

Anche volendo considerare la PGD nella sua dimensione eugenetica⁶⁷⁷, essi ritengono tuttavia che questa non sia sufficiente a giustificare un divieto siffatto, poiché la dimensione selettiva propria di questa tecnica diagnostica è comune anche all'aborto terapeutico, ossia quello praticato in conseguenza di una grave malattia del feto.

Ancora, i giudici sovranazionali, dopo aver affermato che il desiderio dei ricorrenti di mettere al mondo un figlio non affetto dalla malattia di cui i genitori sono portatori sani rientra nel campo della tutela dell'art. 8, costituendo tale scelta una forma di espressione della vita privata e familiare dei ricorrenti, nel valutare se il divieto della PGD costituisca un'ingerenza necessaria in una società democratica adottano un approccio per così dire innovativo⁶⁷⁸, in quanto essi non si limitano a valutare la compatibilità del divieto di PGD con una singola disposizione di legge, ossia l'art. 8 Cedu (analisi che probabilmente l'avrebbe condotta a ribadire l'esistenza in materia di un ampio margine di apprezzamento per gli Stati e ad escludere, dunque, la sussistenza di una violazione), ma ritengono necessario esaminare tale divieto alla luce della normativa italiana nel suo complesso e alla luce di questo applicare il criterio di proporzionalità che ben si addice alla valutazione di questioni di natura etica-morale particolarmente delicate.

Ciò detto, i giudici della Corte Edu, pur senza pronunciarsi sul bilanciamento compiuto dal legislatore del 2004, vanno a sanzionare, non tanto il contrasto fra il divieto vigente in Italia di accedere alla PGD per le coppie fertili ma affette da malattie ereditarie e l'art. 8 Cedu, bensì l'incoerenza sistema legislativo italiano⁶⁷⁹, nella misura in cui questo, mentre da un lato vieta l'impianto limitato ai soli embrioni non affetti dalla malattia di cui i ricorrenti sono portatori sani, dall'altro lato autorizza i ricorrenti ad abortire un feto affetto da quella stessa patologia, ma è evidente che così facendo «le conseguenze di un tale sistema sul diritto al rispetto della vita privata e familiare dei ricorrenti sono evidenti».

In particolare i giudici di Strasburgo pongono in evidenza come alla possibilità di eseguire diagnosi prenatali al fine di tutelare la salute della donna consegua necessariamente, a pena di incoerenza del sistema, l'ammissibilità sempre per il medesimo scopo della diagnosi preimpianto, che appare indispensabile per il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa, come riconosciuto dallo stesso art. 6 della legge n. 40/2004.

⁶⁷⁷ Alla Corte non sfugge che il Governo abbia ommesso di spiegare in quale misura risulterebbero esclusi il rischio di derive eugenetiche nel caso di esecuzione legale di un'interruzione medica di gravidanza.

⁶⁷⁸ In questo senso VARI, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte Edu*, cit.

⁶⁷⁹ Secondo la Corte l'ingerenza del Governo italiano nell'esercitare il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare ex art. 8 Cedu è certamente prevista dalla legge e può ritenersi intesa al perseguimento degli scopi legittimi di tutela della morale e dei diritti e delle libertà altrui, ma deve, tuttavia, ritenersi incoerente, se si considera la possibilità offerta alle coppie di procedere ad un aborto terapeutico, qualora il feto risulti malato e tenuto conto, in particolare delle conseguenze che ciò comporta sia per il feto sia per la donna.

L'irragionevolezza del divieto costituisce così, ad avviso dei giudici sovranazionali, un'ingerenza sproporzionata nel diritto alla vita privata e familiare dei ricorrenti sancito dall'art. 8 Cedu.

La Corte di Strasburgo non manca peraltro di considerare le conseguenze che una simile incoerenza comporta sia con riferimento alla salute della madre, la quale nell'impossibilità di procedere ad una diagnosi preimpianto, avrebbe come unica prospettiva quella di iniziare una gravidanza secondo natura e, in caso di esito positivo dell'esame prenatale, procedere ad aborto terapeutico del feto, il cui grado di sviluppo è evidentemente ben più avanzato di quello di un embrione.

In altre parole la pronuncia in esame, nel sancire il carattere irragionevole e sproporzionato della disciplina contenuta nella l. n. 40/2004 per le ragioni anzidette, conferma (offrendone un avallo sovranazionale in forza dell'art. 117 Cost.) l'interpretazione costituzionalmente orientata già avanzata da parte della dottrina all'epoca dell'entrata in vigore della l. n. 40/2004, interpretazione che, da un lato non ravvisa in alcuna norma della legge un esplicito divieto alla diagnosi e selezione preimpianto e, dall'altro lato, fa derivare dall'art. 14, comma 5 un diritto generale della coppia ad accertamenti diagnostici sull'embrione creato *in vitro*, andando di riflesso ad estendersi anche al tema dell'accesso alla PGD da parte delle coppie fertili non superabile in via ermeneutica, nella misura in cui si crea una disparità di trattamento fra coppie che possono e non possono accedere alla PGD, doglianza peraltro trattata solo marginalmente dal giudice europeo e poi respinta⁶⁸⁰.

Va poi segnalato che nel caso di specie non trova applicazione la dottrina del margine di apprezzamento⁶⁸¹ elaborata dalla giurisprudenza Cedu, secondo cui lo spazio di discrezionalità si restringe particolarmente nel caso in cui, da un esame comparatistico con gli altri ordinamenti, si ricavi un'uniforme tendenza ad un pieno riconoscimento di tale prerogativa, in quanto nel caso dell'accesso alla PGD, pur concernendo esso delicati interrogativi di ordine morale ed etico, la scelta operata dal legislatore non può sfuggire tuttavia al controllo della Corte, che ha il compito di verificare la proporzionalità della misura controversa a fronte del fatto che ai ricorrenti è aperta la via dell'aborto terapeutico.

⁶⁸⁰ Cfr. VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della Corte Edu in tema di diagnosi preimpianto*, cit. Per una critica al rigetto della doglianza di cui all'art. 14 Cedu si rinvia a NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa Pavan c. Italia*, cit.

⁶⁸¹ In linea generale, la dottrina del margine di apprezzamento statale corrisponde ad un atteggiamento che secondo una gran parte degli Autori deve essere qualificato come indubbiamente *self-restraint* da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo che, posta di fronte ad una misura statale il cui rispetto di una disposizione della Cedu è messo in discussione, può astenersi dal giudicare sulla base della constatazione che il sistema stesso della Cedu (ed in particolare di quelle parti in cui la Convenzione introduce clausole di deroga o di interferenza) consente agli Stati di fare uso di un certo "margine di apprezzamento" in ordine alla portata delle deroghe e delle clausole di interferenza previste dalle Convenzioni. In altre parole, il margine di apprezzamento è quel margine in cui la Corte riconosce agli Stati libertà di azione e di manovra, prima di dichiarare che la misura statale di deroga, di limitazione o di interferenza con una libertà garantita dalla CEDU configuri una concreta violazione della Convenzione stessa: si tratta quindi di un "confine" tra misure ammesse (in quanto interne al "margine di apprezzamento") e misure non ammesse (in quanto eccedenti tale margine e quindi costituenti violazioni della Convenzione) necessariamente mobile. Sul tema si veda, fra i molti, DONATI, MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in <http://www.rivistaaic.it> e relativa bibliografia.

A questo proposito la Corte rammenta che, a differenza della sentenza resa dalla Grande Camera sul caso *S.H. e altri c. Austria* del 3 novembre 2011⁶⁸² (di cui si darà conto nel capitolo dedicato al divieto di fecondazione eterologa) in cui essa è stata chiamata a valutare la compatibilità della legislazione austriaca, recante il divieto di fecondazione eterologa, con l'articolo 8 della Convenzione, nel presente caso, riguardante una fecondazione omologa, la Corte ha il compito di verificare la proporzionalità della misura controversa a fronte del fatto che ai ricorrenti è aperta la via dell'aborto.

L'approccio della Corte è dunque una combinazione del principio del margine di apprezzamento e di quello di proporzionalità e va apprezzata nella misura in cui essa si propone di valutare nel modo più completo possibile il rispetto dei diritti dei singoli quando sono in gioco importanti interessi pubblici anche in quelle materie in cui la delicatezza esige il riconoscimento di un ampio margine di discrezionalità a favore degli Stati.

Sotto il profilo della dedotta violazione da parte dei ricorrenti del divieto di discriminazione *ex art. 14* Cedu fra coppie fertili portatrici di malattie genetiche e coppie infertili ammesse alla fecondazione assistita, si concentrano invece le principali critiche alla sentenza in esame, nella misura in cui essa sceglie di non approfondire tale oggetto di doglianza, limitandosi ad una lapidaria censura delle ragioni addotte dai ricorrenti a proposito del carattere discriminatorio del divieto di diagnosi preimpianto⁶⁸³. La Corte, nel negare che sussista una violazione del principio di non discriminazione, in ragione del carattere espresso ed assoluto del divieto di accesso alla PGD, che sarebbe contenuto nella legge n. 40/2004⁶⁸⁴, mostra di non tenere in nessun conto l'evoluzione giurisprudenziale interna in materia a partire dai primi anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della legge, nonché le modifiche contenute nelle nuove Linee guida del 2008.

L'inesistenza di una giustificazione oggettiva e ragionevole a sostegno della disparità di trattamento fra due diverse tipologie di coppie avrebbe, invece, dovuto far concludere la Corte nel senso di ritenere integrata anche la violazione dell'art. 14 Cedu prospettata dai ricorrenti, in combinato disposto con l'art. 8, oppure, volendo valorizzare la priorità del parametro costituito dal diritto alla vita privata e familiare, la

⁶⁸² A differenza del caso *S.H. e altri c. Austria*, dove la valorizzazione della discrezionalità statale ha pregiudicato un esame nel merito da parte della Corte Edu, la minore influenza riconosciuta alla dottrina del margine di apprezzamento nel caso in commento viene fatta poggiare su un consenso emergente a livello europeo in senso favorevole alla legittimità della diagnosi preimpianto.

⁶⁸³ La Corte Edu avrebbe, invece, ben potuto estendere alla questione del limitato accesso alla fecondazione *in vitro* le stesse considerazioni espresse a proposito della mancanza di coerenza del sistema italiano che vieta la diagnosi preimpianto in caso di gravissime malattie genetiche, pur consentendo di ricorrere all'aborto terapeutico nelle stesse ipotesi. In altre parole, essa avrebbe potuto ritenere integrata anche la violazione dell'art. 14 Cedu con riferimento, non alla diagnosi preimpianto bensì alla possibilità di praticare la fecondazione *in vitro*, in quanto la stessa è concessa alle coppie in cui l'uomo sia portatore di una malattia sessualmente trasmissibile ma non a portatori sani di gravi malattie ereditarie.

⁶⁸⁴ A dimostrazione dell'inesistenza di un divieto espresso di diagnosi preimpianto depongono, oltre alla lettera della legge, le diverse interpretazioni offerte dai giudici comuni prima e della Corte costituzionale poi che hanno riconosciuto prima alle coppie sterili e infertili e poi a quelle in cui l'uomo sia portatore sano di una patologia sessualmente trasmissibile il diritto di ricorrere a tale pratica diagnostica. La Corte ritiene erroneamente che esista un divieto espresso, omettendo di rilevare che la preclusione ad accedere alla PDG da parte delle coppie fertili si produce in quanto esse sono escluse *ab origine* dalle tecniche di PMA. Sul punto si rinvia ancora a NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa Pavan c. Italia*, cit.

Corte si sarebbe dovuta astenere da un esame nel merito dell'art. 14, dichiarando quest'ultimo profilo assorbito nel primo.

Per concludere sul punto, la sentenza della Corte Edu sembra avallare la lettura costituzionalmente orientata della legge, nel senso di ritenere legittima la diagnosi preimpianto, offrendo peraltro ulteriori argomenti rispetto a quelli che possono trarsi dalla Costituzione. In particolare i giudici di Strasburgo censurano l'impedimento alla PMA, e quindi alla PGD, nella misura in cui essa costituisce una sproporzionata interferenza nella libertà negativa di procreare e di formare una famiglia⁶⁸⁵, lasciando, invece, in secondo piano i parametri più rigorosi costituiti dagli artt. 3 (il più simile all'art. 14 Cedu) e 32 Cost⁶⁸⁶, al contrario, sempre privilegiati ed enfatizzati dalla giurisprudenza nazionale.

Va segnalato, peraltro, che la sentenza della Corte è divenuta definitiva⁶⁸⁷ ai sensi dell'art. 44 § 2 della Convenzione circa un anno fa, e precisamente l'11 febbraio 2013, data in cui il giudice di Strasburgo ha respinto⁶⁸⁸, con provvedimento non motivato, il ricorso del Governo italiano ex art. 43 Cedu⁶⁸⁹, che aveva presentato, proprio allo scadere del termine previsto, istanza di rinvio davanti alla Grande Camera per il riesame della sentenza emessa in primo grado dalla seconda sezione della Corte Edu⁶⁹⁰.

Con la suddetta richiesta di rinvio l'Italia aveva, infatti, chiesto l'intervento del massimo organo giurisdizionale della Corte, ritenendo che nel giudizio del 28 agosto la Camera non avesse rispettato la condizione di ricevibilità del previo esaurimento dei ricorsi interni in violazione dell'art. 35 § 1 della Convenzione Edu. Questa norma che non trova applicazione, secondo la giurisprudenza della Corte, allorché i rimedi apprestati dall'ordinamento interno non siano effettivi, è stata però disattesa nella decisione in esame per due ordini di considerazioni: in primo luogo perché esiste un solo precedente isolato, peraltro non definitivo, in cui il Tribunale italiano ha consentito ad una coppia nella stessa situazione dei ricorrenti di ricorrere alla diagnosi preimpianto (ossia l'ordinanza del 13 gennaio del

⁶⁸⁵ Tutelata dagli artt. 2, 13, 29, 30 e 31 Cost.

⁶⁸⁶ La Convenzione non tutela un diritto positivo alle prestazioni sanitarie se non in casi eccezionali.

⁶⁸⁷ Comunicato consultabile all'indirizzo <http://www.echr.coe.int>.

⁶⁸⁸ Come è noto, nel sistema disegnato dalla Convenzione il rinvio alla Grande Camera di un caso già deciso in primo grado è consentito soltanto laddove la questione oggetto del ricorso solleva gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli, o comunque un'importante questione di carattere generale», a giudizio di un collegio di cinque giudici della stessa Grande Camera, i quali sono così chiamati a una valutazione preliminare di ammissibilità del ricorso (art. 43 Cedu). Nell'ipotesi in cui non vengano ritenute sussistenti le condizioni predette, i giudici comunicano semplicemente il rigetto della richiesta di riesame senza alcuna motivazione e la sentenza diviene definitiva ai sensi dell'art. 44 co. 2 lett. c) Cedu. Cfr. VALLINI, *Diagnosi preimpianto: respinta la richiesta di rinvio alla Gran Camera CEDU avanzata dal Governo italiano nel caso Costa e Pavan contro Italia, 18 febbraio 2001*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 18 febbraio 2013.

⁶⁸⁹ Per un approfondimento critico sui motivi del ricorso adottati dal Governo italiano si veda VALLINI, *Diagnosi preimpianto: respinta la richiesta di rinvio alla Gran Camera CEDU*, cit.

⁶⁹⁰ Con riferimento alla valutazione che viene condotta dal *panel* di cinque giudici preposti alla deliberazione riguardo alle richieste di deferimento alla Grande Camera si veda RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 70 ss.

Tribunale di Salerno)⁶⁹¹ e, in secondo luogo, perché tale metodica sarebbe assolutamente vietata dalla legge n. 40/2004⁶⁹².

La richiesta di rinvio presentata del Governo italiano, basata peraltro solamente su motivi procedurali e non di merito, è stata motivata con la «necessità di salvaguardare l'integrità e la validità del sistema giudiziario nazionale, e non riguarda il merito delle scelte normative adottate dal Parlamento né eventuali nuovi interventi legislativi». Nella nota del Governo si legge che «la domanda di rinvio si è resa necessaria in quanto l'originaria istanza è stata avanzata direttamente alla Corte europea per i diritti dell'uomo senza avere prima esperito - come richiede la Convenzione - tutte le vie di ricorso interne e senza tenere nella necessaria considerazione il margine di apprezzamento che ogni Stato conserva nell'adottare la propria legislazione, soprattutto rispetto a criteri di coerenza interni allo stesso ordinamento. La Corte ha deciso di non rispettare la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni, ritenendo che il sistema giudiziario italiano non offrisse sufficienti garanzie».

Fin troppo palese il tentativo del nostro Governo di salvare l'«insalvabile», aggrappandosi a supposti vizi procedurali, per cercare di scongiurare il progressivo e ormai inarrestabile scardinamento del divieto di effettuare la diagnosi genetica preimpianto ad opera della giurisprudenza sia nazionale che sovranazionale.

Il carattere definitivo, e dunque vincolante, assunto dalla sentenza resa dalla Corte Edu a seguito del rigetto della richiesta di deferimento alla Grande Camera avanzata dal nostro governo, nella misura in cui impone allo Stato italiano di rimuovere la violazione accertata, suscita al contempo numerosi interrogativi in ordine al ruolo che sceglieranno di rivestire il legislatore e la Corte costituzionale, considerato che il dialogo avviene oggi sempre più spesso fra giudici comuni e Corte europea⁶⁹³.

⁶⁹¹ La Camera Cedu di prima istanza ha pertanto ritenuto quel precedente isolato, non definitivo e dunque non significativo di una effettiva e strutturale possibilità di ottenere giustizia nell'ordinamento interno.

⁶⁹² Secondo VARI, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte Edu*, cit., ciò che lascia perplessi nell'iter argomentativo seguito dalla Corte, su cui peraltro si fonda la decisione di ammissibilità del ricorso, è il fatto che la Corte possa essere direttamente adita in quanto la questione verte su una fattispecie, la diagnosi genetica preimpianto, assolutamente vietata dalla legge. A suo giudizio, infatti, tale situazione, se confermata, finirebbe per incidere sul ruolo della stessa Corte nei confronti degli Stati membri del Consiglio d'Europa. «Con la sentenza Costa et Pavan la Corte EDU si arroga, infatti, la competenza a giudicare direttamente, in ogni caso di contrasto tra una norma interna di rango primario e la Convenzione, consentendo ai ricorrenti di «saltare» qualsiasi filtro di giudizio a livello statale, compreso il sindacato di legittimità costituzionale eventualmente previsto nei Paesi membri del Consiglio d'Europa», finendo per trasformarsi in una «sorta di super Corte costituzionale europea ad accesso diretto che può pronunciarsi su ogni ricorso promosso da chi ne abbia interesse contro le leggi vigenti nei singoli Stati».

⁶⁹³ Per un approfondimento dei possibili scenari futuri si rinvia a NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa Pavan c. Italia*, cit.

5. *I riflessi della giurisprudenza sovranazionale nell'ordinamento italiano: l'ordinanza 9 novembre 2012 del Tribunale di Cagliari e quella del 23 settembre 2013 del Tribunale di Roma.*

Forte dell'avallo dato dal giudice sovranazionale all'interpretazione costituzionalmente orientata diretta a negare che dalla legge n. 40/2004 emerga un divieto di diagnosi e selezione preimpianto, il giudice cagliaritano in un'ordinanza del 9 novembre 2012⁶⁹⁴, può allora sancire per la prima volta esplicitamente il diritto per le coppie infertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili al nascituro, di ottenere, nell'ambito di un intervento di procreazione medicalmente assistita, l'esame clinico e diagnostico degli embrioni ed il trasferimento in utero dei soli embrioni sani o portatori sani delle patologie di cui le stesse risultano affette, con crioconservazione dei residui.

Questi i fatti all'origine della pronuncia del giudice cagliaritano: una coppia di coniugi, di cui uno affetto da talassemia major e l'altro portatore sano della stessa patologia e quindi con un rischio del 50% di generare un figlio affetto anch'esso dalla medesima patologia, chiede al Presidio Ospedaliero Microcitemico dell'Asl di Cagliari di poter effettuare un'indagine clinica e diagnostica sull'embrione.

Di fronte al rifiuto di quest'ultimo di eseguire le indagini cliniche e diagnostiche sull'embrione e trasferire solo gli embrioni sani o portatori sani delle patologie da cui i ricorrenti risultano affetti, gli stessi decidono di ricorrere in via cautelare *ex art. 700 c.p.c.* al Tribunale civile, affinché questi accerti il loro diritto ad ottenere l'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita ed ordini alla struttura medica convenuta di procedere agli accertamenti genetici richiesti.

L'azienda sanitaria locale di Cagliari, costituitasi in giudizio, chiede, invece, il rigetto del ricorso in quanto ritenuto infondato, eccependo, in primo luogo, la sussistenza di un divieto normativo della diagnosi preimpianto, dal momento che la legge n. 40/2004 consente unicamente interventi sull'embrione aventi finalità diagnostiche terapeutiche dirette alla tutela della salute e dello sviluppo dell'embrione stesso e impedisce, invece, quelli aventi come finalità il solo accertamento di eventuali gravi malattie genetiche da cui fosse affetto (come appunto la beta talassemia), nonché, in secondo luogo, la mancanza di strutture idonee e di risorse umane necessarie per poter eseguire l'esame diagnostico sugli embrioni.

Il Tribunale cagliaritano, dopo aver compiutamente ripercorso la giurisprudenza pregressa in tema di PGD, adduce le seguenti argomentazioni a sostegno del proprio assunto.

Innanzitutto, secondo questo giudice, considerata l'evoluzione giurisprudenziale richiamata, la diagnosi genetica preimpianto deve considerarsi pienamente ammissibile al fine di assicurare la compatibilità della legge n. 40/2004 con i principi del nostro ordinamento giuridico.

Premesso, infatti, che la PMA rappresenta un trattamento sanitario, come si desume, oltre che dai protocolli dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, dalla stessa legge n. 40/2004, che li accosta ad altri trattamenti sanitari nell'art. 1, prevedendo l'applicazione delle tecniche di procreazione assistita solo in apposite strutture autorizzate, il giudice del merito ricorda come, sulla base di numerose pronunce

⁶⁹⁴ Pubblicata in Guida al diritto, 2013, p. 35 ss. Per un commento critico di questa pronuncia si veda VALLINI, *La diagnosi preimpianto è un diritto*, in *Corr. mer.*, 2013, p. 431 ss.

giurisprudenziali, nonché di diverse norme ordinarie, costituzionali, nonché internazionali, il consenso informato costituisca «un vero e proprio diritto della persona che svolge la funzione di sintesi dei due diritti fondamentali all'autodeterminazione ed alla salute».

Il consenso informato diviene così, nell'*iter* argomentativo della pronuncia, il passaggio fondamentale dal quale desumere la liceità dell'accertamento diagnostico, in quanto «negare l'ammissibilità della diagnosi pre-impianto, anche quando sia stata richiesta ai sensi dell'art. 14 della legge, significherebbe [...] rendere impossibile una adeguata informazione sul trattamento sanitario da eseguirsi, indispensabile, invece, sia nella prospettiva di una gravidanza pienamente consapevole, consentendo ai futuri genitori di prepararsi psicologicamente ad affrontare eventuali problemi di salute del nascituro, sia in funzione della tutela della salute gestazionale della donna».

La liceità, se non addirittura doverosità della PGD (ossia la sua rispondenza ad un diritto positivo del malato) deriva poi anche da un'altra considerazione⁶⁹⁵. Si tenga presente, infatti, che avendo, come si è detto più volte⁶⁹⁶, il trattamento di PMA natura "sanitaria", ai sensi dell'art. 32 Cost., in quanto intervento finalizzato a rimediare alle conseguenze di un problema di salute, ne consegue necessariamente che anche la PGD, nella misura in cui è strettamente funzionale all'elaborazione di quel consenso informato che necessariamente deve accompagnare un atto medico doveroso, diviene a sua volta doverosa.

Ulteriore passaggio fondamentale è rappresentato, poi, dal bilanciamento tra l'interesse del concepito e quello della donna. Il giudice cagliaritano, dopo aver escluso, così come aveva già fatto nella sentenza del 2007, che costituisca ostacolo all'ammissibilità della diagnosi preimpianto il dato letterale contenuto nell'art. 13 della legge n. 40/2004, nel quale il bilanciamento è operato tra l'integrità dell'embrione e l'interesse della collettività alla ricerca clinica e sperimentale, con una discrezionale prevalenza della prima, pone l'accento sul disposto del successivo art. 14, nel quale la salute della donna e l'autodeterminazione consapevole della stessa prevalgono sull'interesse all'integrità dell'embrione. Ne consegue che «l'ammissibilità del trasferimento in utero dei soli embrioni sani o portatori sani della patologia non è funzionale ad un ipotetico "diritto ad avere un figlio sano", ossia a pratiche eugenetiche, ma è volto a scongiurare il rischio di un grave pericolo per la salute psico-fisica della donna, anche in relazione ad importanti anomalie del concepito, nell'ambito del principio di auto responsabilità della donna di valutare gli effetti della malattia dell'embrione sulla propria salute»⁶⁹⁷.

Inoltre, ad avviso del giudice del merito, ammettere la diagnosi genetica preimpianto consentirebbe di assicurare la compatibilità della legge n. 40 del 2004 con i principi del nostro ordinamento giuridico, in particolare con il principio di ragionevolezza sancito dall'art. 3 Cost., evitando una disparità di trattamento irragionevole fra indagini sull'embrione *in vitro* vietate e indagini prenatali sul feto ammesse e comunemente effettuate nel corso della gravidanza⁶⁹⁸.

⁶⁹⁵ In questo senso cfr. VALLINI, *La diagnosi preimpianto è un diritto*, cit., p. 433.

⁶⁹⁶ Cfr. *supra* cap. II, par. 4.

⁶⁹⁷ Cfr. Corte cost., ordinanze. nn. 76 del 07/03/1996 e n. 389 del 23/03/1988, reperibili all'indirizzo <http://www.giurcost.it>.

⁶⁹⁸ Il giudice osserva che «è appena sufficiente aggiungere come il diritto vivente non solo abbia costantemente affermato la liceità della diagnosi prenatale, nonostante il rischio di aborto spontaneo che la caratterizza, ma come

Infine, l'ordinanza *de qua* non ha mancato di richiamare a supporto della propria interpretazione costituzionalmente orientata (e d'ora in avanti orientata anche al sistema della Cedu), e qui sta il principale elemento di novità, la recente pronuncia della Corte Edu del 28 agosto 2012, prima esaminata, nella quale il giudice aveva fondato agevolmente la propria decisione di ammissibilità della PGD sulla contemporanea presenza nel nostro ordinamento della legge n. 40/2004 e di una disciplina che ammette la possibilità di interrompere la gravidanza in presenza di una patologia del feto.

Si ricordi a questo proposito che, secondo il costante orientamento della Corte costituzionale⁶⁹⁹, qualora il giudice nazionale ravvisi un contrasto fra una norma interna e una norma Cedu, poiché queste ultime integrano, quali norme interposte, il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, egli ha il dovere di verificare innanzitutto la praticabilità di un'interpretazione della prima in senso conforme alla Convenzione fin dove possibile, avvalendosi di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione: solo qualora non sia possibile comporre il contrasto in via interpretativa, deve sollevare questione di legittimità costituzionale con riferimento al parametro del summenzionato art. 117, primo comma Cost.⁷⁰⁰, non essendo consentito al giudice comune procedere all'applicazione della norma Cedu (a differenza di quella comunitaria provvista di effetto diretto), in luogo di quella interna contrastante e tanto meno fare applicazione di una norma interna che egli stesso abbia ritenuto in contrasto con la Cedu e, quindi, con la Costituzione⁷⁰¹.

La clausola del necessario rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, imposta dall'art. 117, primo comma Cost., attraverso un meccanismo di rinvio mobile del diritto interno alla norme internazionali pattizie rilevanti nel caso specifico, impone infatti il controllo di costituzionalità, qualora il giudice comune, dopo aver compiuto con esito negativo il tentativo di un'interpretazione della norma

abbia altresì affermato la responsabilità giuridica del medico che abbia riferito informazioni errate circa le condizioni del feto».

⁶⁹⁹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 80 del 2011 e, prima ancora, Corte cost. sentenze n. 348 e 349 del 2007 e, successivamente, n. 39 del 2008 e 311 del 2009, tutte reperibili all'indirizzo <http://www.giurcost.org>.

⁷⁰⁰ Sul tema delle relazioni tra sistema CEDU, ordinamento comunitario e ordinamento interno prima e dopo la ratifica del Trattato di Lisbona si veda, fra i molti, BALDINI, *Diritti della persona e procreazione artificiale. Relazioni tra "sistema CEDU", ordinamento comunitario e ordinamento interno. Riflessioni su valore e portata delle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'uomo prima e dopo la ratifica del Trattato di Lisbona*, in D'AMICO, LIBERALI (a cura di), *Il divieto di donazione di gameti. Fra Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, 2012, p. 85 ss.

⁷⁰¹ Sia consentito a questo proposito ricordare che le norme contenute nella Convenzione Edu, in seguito alla riforma del Titolo V della Costituzione (operata con legge costituzionale n. 3 del 2001) ed alla luce della nuova formulazione dell'art. 117, comma primo, della nostra Carta fondamentale, hanno assunto la natura di regole interposte tra la legge e il parametro costituzionale che sono deputate ad integrare.

In ragione di ciò, le eventuali antinomie tra norme interne e norme convenzionali non sono più regolate dal mero criterio cronologico di raccordo tra le fonti del diritto, ma dal diverso criterio gerarchico, in base al quale la prevalenza spetta sempre alla norma della convenzione, con la conseguenza che, sebbene al giudice non sia consentito procedere all'applicazione diretta di quest'ultima, tuttavia egli è tenuto ad interpretare le norme di diritto interno in senso conforme alle norme convenzionali, e, nei casi in cui l'interpretazione conforme non risulti possibile, a sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma interna per violazione del citato parametro costituzionale, come integrato dalla norma convenzionale. Il nuovo sistema dei rapporti tra le norme di legge ordinaria statale e le norme contenute nella Convenzione Edu ha così determinato conseguenze rilevanti sulla disciplina della PMA in quanto si è riproposto, sotto nuovi profili, il problema della legittimità costituzionale di taluni divieti e di taluni limiti contenuti nella legge n.40 del 2004.

interna conforme ai principi della Convenzione affermati dalla Corte europea, ritenga lo strumento dell'interpretazione insufficiente ad eliminare il suddetto contrasto. Spetta, infatti, alla Corte costituzionale il compito di verificare che il contrasto sussista e che sia effettivamente insanabile attraverso un'interpretazione plausibile della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo; in caso di ritenuto contrasto, dovrà essere dichiarata l'illegittimità costituzionale della disposizione interna per violazione dell'art. 117, in relazione alle invocate norme della Cedu, come interpretate dalla giurisprudenza della Corte Edu, che acquistano così il ruolo di norme interposte, ossia di regole integratrici dell'elemento normativo contenuto nell'art. 117 Cost⁷⁰².

Nella fattispecie in esame, secondo il giudice cagliaritano, tale interpretazione adeguatrice della norma interna è certamente possibile «in quanto le norme della Convenzione, nel significato attribuito dalla Corte di Strasburgo con la recente pronuncia, peraltro non definitiva, appaiono conformi alla nostra Carta, nella lettura offerta anche dalla più volte citata sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009, laddove ha esaminato il bilanciamento tra gli interessi contrapposti».

Infine, il giudice cagliaritano si preoccupa di fugare ogni preoccupazione di tipo eugenetico, ricordando che il trasferimento in utero dei soli embrioni sano o portatori sani della patologia non è eventualmente funzionale ad un ipotetico diritto al figlio sano, ovvero a pratiche eugenetiche, bensì ad evitare un grave pericolo per la salute psico-fisica della donna in relazione ad importanti anomalie del concepito.

Accertato dunque il diritto alla prestazione medica, il giudice cagliaritano dispone che, qualora la struttura sanitaria pubblica tenuta all'erogazione del servizio si trovasse nell'impossibilità di erogarla tempestivamente in forma diretta, debba ritenersi che tale prestazione possa essere erogata in forma indiretta, mediante il ricorso ad altre strutture, anche private.

Si noti, peraltro, che è la prima volta dall'entrata in vigore della legge n. 40/2004, che un giudice in materia di fecondazione assistita ordina ad una struttura pubblica di applicare una tecnica diagnostica anche tramite il ricorso ad altre strutture sanitarie, come avviene di fatto per altri tipi di indagini.

Come emerge dall'analisi dell'ordinanza *de qua* il Tribunale sardo, nel sancire il diritto ad accedere alla PGD nel caso di specie, si è giustamente mosso con prudenza, considerato il carattere provvisorio

⁷⁰² L'art. 117, primo comma, Cost. condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali indubbiamente rientrano quelli derivanti dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo. Si consideri che, rispetto agli altri trattati internazionali, la CEDU ha previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, che ha il compito di interpretare le norme della Convenzione stessa, con la conseguenza che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la ratifica della CEDU c'è quello di «adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione».

Ciò non significa che le norme della Cedu, come lette dalla Corte di Strasburgo, acquistino la forza di quelle costituzionali, poiché, essendo pur sempre a livello sub-costituzionale, devono essere conformi a Costituzione: «la particolare natura delle stesse norme, diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie, fa sì che lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principî e dei diritti fondamentali o dei principî supremi, ma debba estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le "norme interposte" e quelle costituzionali», con la conseguenza che, «nell'ipotesi di una norma interposta che risulti in contrasto con una norma costituzionale, questa Corte ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano». Cfr. sentenza n. 349/2007, cit.

della pronuncia della Corte Edu, ma essendo ora divenuta essa definitiva, tale prudenza non è certamente più dovuta, potendosi oggi ben affermare che «si impone un'interpretazione che apra spazi alla diagnosi preimpianto in tutti quei casi in cui sarebbe altrimenti possibile (ove la gravidanza fosse in atto) il ricorso all'aborto nei termini stabiliti dalla legge n. 194/78»⁷⁰³.

Segna, invece, l'epilogo della vicenda Costa e Pavan un'ordinanza pronunciata pochi mesi fa, e precisamente il 23 settembre 2013, dal Tribunale di Roma⁷⁰⁴.

Tale pronuncia è ancora una volta l'effetto di un ricorso *ex art. 700 c.p.c.* proposto per l'appunto dai coniugi Costa e Pavan, gli stessi che si erano rivolti alla Corte di Strasburgo per sentir accertare l'illegittimità dell'art. 4 della legge n. 40/2004 nella misura in cui preclude alle coppie fertili ancorché portatrici di malattie genetiche trasmissibili di accedere alle tecniche di PMA, nei confronti della Asl di Roma e del Centro Tutela della Donna e del Bambino, che si erano rifiutati di eseguire la prestazione richiesta a causa del fatto che, in mancanza dell'intervento riparatore del legislatore, resta tutt'oggi precluso alle coppie fertili, benché portatrici di malattie genetiche trasmissibili, l'accesso alle tecniche di PMA.

Il giudice romano non esita a riconoscere il diritto in capo ai ricorrenti di ottenere nell'ambito del procedimento di PMA l'esame diagnostico degli embrioni sani o portatori sani della fibrosi cistica, e per fare ciò disapplica anch'egli, così come aveva già fatto nel 2010 il giudice salernitano, l'art. 4 della l. n. 40/2004⁷⁰⁵ (questa volta peraltro al fine di dare esecuzione ad un giudicato della Corte Edu sullo stesso caso e proposto dai medesimi ricorrenti), mostrando così di condividere l'orientamento di parte della dottrina, condiviso altresì dai recenti orientamenti giurisprudenziali, che ritiene superabile ogni preclusione riguardante la selezione e la diagnosi preimpianto prodromica alla stessa PMA, in virtù di un'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 13 e 14 della stessa legge.

⁷⁰³ VALLINI, *La diagnosi preimpianto è un diritto*, cit., p. 433.

⁷⁰⁴ Tribunale di Roma, Sezione prima civile, ordinanza 23 settembre 2013, *Costa e Pavan contro Asl Roma A e Centro Tutela della Donna e del Bambino S. Anna*, giudice Galterio, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, con nota di VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della Corte Edu in tema di diagnosi preimpianto*, cit. Si veda altresì RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronunzia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan)*, in <http://www.diritticomparati>, 8 ottobre 2013.

⁷⁰⁵ VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della Corte Edu in tema di diagnosi preimpianto*, cit., mette ben in luce come il giudice civile non tenti neppure di proporre una propria soluzione di interpretazione convenzionalmente conforme (quale quella suggerita da una certa dottrina, che ritiene che la circostanza di essere affetti da anomalie genetiche trasmissibili ossia di trovarsi in una situazione che potrebbe legittimare l'aborto terapeutico, potrebbe considerarsi eccezione non espressamente prevista al divieto di accesso alla PMA rivolto a coppie fertili), né tanto meno cerchi di far ricadere il caso in esame nel concetto, pur estensivamente interpretato, di infertilità.

Egli non prova neppure a proporre la propria soluzione *sub specie* di interpretazione convenzionalmente conforme, magari facendo appello alla dottrina più audace al riguardo, o interpretando estensivamente il concetto di infertilità⁷⁰⁶.

Se la soluzione accolta è certamente condivisibile nel merito in quanto il giudice romano non esita ad accogliere il ricorso, intimando ai convenuti di adempiere, sia provvedendo direttamente ad eseguire l'obbligo, sia avvalendosi di centri specializzati romani, così come aveva già fatto il Tribunale cagliaritano, tuttavia resta da stabilire, soprattutto in vista di ulteriore applicazione del giudicato se l'efficacia immediata e diretta della sentenza della Corte di Strasburgo sia limitata, attesa la sua natura dichiarativa, alla valenza della condanna risarcitoria posta a carico dello Stato per l'accertata violazione del diritto protetto dalla Convenzione nei confronti della vittima della violazione stessa, ovvero se l'accertamento della violazione sia destinato a percuotersi sul diritto interno.

Il giudice civile propende chiaramente per la seconda soluzione, ma la singolare motivazione da lui adottata a sostegno del proprio assunto non può che lasciare perplessi.

Essa si basa, infatti, sostanzialmente su una ricostruzione arbitraria della giurisprudenza costituzionale, a partire dalle note sentenze gemelle del 2007⁷⁰⁷, da cui si ricaverebbe a suo avviso la regola secondo cui in presenza di antinomie fra leggi nazionali e convenzionali, qualora dalla sentenza del giudice europeo si possa ricavare una regola autoapplicativa, ossia sufficientemente precisa ed incondizionata che vada a sostituirsi senza margini di ambiguità a quella interna (analogamente a quanto avviene per gli atti europei *self executing*), come appunto nel caso Costa e Pavan, il giudice comune⁷⁰⁸ ben può, e addirittura deve, procedere alla disapplicazione della legge interna incompatibile con la Convenzione senza necessità di sollevare questione di costituzionalità di fronte al giudice delle leggi⁷⁰⁹. Il giudice sovranazionale afferma che ciò vale a maggior ragione nel procedimento in esame, in cui, trattandosi delle stesse parti che hanno adito la Corte Edu, ottenendo l'accoglimento del ricorso, le statuizioni del giudice di Strasburgo, proprio perché direttamente efficaci nell'ordinamento nazionale, rivestono valore di giudicato formale *ex art. 46 Cedu* per il processo interno (così come confermato dalla

⁷⁰⁶ VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della Corte Edu in tema di diagnosi preimpianto*, cit.

⁷⁰⁷ In realtà le sentenze gemelle sembrano affermare esattamente l'opposto quando sostengono che «la distinzione tra le norme Cedu e le norme comunitarie deve essere ribadita nel presente procedimento nei termini stabiliti dalla pregressa giurisprudenza di questa Corte, nel senso che le prime, pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto».

⁷⁰⁸ Il giudice romano mostra così di aderire all'orientamento di quella parte della dottrina, poi consacrato in alcune pronunce fra cui la n. 80 del 2011, che intende l'art. 46 Cedu come diretto non solo allo Stato-persona, bensì anche ai suoi organi, giudici compresi.

⁷⁰⁹ Per una critica a questa impostazione si rimanda a VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della Corte Edu in tema di diagnosi preimpianto*, cit. (in particolare nota 41) e RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronuncia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan)*, cit.

sentenza della Corte costituzionale dell'11 febbraio 2013 n. 210⁷¹⁰), mentre lo stesso organo giudicante riconosce che la questione appaia di più incerta soluzione nell'ipotesi in cui la sentenza della Cedu riguardi casi analoghi alla specifica fattispecie dedotta dalle parti in causa.

Laddove, invece, pur in presenza di una regola convenzionale auto applicativa, ossia non bisognosa di precisazioni e adattamento, si evidenzi un contrasto tra quest'ultima e i principi supremi dell'ordinamento costituzionale, il giudice è tenuto, ad avviso del Tribunale romano, a rimettere gli atti alla Consulta, così istituendo nei fatti una sorta di doppio regime che regola le antinomie tra diritto interno e diritto convenzionale. Tale non è ovviamente il caso in esame, in quanto «non soltanto l'illegittimità dell'art. 4, 1° comma l. 40/2004 affermata dalla Corte Europea non si pone sotto alcun profilo in contrasto con i principi consacrati nella Costituzione italiana, ma, al contrario, è proprio il divieto di accesso alla PMA per le coppie fertili e al contempo trasmittitrici di gravi malattie ereditare a porsi in assoluta dissonanza con il diritto alla salute consacrato nella Carta fondamentale tra i diritti assoluti (art. 32 Cost.)», peraltro causa legittimamente l'interruzione volontaria di gravidanza.

Il pericolo sotteso al principio affermato da questa pronuncia è, infatti, quello di sovvertire il rapporto fra ordinamento giuridico interno e convenzionale, nonché la relativa gerarchia delle fonti, essendo pacificamente «escluso che, in riferimento alle norme Cedu, sia ravvisabile un meccanismo idoneo a stabilire la sottordinazione della fonte del diritto nazionale rispetto a quella internazionale, assimilabile alle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost., derivanti dalle fonti normative dell'ordinamento comunitario, non essendo sostenibile la tesi dell'avvenuta «comunitarizzazione» della Cedu, ai sensi del par. 2 dell'art. 6 del Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992, in quanto il rispetto dei diritti fondamentali, riconosciuti dalla Convenzione, costituisce una direttiva per le istituzioni comunitarie e non una norma comunitaria rivolta agli Stati membri»⁷¹¹.

Se, infatti, trovasse applicazione in futuro la prassi di disapplicare una norma interna al fine di dare esecuzione ad un giudicato del giudice sovranazionale sulla scorta della pronuncia sul caso Costa e Pavan, verrebbe esautorata la Corte costituzionale, a cui è affidato il giudizio di costituzionalità delle leggi e che per giunta è l'unica a poter incidere sulle norme nella loro portata generale e astratta e non solamente sul caso specifico e concreto come invece la Corte Edu e il giudice ordinario.

Si auspica, pertanto, che il legislatore intervenga in tempi rapidi a rimuovere tale residua e irragionevole disparità di trattamento o, in sua supplenza, la Corte costituzionale⁷¹² davanti alla quale si potrà d'ora in avanti, sulla base della recente pronuncia del giudice sovranazionale, sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, della legge n. 40/2004 (nella parte in cui non prevede, tra le cause impeditive della procreazione, anche l'ipotesi in cui la coppia sia portatrice di malattie

⁷¹⁰ Consultabile all'indirizzo <http://cortecostituzionale.it>.

⁷¹¹ Così sentenza Corte cost., 348/2007, cit.

⁷¹² Si segnala che il 27 gennaio 2014 il Tribunale di Roma ha sollevato per la prima volta questione di legittimità costituzionale della legge n. 40/2004, nella parte in cui non prevede che le coppie fertili portatrici di malattie genetiche possano accedere alla PMA. Al centro della vicenda vi è una coppia portatrice di distrofia muscolare di Becker, che aveva dovuto abortire alla dodicesima settimana, dal momento che in seguito a villocentesi aveva saputo della malattia del feto.

trasmissibili al nascituro), invocando non solo i parametri interni di cui agli artt. 3, sotto il profilo della disparità di trattamento fra coppie sterili e infertili, e 32 Cost., bensì anche l'art. 117 Cost., in relazione all'art. 8 Cedu, per la violazione dei vincoli che derivano all'Italia da obblighi internazionali, e in particolare dall'obbligo di adeguare la normativa interna ai principi affermati in tale articolo, essendo tale contrasto, come si è detto, insanabile in via interpretativa.

Tuttavia, si fa acutamente notare come il giudizio davanti alla Consulta non sarebbe in grado di approdare agli stessi effetti pratici raggiunti dal giudice nazionale in conformità a quanto statuito dal giudice sovranazionale in quanto, dichiarando l'illegittimità costituzionale *tout court* dell'art. 4 della l. n. 40/2004, si consentirebbe l'accesso alla PMA (in evidente contrasto con l'intenzione originaria del legislatore) anche a soggetti non sterili o infertili e neppure portatori di gravi malattie genetiche trasmissibili al nascituro, i quali non avrebbero neppure i requisiti per ricorrere all'interruzione volontaria di gravidanza *ex art. 4 l. n. 178/78*, non essendo compromessa la salute psico-fisica della donna⁷¹³. Parimenti sarebbe difficile dare rilievo, per mezzo di un intervento manipolativo della norma da parte Corte, realizzato attraverso una pronuncia additiva⁷¹⁴, a quelle situazioni che legittimano il ricorso alla procedura di cui all'art. 5 della legge sull'aborto, creando un coordinamento fra la disciplina l. n. 40/2004 e quella l. n. 198/1978, rispondente ai canoni di ragionevolezza *ex artt. 3 e 32 Cost.* e proporzione *ex art. 8 Cedu*, che assume rilievo quale norma interposta in relazione all'art. 117, primo comma. A ciò si aggiunga che una pronuncia di tal tipo sarebbe difficilmente compatibile con la discrezionalità politica, riservata al legislatore, unico soggetto al quale è consentito scegliere se attribuire un'ulteriore finalità al ricorso alle tecniche di PMA.

In conclusione possiamo affermare che, se il diritto di accedere alla PGD da parte di coppie sterili, portatrici di gravi malattie genetiche può dirsi oggi definitivamente acquisito e pacifico, rimane ancora aperta, tuttavia, la questione concernente la praticabilità di tale accertamento diagnostico per quelle coppie affette da gravi malattie genetiche, ma al contempo fertili. In mancanza, al momento in cui si scrive, di un intervento legislativo che elimini ogni dubbio, qualora tali soggetti chiedano di accedere ad un protocollo di PMA funzionale ad una successiva PDG al giudice italiano si prospettano due alternative⁷¹⁵. Se l'organo giudicante decide di accogliere una nozione estensiva di infertilità, facendovi rientrare anche quelle condizioni che mettono a rischio il buon esito della gravidanza, pur senza impedire la fecondazione, quale appunto il fatto che un membro o entrambi i membri della coppia siano affetti da malattie genetiche gravi e incurabili al momento della diagnosi, allora potrà accogliere la domanda proposta dai ricorrenti; in caso contrario, di fronte ad un rigetto della domanda da parte del giudice nazionale, nulla impedisce alla coppia di far valere i propri diritti davanti al giudice sovranazionale, come

⁷¹³ Su questo aspetto si rinvia ampiamente a VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della Corte Edu in tema di diagnosi preimpianto*, cit.

⁷¹⁴ Il giudice costituzionale dovrebbe svolgere il suo sindacato al fine di verificare che la manipolazione della legge, volta a sanzionare l'omissione legislativa e ad estendere l'applicabilità della norma anche ad un caso non previsto dal legislatore, sia necessaria per rendere conforme ai principi costituzionali la scelta del legislatore. Cfr. ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, p. 393 ss.

⁷¹⁵ Così DOLCINI, *Leggi sulla procreazione assistita e laicità dello Stato: da sempre un rapporto difficile*, cit.

nel caso Costa e Pavan. Tuttavia non è da escludere un effetto diretto del *dictum* della Corte europea da parte del giudice nazionale, soluzione che si espone, però, a diverse critiche, in quanto se da un lato l'art. 4 della legge n. 40/2004 non si presta affatto ad un'interpretazione adeguatrice, dall'altro lato la decisione della Corte Edu, sprovvista di efficacia *erga omnes*, in quanto circoscritta al caso concreto, si rivelerebbe incapace di offrire un'uguale tutela alle coppie che si trovassero nella medesima situazione, privando oltretutto la Corte costituzionale del ruolo di garante della legittimità costituzionale delle norme interne⁷¹⁶.

6. Uno sguardo alla disciplina dei principali Paesi europei.

Nelle legislazioni europee coesistono soluzioni diverse anche su questo delicato e complesso aspetto della PMA.

Per quanto riguarda l'Europa occidentale, dodici Paesi (fra cui anche Turchia, Slovacchia e Cipro) su quindici permettono oggi la diagnosi preimpianto, taluni dei quali già da vent'anni, come la Spagna, il Regno Unito e la Francia, altri, invece, come la Germania, solo da pochissimo tempo.

Per quanto concerne la Francia essa ha assunto nei confronti delle tecniche di PGD una posizione di disciplina e rigore.

Il primo intervento del legislatore francese in tema di PGD risale al 1994, quando la legge 94/654 ha introdotto nel Codice della sanità pubblica l'art. L. 2131-4 con il quale ha autorizzato le pratiche di diagnosi preimpianto. Un successivo intervento si è avuto poi con la legge n. 2004-800 relativa alla bioetica, al fine di ridefinire le circostanze nelle quali la PGD è da considerare lecita.

Con l'intervento del 2004 è stato affermato il carattere eccezionale dell'autorizzazione a ricorrere alla PGD, subordinata alla condizione che siano rispettati alcuni requisiti quali l'insorgenza di una malattia gravemente invalidante, a rilevazione tardiva, che metta prematuramente in gioco le prognosi di vita del concepito, previa identificazione dell'anomalia responsabile di tale malattia presso uno dei genitori, o degli ascendenti immediati⁷¹⁷.

Altro requisito è che la coppia abbia convissuto per almeno due anni. In ogni caso la PGD non può perseguire altro fine se non quello dell'identificazione della patologia e dei mezzi in grado di prevenirla e trattarla.

Poco dopo la legge 2004-800 la regolamentazione è stata poi rivista ulteriormente, estendendo la possibilità di avvalersi della PGD anche quando si tratti di ottenere un bambino che sia istologicamente

⁷¹⁶ In questo senso si veda NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa Pavan c. Italia*, cit.

⁷¹⁷ In tali casi, infatti, la coppia, in ragione della propria situazione familiare, ha una grande probabilità di far nascere un bambino affetto da una malattia genetica di una particolare gravità riconosciuta come incurabile al momento della diagnosi.

ed immunologicamente compatibile con altro figlio della coppia così da consentire la donazione ed il trapianto di cellule staminali o di organi a quest'ultimo⁷¹⁸.

La selezione di un embrione sano e geneticamente compatibile è, però, possibile solo previa autorizzazione espressa del *Conseil d'orientation* dell'Agenzia per la biomedicina⁷¹⁹ e solo in presenza di una grave patologia che può essere curata tramite l'impianto di cellule.

In ogni caso si osserva come la PGD in Francia sia utilizzata soprattutto al fine di evitare il trasferimento di embrioni affetti da anomalie che siano alla base di gravi patologie, le quali però non sono specificamente enumerate dalla legge, rimettendo la loro individuazione al medico nel caso concreto.

Per quanto concerne l'ordinamento tedesco esso, come si è detto, è caratterizzato da una tutela molto forte dell'embrione, come dimostra la legge del 1990 significativamente denominata *Embryonenschutzgesetz (ESchG)*, "Legge per la protezione dell'embrione".

In accordo alla forte tutela accordata all'embrione, la PGD è sempre stata vietata discendendo in particolare dal divieto di «usare per fini diversi da quello della sua sopravvivenza un embrione umano creato al di fuori del corpo della donna» (§ 2, comma 1)⁷²⁰.

La rigidità della normativa è stata però recentemente mitigata dall'intervento del *Bundesgerichtshof*, che, nella sentenza del 6 luglio 2010, riprendendo la distinzione di cui all'art. 8 della *ESchG* tra cellule totipotenti e cellule pluripotenti, ha affermato che la diagnosi preimpianto condotta su cellule embrionali pluripotenti al fine di verificare la presenza di gravi patologie genetiche non viola la *Embryonenschutzgesetz* e non rappresenta pertanto una condotta penalmente sanzionabile.

Il legislatore tedesco ha così emanato il 21 novembre 2011 la *Präimplantationsdiagnostikgesetz*⁷²¹, che, accogliendo l'orientamento del *Bundesgerichtshof*, modifica la *ESchG*, ammettendo, a determinate condizioni, la diagnosi genetica preimpianto.

Tale deroga al generale divieto di PGD non poteva però essere concretamente realizzata in assenza del regolamento attuativo, la cui adozione era espressamente affidata dalla stessa legge al *Bundesregierung*.

La *Präimplantationsdiagnostikgesetz* prevedeva, infatti, che tramite regolamento dovessero essere definiti nel dettaglio tutti gli elementi necessari per poter concretamente procedere alla PGD nei casi e con le modalità previste a livello legislativo.

In particolare, il regolamento recentemente emanato e che entrerà in vigore il 1° febbraio 2014, data dalla quale sarà possibile accedere alla PGD, definisce le procedure da rispettare, il rilascio delle autorizzazioni ai centri specializzati, compresa la qualifica dei medici abilitati a lavorarvi e la durata delle

⁷¹⁸ Decreto n. 2006-1661 del 22 dicembre 2006 relativo alla diagnosi prenatale e alla diagnosi biologica effettuata a partire dalle cellule prelevate dall'embrione *in vitro* e di modifica al Codice della sanità pubblica, pubblicato in *JORF* 23 dicembre 2006.

⁷¹⁹ Istituita all'art. L. 1418-1.

⁷²⁰ Cfr. ARNOLD, *Questioni giuridiche in merito alla fecondazione artificiale nel diritto tedesco*, in CASONATO, FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, cit., p. 37 ss.

⁷²¹ In BGBl I S. 2228

autorizzazioni stesse, la composizione e il funzionamento delle *Ethikkommissionen* e la gestione della documentazione.

Il regolamento contiene, inoltre, un paragrafo dedicato alle definizioni e in particolare a quella di *Präimplantationsdiagnostik* e di *Zellen*, ossia delle cellule che possono essere oggetto di diagnosi genetica preimpianto. Rispetto a tale definizione il regolamento ribadisce che debba trattarsi di cellule staminali in grado di moltiplicarsi e di specializzarsi in diversi tipi di cellule (pluripotenti), ma non anche di svilupparsi in individuo (totipotenti).

Pur mantenendo un generale divieto di diagnosi genetica preimpianto, l'ordinamento tedesco ammette, quindi, ora la PGD qualora sussista un alto rischio di trasmissione di gravi malattie genetiche al bambino o qualora l'indagine sia volta ad accertare una grave patologia dell'embrione, tale da poter condurre con alta probabilità alla morte o ad un aborto.

La legge, nel definire le linee principali della disciplina in materia di PGD, impone che essa possa essere effettuata solo da medici qualificati presso centri specificamente autorizzati e che il consenso scritto della donna sia preceduto da un'adeguata informazione e consulenza sulle possibili conseguenze mediche, psicologiche e sociali della diagnosi richiesta. È inoltre espressamente previsto che la diagnosi possa essere effettuata solo dopo che una commissione etica a composizione interdisciplinare abbia verificato la sussistenza dei presupposti previsti dalla legge e abbia espresso il suo giudizio in merito.

In Inghilterra la PGD è generalmente ammessa: il par. 9 dello *Human Fertilisation and Embryology Act* del 2008 afferma, infatti, la liceità della selezione embrionale quando all'esito della diagnosi è noto che l'embrione presenta un'anomalia a livello di gene, cromosoma o mitocondrio, la quale comporta un rischio significativo che la persona portatrice di tale anomalia presenterà o svilupperà una grave disabilità fisica o psichica, una grave malattia o altra grave condizione medica.

L'allegato n. 2 precisa quali attività possono essere oggetto di autorizzazione e l'art. 1ZA indica le condizioni alle quali è possibile operare test sull'embrione, ossia quando si tratti di verificare che non vi siano anomalie di geni, cromosomi o mitocondri tali da poter incidere sulla possibilità per l'embrione di nascere vivere.

Emerge, quindi, come il legislatore britannico abbia inteso consentire la selezione degli embrioni, non solo nei casi in cui le anomalie condurrebbero a patologie gravi, ma in generale a "condizioni mediche" gravi.

È invece generalmente vietata la selezione del sesso; una deroga a tale divieto è consentita solo nel caso in cui vi sia il rischio che, in ragione del genere, l'embrione rischi di sviluppare una grave disabilità fisica o mentale, una malattia grave od ogni altra condizione medica sempre grave (art. 13, par. 10). Il collegamento tra il genere e le condizioni mediche è costituito dal fatto che la patologia colpisca solo un sesso o che colpisca un sesso più significativamente dell'altro (art. 13, par. 11).

Il fine può anche essere l'individuazione dell'anomalia in sé qualora questa rappresenti un rischio significativo per l'insorgere di patologie fisiche o psichiche gravi, anche in relazione all'indagine sul sesso se collegato alla patologia.

L'impiego della PGD è ammesso anche per individuare, tramite esami di compatibilità, gli embrioni idonei a curare patologie di un figlio della coppia o di un membro della coppia nel caso in cui tale grave condizione di salute possa essere trattata impiegando cellule staminali derivate dal cordone ombelicale, midollo osseo od ogni altro tessuto⁷²².

Infine gli esami sugli embrioni sono ammessi anche nel caso in cui vi sia incertezza sull'identità dell'embrione, così da verificare che si tratti effettivamente di quelli ottenuti dalla fecondazione operata con i gameti della coppia.

L'accesso alle procedure di diagnosi non è subordinato all'indicazione da parte delle coppie del motivo che le induce a ricorrere a tali esami e che la legge (art. 13) lascia libere di assumere qualsivoglia decisione nel caso in cui l'embrione risulti affetto da patologia genetica⁷²³.

La disciplina del Regno Unito in tema di PGD risulta, pertanto, tra le più permissive anche se non giunge a ritenere lecite selezioni operate su criteri non di natura medica.

Per quanto concerne la Spagna, la legge n. 14/2006 del 26 maggio 2006⁷²⁴ sulle tecniche di riproduzione assistita ammette interventi diagnostici sul pre-embrione *in vitro* finalizzati a individuare gravi malattie ereditarie o alterazioni che potrebbero comprometterne la vitalità così da rendere possibile il trasferimento in utero dei soli pre-embrioni non affetti da quelle patologie (art. 12).

L'art. 13 dispone poi che ogni intervento sul pre-embrione *in vitro* con scopi terapeutici non potrà avere altra finalità se non quella di realizzare il trattamento sulla malattia o di impedire la sua trasmissione, con garanzie ragionevoli o verificate. Ogni intervento sul pre-embrione o sul feto in utero, vivi, o sul feto fuori dell'utero, se il feto è vitale, non deve avere altra finalità terapeutica che non sia quella di favorirne il benessere e lo sviluppo.

È fatto invece esplicito divieto di influire sui caratteri ereditari non patologici o di perseguire finalità di selezione degli individui o della razza (art. 13 comma 2, lett. c).

La terapia sui pre-embrioni *in vitro* o sugli embrioni e i feti nell'utero può essere autorizzata solo previa rigorosa informazione dei genitori o della donna sui procedimenti, le ricerche diagnostiche, le possibilità e i rischi della terapia proposta e se questi sono stati accettati preventivamente.

Si deve, inoltre, trattare di malattie per le quali possano essere formulate diagnosi molto precise, dotate di prognosi grave o molto grave e di terapie che diano garanzie, almeno ragionevoli, di migliorare o risolvere il problema.

La terapia deve essere effettuata in centri sanitari autorizzati e da *équipe* biologiche qualificate e dotate dei mezzi necessari.

⁷²² La legge specifica che con «ogni altro tessuto» non si può in nessun caso intendere un organo intero del nascituro.

⁷²³ A tal proposito il legislatore si è limitato ad affermare che in caso siano riscontrate anomalie gli embrioni colpiti «non devono essere preferiti rispetto a quelli per i quali non si sa se abbiano tali anomalie».

⁷²⁴ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, cit. In dottrina su questa normativa si veda diffusamente IACOMETTI, *La procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento spagnolo*, cit., p. 49.

In un sistema di sovrapposizione fra il livello di governo della comunità autonoma e il livello del governo centrale, ogni procedura di PGD deve essere comunicata all'autorità sanitaria, la quale a sua volta informerà la Commissione nazionale sulla base di una valutazione delle caratteristiche cliniche, terapeutiche e sociali di ogni caso concreto.

Anche nel caso della diagnosi preimpianto la situazione esistente in Italia si configura pertanto come un caso eccezionale, tanto più alla luce della recente apertura alla PGD registratasi nell'ordinamento tedesco.

CAPITOLO V

IL DIVIETO DI FECONDAZIONE ETEROLOGA:
TRA IRRAGIONEVOLEZZE LEGISLATIVE E
APERTURE GIURISPRUDENZALI

SOMMARIO: 1. La disciplina contenuta nella legge n. 40/2004. - 2 Argomenti a favore e contro la donazione di gameti: alla ricerca di una plausibile *ratio* del divieto. - 3. La giurisprudenza della Corte Edu sul caso austriaco: la pronuncia della prima sezione del 1° aprile 2010. - 3.1. Il caso. - 3.2. La decisione dei giudici di Strasburgo. - 4. Le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale dei Tribunale di Firenze, Catania e Milano del 2010. - 5. La decisione del 3 novembre 2012 della Grande Camera sul caso austriaco. - 6. L'ordinanza della Corte costituzionale n. 150 del 2012. - 7. Le successive ordinanze di rimessione dei tre giudici di merito in attesa di una pronuncia decisoria del giudice delle leggi. - 8. Uno sguardo alla disciplina dei principali Paesi europei.

1. La disciplina contenuta nella legge n. 40/2004.

Da quanto detto finora emerge un quadro di riferimento fortemente mutato rispetto a quello originario del 2004.

Certamente permangono divieti, nonché alcune incongruenze e dissonanze interpretative e applicative, fra i quali *in primis* il divieto di crioconservazione degli embrioni (art. 14, comma 1), che rimane penalmente sanzionato e sul quale la Corte costituzionale, pur ampliandone il campo delle eccezioni, non si è espressa esplicitamente⁷²⁵.

Perdura inoltre il divieto di donazione di gameti, tema da sempre al centro di un intenso dibattito nel nostro Paese, il quale, in un quadro di progressivo smantellamento della legge, sembrava costituire solo fino a poco tempo fa la roccaforte inespugnata della legge 40/2004: tuttavia, a fronte di una recente pronuncia della Corte Edu, anche su di esso si addensano ora nubi minacciose, in attesa della decisione della Consulta.

Come si è già visto, con il termine procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo⁷²⁶ ci si riferisce alle ipotesi in cui uno o entrambi i gameti non appartengono ai membri della coppia (o alla donna *single*); nel primo caso si parla di fecondazione eterologa unilaterale in linea maschile o femminile,

⁷²⁵ Un divieto che peraltro risulta sempre più ingiustificato alla luce della recente apertura, prima preclusa, di produrre più embrioni senza obbligo di trasferirli immediatamente e contemporaneamente e che, in assenza di un preciso intervento legislativo, crea numerose incertezze operative nei medici su come gestire gli embrioni non immediatamente trasferibili. Cfr. sul punto CILIBERTI, BONSIGNORE, DE STEFANO, *La procreazione assistita al vaglio della prassi*, cit., p. 536.

⁷²⁶ Per l'analisi della fattispecie (plurisoggettiva impropria composta dall'esecutore della pratica, i due *partners*, e il donatore di gameti) si veda ampiamente VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 98.

nel secondo di fecondazione eterologa bilaterale⁷²⁷. Affine alla donazione di gameti è il tema ancora più complesso della fecondazione eseguita con l'ausilio dell'utero di una donna diversa da quella che forma la coppia (maternità surrogata)⁷²⁸, argomento quest'ultimo estraneo alla presente trattazione, in quanto tale divieto desta sicuramente meno problemi rispetto al presente, vigendo largo consenso in questo senso in Europa.

La donazione di gameti è una tecnica utilizzata in situazioni estreme, per le quali non esiste soluzione diversa al fine di consentire alla coppia di vedere realizzato il proprio progetto genitoriale⁷²⁹. Si tratta, lo si ricordi, di una vera e propria patologia che ricorre nei casi di incapacità di uno o di entrambi i membri della coppia di produrre gameti (a causa di azoospermia nell'uomo o a menopausa precoce per la donna, dovuta a sua volta a cause genetiche o a pregressi interventi chirurgici), ma anche nei casi in cui sia presente una malattia particolarmente grave geneticamente trasmissibile al nascituro⁷³⁰.

Il ricorso alla PMA eterologa non è tuttavia mai una scelta indolore per due ordini di motivi⁷³¹.

In primo luogo il ricorso alla donazione di gameti è ostacolata dal modello da sempre imperante nel nostro ordinamento della genitorialità biologica, sebbene una rilevante percentuale di bambini, alcuni in modo consapevole altri no, venga oggi educata da un genitore diverso da quello biologico.

In secondo luogo si oppongono al ricorso alla donazione di gameti rilevanti ostacoli di ordine psicologico (soprattutto nel caso in cui l'impossibilità di generare eredi dipenda dall'uomo⁷³²), i quali presuppongono il superamento di innumerevoli tabù legati all'intervento di soggetti esterni alla coppia ai fini della procreazione. Come è stato ben osservato, «ricorrere a un donatore di seme significa infatti per l'uomo prendere atto definitivamente della propria condizione di sterilità, una condizione che di rado viene assunta come qualcosa di simile all'impotenza, tale da generare un senso di inferiorità, tanto più accentuato a confronto con un rivale così potente, il donatore. Inoltre a ciò si aggiunge l'angoscia di non lasciare nulla di sé, in senso biologico, dopo la morte»⁷³³.

⁷²⁷ L'art. 12, comma 1 la definisce come «il divieto di utilizzare per una finalità procreativa spermatozoi e ovuli provenienti da soggetti terzi rispetto alla coppia richiedente».

⁷²⁸ Il fenomeno della maternità surrogata è caratterizzato dall'obbligazione di una donna di portare a termine una gravidanza e cederne il frutto alla coppia c.d. "committente". Il bene giuridico a tutela del quale la legge vieta la surrogazione di maternità è in primo luogo l'unitarietà della figura materna, che agli occhi del legislatore non tollera scissioni tra maternità gestazionale, biologica e sociale. Si è inteso, in secondo luogo, scongiurare il rischi di accordi stipulati a titolo oneroso che si tradurrebbero in una forma di mercificazione del corpo della donna, degradata ad una mera incubatrice, che va ad offendere in ultima analisi il valore della dignità umana. Sull'argomento si veda, fra i molti, DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, cit., p. 1552 s. e CANESTRARI, *Procreazione assistita e sanzioni*, cit., p. 421.

⁷²⁹ In questo senso si veda la Relazione introduttiva alla Proposta di legge n. 406, secondo cui «la regola deve, quindi, essere quella che esclude il ricorso alle tecniche artificiali se non vi sono documentate impossibilità della coppia a procreare [...]. Riteniamo opportuna l'inseminazione artificiale eterologa, tecnica usata in caso di infertilità maschile».

⁷³⁰ FLAMIGNI, BORINI, *Fecondazione e(s)terologa*, L'Asino d'Oro, 2012, p. 49, il quale la ammette anche nei casi di ripetuti fallimenti di precedenti trattamenti di PMA omologa.

⁷³¹ Così DOLCINI, *La fecondazione assistita "eterologa". Una questione aperta*, cit., p. 16.

⁷³² FLAMIGNI, *Il secondo libro della sterilità. La fecondazione assistita*, cit., p. 463. Il 20% dei bambini viene educato da un padre diverso da quello biologico, e lo sa: poco meno del 10% si trova nelle stesse condizioni senza saperlo.

⁷³³ Cfr. DOLCINI, *La fecondazione assistita "eterologa". Una questione aperta*, cit., p. 16.

Meno frustrante, anche se mai comunque indolore in quanto va comunque a ridimensionare fortemente il suo ruolo rispetto a quello della madre biologica, è il caso della donazione di ovociti, in quanto la donna riveste comunque un ruolo di grande importanza e gratificazione, quello gestazionale, attraverso il quale si pongono le basi del legame madre-figlio⁷³⁴.

A ciò si aggiunga che la fecondazione eterologa si espone a rilevanti rischi di insuccesso⁷³⁵: da un lato il seme congelato è assai meno reattivo e, dall'altro lato, a proposito della donazione di oociti, una decina di anni fa si segnalava una percentuale di gravidanze compresa fra il 25% e il 35% con elevata frequenza di complicazioni della gravidanza.

Per quanto riguarda la situazione anteriore all'entrata in vigore della nuova legge⁷³⁶ va detto che le tecniche di PMA eterologhe con gameti di donatori esterni alla coppia sono state applicate in Italia fino al 10 marzo 2004 ogni qualvolta l'obiettivo della gravidanza risultasse impossibile con le pratiche di PMA omologa, nel pieno rispetto delle garanzie giuridiche per tutti i soggetti coinvolti e nel quadro di una serie di regole fissate dai codici di autoregolamentazione, che prevedevano, tra l'altro, la gratuità della donazione per evitare il pericolo di sfruttamento e mercificazione della donna, l'obbligo per il donatore di sottoporsi ad un particolare *screening* diagnostico diretto ad escludere la presenza di eventuali patologie genetiche o virali del materiale donato, un registro contenente il nominativo dei diversi donatori, un limite numerico alle gravidanze che potevano essere ottenute con il liquido seminale di un solo donatore, in linea peraltro con le altre normative dei Paesi stranieri dotate di leggi in materia di PMA.

I centri che si occupavano di procreazione assistita eterologa erano però solo quelli privati, dal momento che la circolare del ministro della salute Degan del 10 ottobre 1985⁷³⁷ aveva vietato a quelli pubblici l'utilizzo di tale tecnica⁷³⁸.

Una questione che le fonti sub-legislative non affrontavano espressamente e che generava nella prassi i problemi maggiori concerneva la possibilità da parte dell'uomo che autorizzava la procreazione eterologa della moglie e/o convivente di disconoscere successivamente la paternità del bambino.

Tali incertezze sono venute meno in seguito, come si è visto, ad un lungo *iter* giurisprudenziale⁷³⁹ (e dottrinale⁷⁴⁰), che ha stabilito il principio, oggi recepito dalla legge⁷⁴¹, secondo cui il marito che abbia acconsentito alla PMA eterologa della moglie non può successivamente disconoscere il nato, nonostante la formulazione letterale dell'art. 235, comma 1, n. 2, c.c.

⁷³⁴ DOLCINI, *La fecondazione assistita "eterologa". Una questione aperta*, cit., p. 15 ss.

⁷³⁵ La percentuale di successi subisce un calo, che ad oggi si stima intorno ad un terzo. Cfr. FLAMIGNI, BORINI, *Fecondazione e(s)terologa*, cit., p. 71.

⁷³⁶ Per un quadro più dettagliato della prassi vigente in Italia allorché la PMA era regolata solo da fonti sub-legislative si veda DOLCINI, *La fecondazione assistita "eterologa". Una questione aperta*, cit., p. 17 ss.

⁷³⁷ Cfr. *infra* circolare 1° marzo 1985, cit.

⁷³⁸ Cfr. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 11 s.

⁷³⁹ Trib. Roma, 30 aprile, poi Trib. Cremona 17 febbraio, in *Dir. eccl.*, 1995, II, p. 169, App. Brescia 14 giugno, in *Fam. e dir.*, 1996, p. 34, Trib. Napoli, 2 aprile 1997, in *Giur. it.*, c. 68; Corte cost., 26 settembre 1998, n. 347, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 51. Si veda *infra* cap. II, par. 1.

⁷⁴⁰ *Ex multis* FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., p. 371; AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadr.*, 1986, p. 54.

⁷⁴¹ L'art. 9 della legge n. 40/2004 ha disciplinato espressamente la fattispecie, prevenendo il divieto di disconoscimento di paternità e l'impossibilità per il terzo donatore di instaurare una relazione giuridica con il nato.

Mentre, infatti, inizialmente diversi tribunali⁷⁴² avevano accolto le istanze di disconoscimento di paternità presentate nei confronti di figli nati in provetta in applicazione dell'art. 235 c.c., successivamente il Tribunale di Napoli ha invertito la rotta, sollevando per la prima volta questione di costituzionalità⁷⁴³ dell'art. 235 c.c. in riferimento agli artt. 2, 3, 29 e 30 Cost. nella parte in cui non prevede un divieto di esercitare l'azione di disconoscimento nei casi di consenso a inseminazione eterologa. Alla base di tale decisione vi è la presa di coscienza da parte del giudice *a quo* del fatto che se si ammettesse la possibilità di disconoscimento dopo la prestazione del consenso, il figlio nato con fecondazione eterologa verrebbe privato di qualunque apporto paterno, in esplicita violazione dei principi costituzionali, che garantiscono ad ogni essere umano la possibilità che la propria personalità si sviluppi anche all'interno delle formazioni sociali, fra cui, *in primis*, la famiglia (artt. 2 e 29 Cost.).

La Corte costituzionale ha risposto al quesito con un'articolata pronuncia, la quale ha però dichiarato inammissibile la questione sulla base del fatto che, a giudizio della stessa, le norme sul disconoscimento di paternità enucleate in modo tassativo dal legislatore civile (che permettono senz'altro al coniuge impotente di chiedere il disconoscimento del figlio adulterino in violazione del dovere di reciproca fedeltà) non erano applicabili nel giudizio *a quo* in cui veniva in discussione una procreazione *in vitro*, ovvero la situazione del figlio nato a seguito di eterologa in costanza di matrimonio con il consenso di entrambi i genitori, essendo la situazione ben differente⁷⁴⁴.

A dirimere tutti i dubbi ci ha pensato la Corte di Cassazione⁷⁴⁵ nel 1999 che, chiamata a pronunciarsi su un'analogica vicenda, ha affermato che non è possibile consentire l'azione di disconoscimento della paternità al coniuge che abbia dato il proprio consenso alla fecondazione della moglie perché in contrasto con il diritto del figlio alla sua piena identità genitoriale.

La questione concernente l'ammissione o meno del ricorso alla fecondazione è divenuto successivamente uno dei problemi più delicati e dibattuti che si sono posti all'attenzione del legislatore del 2004.

Appare peraltro significativo del particolare contesto morale del nostro Paese il fatto che proprio tale divieto abbia costituito la questione esclusiva affrontata dal primo progetto di legge sulla PMA, che sanzionava la donna che avesse consentito su di sé pratiche inseminative con seme totalmente o parzialmente non del marito⁷⁴⁶.

⁷⁴² Come si è visto in una prima fase i giudici avevano ritenuto applicabile l'art. 235 c.c., avente ad oggetto il disconoscimento della paternità, anche nel caso in cui il marito avesse prestato il proprio consenso all'inseminazione di un terzo donatore: alla luce di una lontana decisione del Tribunale di Roma, il Tribunale di Cremona ribadisce l'irrelevanza del consenso prestato dal marito all'intervento di un donatore, essendo tale consenso inefficace, dal momento che si fonda sulla violazione del dovere di fedeltà in capo ai coniugi, dovere che fa riferimento non solo alla specifica sfera sessuale, ma anche a quella generativa. La stessa Cassazione, aderendo a questa impostazione, confermò che nella dichiarazione di paternità sarebbe fondamentale "l'interesse del minore".

⁷⁴³ Ordinanza 14 marzo 1997, in *Famiglia e diritto*, 1997, p. 261.

⁷⁴⁴ Ciò che qui rileva è che la Corte costituzionale in questa decisione dà per scontata la possibilità che la fecondazione eterologa sia uno dei mezzi per avere un bambino, del tutto conforme ai principi costituzionali e detta il principio fondamentale della scissione fra genitore naturale e di diritto.

⁷⁴⁵ Cfr. *infra* nota 180.

⁷⁴⁶ Progetto di legge presentato il 25 novembre 1958 dai deputati Gonella e Manco alla Camera dei Deputati secondo cui «La donna che permette su di sé, con seme totalmente o parzialmente non del marito, pratiche

Il divieto di utilizzare gameti estranei alla coppia è oggi contenuto nell'art. 4, comma 3 della legge n. 40/2004, mentre il relativo trattamento sanzionatorio è disciplinato dall'art. 12, comma 1 della legge *de qua*, il quale, pur non sanzionando penalmente la donazione di gameti, ha, tuttavia, presidiato tale divieto con una sanzione amministrativa pecuniaria di terribile asprezza. È prevista, infatti, una sanzione pecuniaria che va da 300.000 a 600.000 euro, a cui si deve aggiungere la sanzione accessoria della sospensione da uno a tre anni dall'esercizio della professione nei confronti dell'esercente la professione sanitaria, nonché la sospensione per un anno nei confronti del centro in cui tali tecniche vengono applicate (l'autorizzazione è, infatti, revocata in caso di più violazioni dello stesso divieto o di recidiva)⁷⁴⁷.

Ai sensi del comma 8 dell'art. 12 vengono, invece, esclusi dal trattamento sanzionatorio l'uomo e la donna ai quali è la tecnica è applicata, i quali godono, pertanto, ancora una volta, di immunità sanzionatoria⁷⁴⁸.

Dall'entità della pena pecuniaria irrogata si evince che per il legislatore la PMA eterologa, anche se applicata ad una coppia sposata o convivente, costituisce una figura di illecito perfino più grave rispetto alla PMA applicata a *single* o coppie omosessuali, nonostante nel primo caso l'interesse del minore a crescere con una coppia genitoriale di sesso diverso sia soddisfatto⁷⁴⁹.

Da più parti si è osservato come tale previsione, pur essendo formalmente una sanzione di carattere amministrativo e procedimentale, finisca per rivestire nella sostanza carattere penale con l'aggravio, peraltro, di essere inflitta all'interno di un processo amministrativo, come tale privo di quelle strutture garantistiche che possiede invece il processo penale⁷⁵⁰, andando così ad infierire ancora più gravemente su chi ha già tanto sofferto.

inseminative, è punita con la reclusione fino a un anno. Con la stessa pena è punito il marito che vi abbia consentito, nonché il terzo donatore di seme e chiunque, su donna coniugata consenziente, compie atti idonei alla fecondazione artificiale». Questo progetto di legge è stato ripresentato il 18 settembre 1963 nella successiva legislatura. Di analogo tenore è il progetto presentato il 29 maggio 1963 da Riccio. Per l'esame dei diversi disegni di legge cfr. D'AMICO, *Sull'incostituzionalità del divieto di "fecondazione eterologa" fra principi costituzionali ed europei*, in D'AMICO, LIBERALI (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Franco Angeli, 2012, p. 21 ss.

⁷⁴⁷ CANESTRARI, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita?*, cit., p. 1098 ss. osserva come «le sanzioni previste incidano in maniera elevata sul patrimonio, nonché su un diritto fondamentale del contravventore, quale il lavoro, senza contare poi l'iscrizione alla struttura sanitaria di una sanzione che può condurre anche alla fine dell'attività, peraltro a titolo di responsabilità oggettiva *tout court* in assenza di più pregnanti criteri di imputazione dell'illecito (quali quelli di cui al d.lgs. 231/2001), evidenziando chiaramente la natura sostanzialmente penale della fattispecie ed amministrativa solo dal punto formale e procedimentale».

⁷⁴⁸ MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, cit., p. 352 sottolinea come il carattere marcatamente afflittivo della disposizione sottenda una finalità simbolica-espressiva, nella misura in cui, sancendo la punibilità esclusivamente del medico e della struttura all'interno della quale vengono praticati gli interventi di fecondazione eterologa, assegna a tali soggetti la funzione di "capri espiatori" di un trattamento punitivo dai tratti emergenziali.

⁷⁴⁹ DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, cit., p. 1556.

⁷⁵⁰ Cfr., per tutti, CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, cit., p. 418 secondo cui, più che alla consueta "truffa delle etichette", si assiste alla pratica di una fecondazione eterologa nell'ambito della più ampia categoria del diritto punitivo, in quanto il seme del diritto penale viene introdotto nel corpo del diritto amministrativo, dando vita ad una responsabilità amministrativa altamente afflittiva che eredita le anomalie di entrambi i genitori.

Oltre all'asprezza della comminatoria editale va, altresì, censurato l'ampio margine esistente tra il minimo e il massimo editale, che lascia largo spazio alla discrezionalità del giudice con il rischio che quest'ultima possa degenerare in arbitrio.

Benché, come si è detto, la legge n. 40/2004 abbia vietato in modo assoluto il ricorso alle pratiche di tipo eterologo, il legislatore, con atteggiamento alquanto contraddittorio, ancorché improntato ad oggettivo pragmatismo, consapevole della possibilità che il divieto venga aggirato o violato, ha previsto il caso che la coppia, violando la legge, faccia ricorso ad esse, disciplinandone compiutamente le conseguenze.

Tala scelta ha ingenerato in molti diversi sospetti, portando alcuni ad affermare che «escluso che possa parlarsi di schizofrenia legislativa parrebbe piuttosto doversi ritenere che ciò che stava a cuore al legislatore fosse non tanto di scoraggiare pesantemente il ricorso ad una prativa deprecata ma far sì che non venisse praticata in Italia, lasciando i soggetti liberi di praticarla altrove»⁷⁵¹.

Detto ciò va comunque apprezzata la presa di posizione del legislatore sulla fondamentale problematica dell'individuazione dei rapporti tra i soggetti coinvolti nella pratica di PMA eterologa, con particolare riferimento alla questione della possibilità per il padre sociale di disconoscere il nato⁷⁵².

A norma dell'art. 9, comma 1 è, infatti, previsto che il coniuge o il convivente, il cui consenso è ricavabile da atti concludenti, non possa esercitare l'azione di disconoscimento della paternità di cui all'art. 235, primo comma nn. 1 e 2 c.c., né l'impugnazione per difetto di veridicità di cui all'art. 263 c.c.⁷⁵³.

L'art. 9, comma 2 esclude inoltre la possibilità per la madre di non essere nominata, anche quando, deve ritenersi, abbia fatto ricorso alla fecondazione artificiale, pur non essendo coniugata, né convivente.

Infine, il comma 3 dell'art. 9 prevede che il donatore di gameti non acquisisca alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non possa far valere nei suoi confronti alcun diritto, né essere titolare di obblighi. Nel silenzio della legge deve presumersi che il donante resti sempre anonimo anche qualora si renda necessario, per la salute del figlio, compiere degli accertamenti genetici.

Si tratta chiaramente di disposizioni che intendono attribuire certezza ai rapporti familiari comunque originati da un'eventuale violazione del divieto, ponendosi come eccezioni al principio dell'indisponibilità di dette azioni a tutela di figlio.

Il fatto che il legislatore abbia disciplinato minuziosamente le conseguenze dell'elusione del divieto di fecondazione eterologa, mostrando così di avere scarsa fiducia nell'osservanza del divieto da lui stesso posto, espone l'art. 9 della legge *de qua* a diverse censure sia sul piano della coerenza interna, sia su quello della legittimità costituzionale.

⁷⁵¹ Cfr. *infra* ordinanza di rimessione del Tribunale di Catania alla Corte costituzionale del 21 ottobre 2010.

⁷⁵² VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 125.

⁷⁵³ Circa i problemi interpretativi che sorgono in riferimento alla fattispecie di reato prevista dall'art. 567 c.p., ossia l'alterazione di stato, l'art. 9 definisce inammissibile, a priori, l'azione di disconoscimento precludendo di fatto e di diritto la possibilità che venga eliminata la falsità che costituisce il reato e rendendo inutilizzabile l'interesse che la norma penale (art. 567 c.p.) intende tutelare, ossia il diritto alla verità circa lo *status* del nato. La legge intende dunque accordare tutela massima al nato da fecondazione eterologa e allo stesso tempo licezza un caso di alternazione di stato rendendo inoperante l'art. 567 c.p. Cfr. sul punto RE, *Profili penale della procreazione medicalmente assistita*, p. 359.

Per quanto riguarda lo statuto giuridico del nato a seguito dell'applicazione di questa tecnica, il comma 1 dell'art. 8, stabilisce che «a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita [i nati] hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia»⁷⁵⁴. La genericità dell'espressione «tecniche di procreazione medicalmente assistita» parrebbe a prima vista consentire di per sé di ricomprendervi tanto quelle omologhe, che quelle eterologhe.

In contrario depone, però, l'inciso finale del predetto comma 2 secondo cui quello sarà lo *status* dei nati dalla «coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche [di PMA] ai sensi dell'articolo 6», norma quest'ultima che disciplina (solo) il consenso alla PMA omologa, unica ammessa dalla legge.

Deve comunque concludersi che, pur in assenza di una espressa previsione in tal senso, anche ai figli nati da PMA eterologa dovrà necessariamente essere riconosciuto lo *status* di figli legittimi o figli naturali riconosciuti dalla coppia⁷⁵⁵.

Tale norma va sicuramente considerata positivamente nella misura in cui costituisce uno tra i più espressivi riconoscimenti della tutela rivolta al nato da fecondazione artificiale e introduce a livello legislativo il concetto di paternità responsabile, che rappresenta oggi un nuovo modo di intendere la relazione genitori-figli⁷⁵⁶.

Nella dottrina penalistica ci si interroga da tempo sulla legittimità costituzionale del divieto contenuto nell'art. 4, comma 3 della legge n. 40/2004.

La maggioranza della dottrina⁷⁵⁷ ritiene che il rigido divieto di donazione dei gameti contrasti nel nostro ordinamento con valori fondamentali e inviolabili, quali quello della libertà e dell'autonomia nelle scelte personali e procreative, in particolare con la libertà di costruire una famiglia, quale formazione sociale dove si svolge la personalità del singolo (artt. 2, 13, 29, 31 Cost.), nonché con quello del rispetto della vita privata e familiare (art. 7 Carta di Nizza, art. 8 Cedu), che viene in rilievo attraverso l'art. 117 Cost.

Altro fondamentale principio di rilievo costituzionale leso dalla disposizione di cui all'art. 4, comma 3 della legge è poi il principio di eguaglianza-ragionevolezza sotto diversi punti di vista⁷⁵⁸.

In primo luogo tale disposizione viene lesa nella misura in cui tratta in modo irragionevolmente diverso due diverse categorie di soggetti, ossia le coppie infertili in grado di produrre gameti fecondabili artificialmente e le coppie infertili incapaci di produrli, pur possedendo queste ultime tutti i requisiti richiesti dalla legge per poter accedere alle tecniche di PMA di tipo omologo⁷⁵⁹.

⁷⁵⁴ Per un approfondimento in relazione alle posizioni della giurisprudenza in relazione allo *status* del nato da pratiche eterologhe cfr. SCIANCALEPORE, *Disposizioni concernenti la tutela del nascituro*, cit., p. 126 ss.

⁷⁵⁵ VILLANI, *La nuova legge sulla procreazione assistita*, cit., p. 584.

⁷⁵⁶ BALESTRA, *La tutela del nascituro nella legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in CAMASSA, CASONATO (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Trento, 2005, p. 69.

⁷⁵⁷ Per tutti si veda VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 102.

⁷⁵⁸ CELOTTO, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione*, cit., p. 23 ss.

⁷⁵⁹ Per un esame approfondito dei profili di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost. cfr. D'AMICO, *Sull'incostituzionalità del divieto di "fecondazione eterologa" fra principi costituzionali ed europei*, cit., p. 32 ss.

In tal modo si finisce per restringere ulteriormente ed ingiustificatamente il campo di applicazione della legge, rispetto a quanto previsto dall'art. 4, comma 1 e dall'art. 5 con violazione del principio di parità di trattamento: mentre infatti i limiti di accesso alle tecniche di fecondazione assistita rientrano nello spazio di discrezionalità del legislatore, in un quadro legislativo quale quello derivante dalla legge n. 40/2004 il divieto di eterologa anche per le coppie eterosessuali sposate o conviventi si risolve senza dubbio in una discriminazione irragionevole fra soggetti che hanno le stesse condizioni.

Tale divieto, comportando un trattamento ingiustificatamente deteriore per quelle coppie che risultano affette da forme particolarmente gravi di sterilità, si traduce in una discriminazione contraria alla stessa *ratio* della legge: e questo proprio nei casi più gravi, in cui i problemi di sterilità o infertilità non possono essere rimossi facendo uso solo dei gameti interni alla coppia.

In secondo luogo il divieto in esame viola l'art. 3 Cost. poiché discrimina fra diverse categorie di cittadini in base alle possibilità economiche degli stessi⁷⁶⁰.

Infatti, dal momento che il divieto in esame si presta ad essere facilmente eluso grazie alla libertà di circolazione dei servizi, uno fra i principi cardini del Trattato dell'Unione europea (artt. 49 e 50), che consente a chiunque ne abbia le possibilità economiche di andare all'estero per usufruire di servizi sanitari, ciò si traduce in una penalizzazione per coloro che non hanno i mezzi economici per farlo, ai quali non rimane altra possibilità, a parte ricorrere all'istituto dell'adozione, che rivolgersi a centri non autorizzati con grave rischio per la tutela dell'embrione e della donna.

Infine, risulta seriamente lesa anche l'art. 32 Cost., che tutela il diritto alla salute⁷⁶¹, inteso dalla stessa Organizzazione Mondiale della Sanità come «uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non solamente l'assenza di malattie o infermità». Inteso in questi termini è indubbio, infatti, che l'insoddisfatto desiderio del figlio possa determinare stati patologici fisico-psichici⁷⁶², tali per cui nessuna altra terapia per la salute degli aspiranti genitori è sufficientemente valida, se non quella di ottenerlo con i gameti estranei alla coppia.

Ne consegue che il rifiuto generalizzato dello Stato di fornire questo tipo di trattamento, che sarebbe invece doveroso, «produce un'incongruenza nel tessuto della legge n. 40 nella misura in cui detta normativa, dopo aver essa stessa individuato quale interesse finale meritevole di salvaguardia la salute

⁷⁶⁰ Già in altre occasioni la Corte costituzionale ha affermato che la discrezionalità di cui incontestabilmente gode il legislatore trova dei limiti quando le scelte politiche da questo effettuate incidono, pur indirettamente, per ragioni anche di tipo economico, su forme di tutela di una condizione personale, quale la maternità che trova una peculiare considerazione costituzionale. Cfr. sentenza n. 310 del 1999, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2524.

⁷⁶¹ VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 102 s. osserva che «inteso come limite all'erogabilità di una prestazione sanitaria pubblica, l'art. 12, comma 1 solo in parte può realmente dirsi limitativo della prerogativa sancita dall'art. 32, comma 1 Cost., in quanto, almeno nel caso di sterilità maschile, è discutibile che la PMA eterologa costituisca la costituzionalmente doverosa cura di una patologia. Il partner maschile sterile non è infatti destinatario di alcun trattamento medico, che è invece applicato alla donna priva di problemi di salute e a seguito dell'applicazione del protocollo il problema rimane inalterato. Non si può invece escludere la natura trattamentale e terapeutica ex art. 32, comma 1 Cost. della donazione di gameti se considerata sotto il profilo della salute della coppia, intesa come cura per patologia psichica di quest'ultima, alla quale la mancanza di prole genera sofferenza».

⁷⁶² Sui possibili disturbi psichici della coppia e nel rapporto di coppia dovuti alla incapacità di generare cfr. RIGHETTI, GALLUZZI, MAGGINO, BAFFONI, AZZENA, *La coppia di fronte alla Procreazione Medicalmente Assistita. Aspetti psicologici, medici, bioetici*, Milano, 2009, p. 65 ss.

riproduttiva della coppia, viene ad impedire l'accesso alla PMA proprio a quelle coppie affette da problemi riproduttivi di maggior intensità ed estensione [e] ciò è tanto più grave considerando che è vietata anche la PMA eterologa nelle strutture private, ossia senza richiesta di supporto logistico ed economico da parte di istituzioni statale»⁷⁶³.

2. *Argomenti a favore e contro la donazione di gameti: alla ricerca di una plausibile ratio del divieto.*

Per giustificare il divieto di donazione di gameti in molti hanno cercato - ma invano - di individuare un "danno sociale", ossia un'offesa ad un bene giuridico, immanente alla fecondazione eterologa.

Innanzitutto, dall'esame dei lavori preparatori sia alla Camera che al Senato, e come d'altro canto ribadito dalla dottrina minoritaria che sostiene la legittimità del divieto⁷⁶⁴, si evince che a fondamento del divieto starebbe, *in primis*, la preoccupazione di non mettere in pericolo, tramite la scissione fra filiazione biologica e sociale, l'integrità psico-sociale del nascituro⁷⁶⁵.

I sostenitori della legge hanno rilevato come la presenza di un soggetto esterno alla coppia comporterebbe, non solo un allontanamento rispetto al modello della procreazione naturale, ma anche della famiglia naturale, operando artificiose scissioni delle figure genitoriali, con notevoli effetti negativi sul benessere psicologico del nascituro⁷⁶⁶.

In altre parole, le tecniche di fecondazione eterologa, con l'inevitabile moltiplicazione delle figure parentali che si accompagna ad esse, verrebbero a creare un modello di famiglia incompatibile con quello delineato dall'art. 29 Cost. (non potendosi qualificare come "naturale" una famiglia in cui i figli non sono figli genetici dei genitori), che a sua volta produrrebbe un danno all'equilibrato sviluppo della personalità del bambino⁷⁶⁷.

La necessità di una coincidenza tra genitorialità biologica e sociale, quale presupposto del fisiologico sviluppo della personalità del nuovo nato *ex artt.* 2, 3, 29, 30 e 31 Cost., non sembra, però, trovare conferma, né in base all'orientamento dominante delle scienze psico-pedagogiche, né in base a norme o principi costituzionali, risultando piuttosto una mera affermazione priva di base empirica⁷⁶⁸.

⁷⁶³ VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 103 s.

⁷⁶⁴ Cfr., fra gli altri, MILAN, *Aspetti giuridici della fecondazione assistita*, cit.; ID., *Procreazione medicalmente assistita tra desideri e diritti*, Firenze, 2008.

⁷⁶⁵ Relazione di minoranza della XII Commissione permanente (Igiene e Sanità), comunicata alla Presidenza del Senato il 15 settembre 2003.

⁷⁶⁶ Secondo CASINI, CASINI, DI PIETRO, *La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 515 ss. la donazione dei gameti viola il diritto e l'interesse del figlio ad avere una madre e un padre che siano tali sotto ogni profilo (genetico, affettivo, legale), ossia l'interesse ad essere allevato in un ambiente familiare ottimale, quale sarebbe quello caratterizzato da una coincidenza tra genitorialità sociale e biologica.

⁷⁶⁷ Secondo quanto stabilito nella Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959 «la società e lo Stato devono dare ai fanciulli il meglio di se stessi» e il meglio per un bambino è poter chiamare papà e mamma un uomo e una donna che sono tali sotto tutti i profili.

⁷⁶⁸ DELL'UTRI, *La fecondazione eterologa nel sistema dei diritti fondamentali*, in *Giur. mer.*, 2011, p. 402; D'AMICO, *Sull'incostituzionalità del divieto di "fecondazione eterologa" fra principi costituzionali ed europei*, cit.,

Dalle scienze psicopedagogiche non viene infatti nessuna conferma circa il possibile danno allo sviluppo psicofisico del minore nel caso in cui non vi sia coincidenza fra la sfera biologica e quella sociale. Anzi, dall'unica ricerca accreditata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità effettuata su un campione di 25.000 bambini nati con queste tecniche, è emerso che i nati da fecondazione eterologa non soffrono di disturbi in maniera maggiore rispetto ai nati omologhi⁷⁶⁹.

Gli studi compiuti pongono piuttosto l'accento sull'importanza che riveste, per una formazione equilibrata e integrale della personalità del bambini, la presenza di una doppia figura genitoriale, a prescindere dalla parentela genetica⁷⁷⁰.

Quanto, invece, al valore della necessaria corrispondenza tra genitorialità sociale e biologica che si assume provenire da norme o da principi giuridici, anche costituzionali, si osserva che «anche ammesso – e per niente concesso – che l'art. 29 Cost., nel riconoscere le prerogative della “famiglia naturale”, intenda come tale solo quella strutturata su di una discendenza strettamente biologica, detta norma – lo si è già osservato – non propone, né supporta, alcun divieto di formazione di nuclei affettivi fondati su diversi presupposti»⁷⁷¹.

Ancora, le audizioni contenute nella Relazione di minoranza della Commissione Permanente Igiene e Sanità⁷⁷² avevano accertato che la frattura tra filiazione biologica e sociale non appariva pregiudizievole per lo sviluppo psicologico del nato, che era influenzato, invece, come già detto, dalla presenza della doppia figura genitoriale a prescindere dalla corrispondenza con quella genetica.

L'argomento si presenta, quindi, piuttosto debole, posto che la scissione fra genitorialità sociale e genetica risulta un fenomeno accettato e regolato nel nostro ordinamento già da tempo e comunque, anche a voler considerare fondato l'assunto secondo cui la possibile presenza di più figure parentali possa costituire di per sé un rischio per gli interessi del minore, non si comprende per quale ragione non possano adottarsi una serie di misure atte a neutralizzare il suddetto rischio, quale una regolamentazione normativa precisa e puntuale del fenomeno che assicuri l'anonimato del donatore, l'immutabilità dello *status filiationis* e *familiae* del nato, un sistema efficiente delle banche del seme (con specifico riguardo alla previsione di gratuità delle donazioni e alla loro non reiterabilità da parte del medesimo donatore) e, infine, che stabilisca i presupposti che possono consentire le indagini sulle origini genetiche del nato.

Altra obiezione difficilmente superabile concerne poi il fatto che il divieto di fecondazione eterologa si pone obiettivamente in contraddizione con l'istituto (peraltro previsto e incentivato nel nostro ordinamento e nella stessa legge *de qua*) dell'adozione⁷⁷³, introdotto in Italia con la l. n. 184 del 1983⁷⁷⁴,

p. 21 ss. e DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, cit., p. 54. Per l'assenza di “danni da condizione di nascita” per i bambini nati da fecondazione eterologa si veda MORI, *Sulla legge 40/2004, la legge cattolica per la procreazione assistita nelle attuali circostanze storiche*, cit., p. 88 ss.

⁷⁶⁹ VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., p. 123.

⁷⁷⁰ FORDER, *La procreazione assistita nel quadro dei diritti dell'uomo*, cit., p. 368.

⁷⁷¹ VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 120.

⁷⁷² N. 1514A-bis.

⁷⁷³ Sui rapporti fra PMA e adozione come figure della filiazione sociale, intesa come filiazione costituita con l'autorizzazione, l'ausilio o l'intervento pubblico si veda *amplius* MOROZZO DELLA ROCCA, *Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2005, p. 211 ss.

ove il presunto principio di necessaria corrispondenza fra genitore biologico e genitore legale è completamente compromesso, essendo questa nella sostanza una “doppia fecondazione eterologa di padre e di madre”⁷⁷⁵, dal momento che l’adottato non possiede il patrimonio genetico di alcuno dei genitori, diversamente dal nato da fecondazione eterologa che ha, invece, il patrimonio genetico di uno dei due.

Da parte dei fautori della legge n. 40/2004 si obietta che «il paragone fra i due istituti sarebbe improprio perché non considera che il moderno istituto dell’adozione non è uno strumento per dare un figlio a chi non ha, ma è al contrario uno strumento per dare dei genitori ad un bambino che non ne ha»⁷⁷⁶.

A parere di chi scrive se è innegabile che i due istituti, entrambi espressioni della stessa domanda sociale di filiazione, sono alquanto differenti, dal momento che la PMA è un evento più simile alla filiazione naturale che non alla adozione, dato che di questa condivide il carattere procreativo peraltro precedente a quello dell’assunzione volontaristica della responsabilità genitoriale, è vero, tuttavia, che la genitorialità è un fatto morale e culturale e non un mero evento biologico, non essendo sufficienti ad assicurare l’amore materno e la responsabilità genitoriale la piena comunanza del patrimonio genetico e la vita prenatale in comune con la madre, come dimostrano, per un verso le statistiche relative al buon successo delle adozioni e, per altro verso, le preoccupanti statistiche relative all’abbandono ed al maltrattamento dei minori all’interno delle famiglie biologiche⁷⁷⁷.

Altri autori, ancora, partendo dal presupposto che un’efficace regolamentazione della fecondazione eterologa debba necessariamente presupporre l’anonimato del donatore e che l’identità personale risieda nella derivazione genetica piena ed esclusiva del figlio dai suoi genitori (che verrebbe inevitabilmente messa in crisi dall’apporto genetico di una terzo in capo al nato), evidenziano come una simile disciplina ostacoli altresì il diritto del nato a conoscere la propria identità genetica, funzionale peraltro al diritto alla salute di quest’ultimo, in vista di possibili cure di cui egli dovesse aver bisogno in caso di malattie congenite⁷⁷⁸.

Innanzitutto, per quanto riguarda il diritto del nato all’identità genetica e alla conoscenza delle proprie origini, che verrebbe inevitabilmente compromesso dalla presenza di troppi genitori, affettivi e

⁴⁹ Parlamento Europeo, *Risoluzione (doc. A2-372/88) concernente la fecondazione artificiale umana “in vivo” e “in vitro”*, in *Med. e morale*, 1989, p. 587 ss.

⁷⁷⁵ Cfr. l’intervento del sen. Longhi, Senato della Repubblica, XIV legislatura, 4 dicembre 2003, sed. 501, res. sten. 29.

⁷⁷⁶ Cfr. CASINI, CASINI, DI PIETRO, *La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 516, il quale aggiunge altresì che «Sebbene l’adozione, che valorizza la genitorialità degli affetti, sia un ottimo istituto, essa resta tuttavia un rimedio per un male, in quanto per il bambino sarebbe meglio non essere abbandonato affatto e non si può determinare il male (l’abbandono) per potervi porre rimedio (l’adozione)». Ciò troverebbe altresì conferma nella Risoluzione del Parlamento europeo sui problemi etici e giuridici della fecondazione artificiale, laddove si dichiara “non auspicabile” tale pratica.

⁷⁷⁷ «Anche sul piano dell’indagine storica e sociologica è possibile dimostrare che l’amore materno e la responsabilità genitoriale non costituiscono nelle società l’esito esclusivo dell’istinto animale collegato alle viscere del corpo procreatore e all’esperienza di gravidanza, ma derivano da una faticosa e non scontata acquisizione culturale, come mostrato dagli storici della mentalità in alcune ricerche sull’amore materno e sulla famiglia nell’Europa moderna». In questo senso BADINTER, *L’amore in più. Storia dell’amore materno*, ed. it., Milano, 1981 e ARIÈS, *Padri e figli nell’Europa medioevale e moderna*, ed. it., Bari, 1981.

⁷⁷⁸ Cfr. FORDER, *La procreazione assistita*, cit., p. 366.

biologici⁷⁷⁹, si osserva come il diritto alla conoscenza delle proprie origini genetiche non assuma in realtà tratti così categorici⁷⁸⁰, dal momento che, come insegna l'esperienza maturata in tema di adozione, l'identità trova il suo senso nell'appartenenza alla comunità familiare.

Viene poi fatto rilevare che all'eventuale contrasto che si verificherebbe tra l'interesse del nato a conoscere le proprie origini biologiche e quello dell'anonimato del donatore, si potrebbe porre facilmente rimedio, istituendo una banca dati nella quale raccogliere tutte le informazioni genetiche del donatore e prevedendo come principio generale la segretezza dei dati di quest'ultimo, subordinandone la conoscibilità ad un'autorizzazione dell'autorità giudiziaria, da concedersi solo nell'ipotesi di pericolo per la salute del nato.

Inoltre, se davvero il divieto in esame fosse giustificato dalla primaria necessità di rendere certa e pienamente conoscibile l'effettiva origine biologica del nato, bisognerebbe coerentemente riformulare l'intera disciplina dell'attribuzione di paternità e maternità e dell'adozione, anzi «vietare *tout court*, e sanzionare con un pesante intervento amministrativo ogni concepimento naturale attuato in condizioni sociali e relazionali tali da lasciar presagire che uno o entrambi i genitori si nascondano dietro lo schermo dell'anonimato, e/o comunque insorgeranno difficoltà per il nascituro nell'appurare la propria reale provenienza genetica»⁷⁸¹.

D'altra parte lo stesso bene giuridico dell'identità genetica rischia di essere messo ancor più in pericolo nel caso di ricorso a centri esteri, in quanto in questi casi è assai difficile, in caso di caso necessità, risalire all'identità del donatore; il legislatore straniero potrebbe, infatti, non consentire l'accesso ai dati di quest'ultimo, motivo per il quale la coppia sarebbe costretta a dover ricorrere a sistemi giudiziari stranieri con rilevanti costi in termini di perdita di tempo e denaro.

Altra obiezione riguarda poi il rischio (di carattere genetico e non morale posto il carattere inconsapevole di tali eventuali rapporti) che tale tecnica possa minacciare la salute pubblica a causa dell'incremento dei rapporti incestuosi pur se inconsapevoli fra figli dello stesso padre biologico con riflessi sulla salute dei nascituri e dell'intera stirpe⁷⁸².

Anche questa obiezione si rivela però inconsistente, dal momento che è stato calcolato che la probabilità di eventi genetici sfavorevoli, collegati all'incontro fra persone nate dallo stesso donatore, è estremamente bassa, se non insignificante⁷⁸³. Inoltre, se il fine del legislatore fosse davvero quello di

⁷⁷⁹ SANTOSUOSSO, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 68.

⁷⁸⁰ La Corte EDU, ad esempio, lo intende come ampiamente bilanciabile, a fronte di valide esigenze contrapposte. Una limitazione di quel diritto è espressamente autorizzata dall'art. 30, ultimo comma Cost. Di recente, la stessa Corte costituzionale italiana nella sentenza 425/2005 ha escluso che tale diritto sia assoluto anche per quel che concerne l'identità della madre, ritenendo infondata, rispetto agli artt. 2, 3 e 32 Cost., una questione di costituzionalità avente ad oggetto l'art. 28, co. 7, l. n. 184/1983 (norma che vieta l'accesso dell'adottato alle informazioni sulle proprie origini qualora la madre naturale abbia chiesto di non essere menzionata nella dichiarazione di nascita).

⁷⁸¹ CANOVA, *Possibili evoluzioni psicopatologiche nei bambini nati con la procreazione artificiale*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2001, p. 669 ss.

⁷⁸² FLAMIGNI, *Il secondo libro della sterilità. La fecondazione assistita*, cit., p. 481.

⁷⁸³ Per esempio, ipotizzando che un solo donatore abbia avuto quattro figli, due maschi e due femmine, e che la popolazione di riferimento sia composta soltanto da 20.000 persone, possono contarsi otto possibilità su un milione che uno di quegli uomini ed una di quelle donne abbiano occasione di un rapporto con esito procreativo.

prevenire fenomeni di *turbatio sanguinis*, detta limitazione dovrebbe per coerenza estendersi a tutte le modalità di realizzazione di una simile prospettiva, incluse le ipotesi di filiazione adulterina o comunque extraconiugale.

Alcuni sostengono poi che l'utilizzo di tale pratica avrebbe dei riflessi negativi in termini di malattie e quoziente intellettuale dei nati.

Tuttavia, ancora una volta, i risultati delle indagini empiriche sembrano smentire tale assunto: lo sviluppo psicomotorio dei bambini appare, infatti, buono o molto buono⁷⁸⁴. Solo nei primissimi anni di vita emerge talora una particolare incidenza di problemi psicosomatici, ma tali problemi sono comuni a molti bambini nati da coppie sterili e sono probabilmente dovuti all'ansia e all'iperprotezione dei genitori e comunque tendono a scomparire da soli dopo i primi tre anni.

A sostegno del divieto in esame i difensori della legge adducono altresì la considerazione che la fecondazione eterologa costituisca «una sorta di tradimento genetico, anche se asettico, all'interno della coppia», ossia «una ferita nei matrimoni»⁷⁸⁵.

L'assimilazione della fecondazione eterologa all'adulterio era, d'altra parte, una tesi presente in passato anche nella dottrina civilistica e penalistica italiana, da quando, cioè, il nostro ordinamento ha iniziato a configurare l'adulterio della donna come delitto all'art. 559 c.p.

E se l'opinione prevalente era giustamente nel senso di ritenere impropria l'assimilazione fra tale delitto e la donazione di gameti, tuttavia il primo progetto di legge sulla PMA presentato nel Parlamento italiano nel 1958, a nome dell'on. Gonella, configurava la fecondazione assistita di tipo eterologo come autonomo delitto, non a caso sottoponendolo alla stessa pena prevista nel codice per l'adulterio e la responsabilità veniva estesa sia al marito consenziente, sia al donatore di seme⁷⁸⁶. In seguito, nel corso degli anni Novanta del XX secolo, il tentativo di legiferare sulla fecondazione assistita naufragò in Italia proprio sullo scoglio della fecondazione eterologa, contro la quale le forze politiche di ispirazione cattolica condussero una lotta senza uguali⁷⁸⁷.

La stessa dichiarazione di illegittimità costituzionale dei delitti di adulterio e di concubinato⁷⁸⁸, che si inquadra nel processo di laicizzazione del diritto penale, che con cadenze tempi diversi ha segnato l'evoluzione dell'intera Europa⁷⁸⁹, ha poi confermato che vietare la donazione di gameti per la sua supposta affinità con l'adulterio significa, oltre che fare un passo indietro in quel processo di secolarizzazione, compiere un'assimilazione del tutto inappropriata.

Considerato, poi, che il rischio di trasmettere in virtù di questo involontario incesto un difetto genetico al figlio risponde ad un rapporto da uno a dieci, la probabilità che da quelle pratiche di fecondazione eterologa derivi un danno alla discendenza si fa pari ad 8 su 10.000.000.

⁷⁸⁴ FLAMIGNI, BORINI, *Fecondazione e(s)terologa*, cit., p. 61.

⁷⁸⁵ A proposito di questo filone dottrinale cfr. RISCATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire"*. *Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, cit., p. 41 ss.

⁷⁸⁶ LOSAPPIO, *Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., p. 2051.

⁷⁸⁷ LOSAPPIO, *Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, p. 2052.

⁷⁸⁸ In tal senso si veda in giurisprudenza Corte cost., sent. 126/1968, in relazione ai primi due commi dell'art. 559 c.p., e Corte cost., sent. 147/1969, in merito ai commi 3 e 4 dell'art. 559 c.p. ed all'art. 560 c.p.

⁷⁸⁹ Cfr. DOLCINI, *Laicità, sana laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1017 ss.

Il caso del ricorso di comune accordo da parte di una coppia ad un centro di medicina riproduttiva per la realizzazione di un protocollo procreativo che implica l'uso di gameti esterni non può, infatti, in nessun modo considerarsi offensivo della fedeltà coniugale.

Tra l'altro circa il destino delle coppie che hanno fatto ricorso alla donazione di gameti, in uno studio condotto negli USA negli anni Novanta del secolo scorso si rileva addirittura una percentuale di divorzi inferiore all'1%, contro una percentuale globale negli Stati Uniti d'America del 50%, a conferma che le coppie che scelgono tale pratica hanno un solido rapporto e un'ottima capacità di comunicare⁷⁹⁰.

Il divieto in esame non trova giustificazione neppure sotto il profilo della possibile creazione di un mercato della fecondazione assistita, che sarebbe facilitato dalle maggiori occasioni di commercializzazione dei gameti, dal momento che, a scongiurare siffatto pericolo, sono sufficienti il principio della gratuità della donazione del seme, nonché le severe sanzioni penali per chi commercia gameti o embrioni o pone in essere delle condotte prodromiche (art. 12, comma 6).

Quanto ai supposti rischi sociali connessi alle pratiche eterologhe (similmente che per l'adozione) essi possono essere superati, come poi la stessa legge finisce con il fare, predisponendo attente prescrizioni al riguardo, che non diano adito ad equivoci attraverso la previsione del divieto di disconoscimento della paternità e la conseguente configurazione di una trama giuridica che assimili i figli concepiti con tecniche di fecondazione eterologa ai figli adottivi⁷⁹¹, escludendo altresì qualsivoglia relazione parentale con il donatore anonimo.

Altro rilievo che viene avanzato da alcuni è quello secondo cui permettere il ricorso alla tecnica di PMA eterologa sarebbe pericoloso per l'intera specie umana in vista dei suoi possibili risvolti eugenetici.

Tuttavia, anche di fronte a siffatto paventato pericolo si obietta che nei Paesi in cui è consentito il ricorso alla donazione dei gameti (e altresì in Italia prima del 2004) tale rischio non si è mai realmente concretizzato e che, comunque, al fine di prevenire i risvolti eugenetici e tutelare di conseguenza la specie umana, è sufficiente dettare un'attenta disciplina di tali tecniche, con particolare attenzione ai presupposti di legittimazione e le modalità di accesso alle stesse.

Infine, circa il rilievo che la PMA eterologa costituisce un rischio per la salute della donna, si osserva come a scongiurare questi ultimi basti l'obbligo per il donatore di sottoporsi ad un particolare *screening* diagnostico diretto ad escludere la presenza di eventuali patologie genetiche o virali del materiale donato.

Da quanto appena detto emerge come i "danni" che si sostengono arrecati dalla donazione di gameti siano in realtà inconsistenti e conseguentemente anche i connessi tentativi di fornire una legittimazione laica al suddetto divieto risultino vani, ossia privi di una qualsivoglia giustificazione razionale.

Anche nel caso della fecondazione eterologa, dunque, il legislatore sembra aver introdotto un divieto, presidiato peraltro da una sanzione di estrema durezza, senza che ricorra alcuna offesa ad un bene giuridico dotato di rilevanza costituzionale.

⁷⁹⁰ DOLCINI, *La fecondazione assistita "eterologa". Una questione aperta*, cit., p. 35.

⁷⁹¹ RIZ, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, cit., p. 683.

Al contrario l'opzione legislativa «finisce per perseguire l'obiettivo (e disvelare l'intento) di sanzionare l'aumentato - ed "intollerabile" - tasso di artificialità nella procreazione determinato dal ricorso alle figure del donatore e della donatrice»⁷⁹².

Sembrano allora fondate le denunce provenienti dai critici della legge, cui prima si accennava, circa il carattere illegittimo di una disposizione di legge, che in assenza di qualsiasi "danno sociale", si limita a presidiare un precetto etico-religioso⁷⁹³, a scapito del principio di laicità dello Stato⁷⁹⁴.

Il vero oggetto di tutela è l'affermazione della legittimità di un determinato modello di famiglia, quella biologica, nonché di rapporto di coppia⁷⁹⁵, ossia quello costituito dalla coppia stabile ed eterosessuale, possibilmente sposata, che viene così imposta per legge anche a chi non la condivide⁷⁹⁶, in chiara violazione dei principi costituzionali che ammettono una pluralità di concezioni etiche.

Tale concezione etica della famiglia e del rapporto di coppia può essere rispettabile e condivisibile, ma non può certo essere imposta per legge a chi non la condivide, pena il sacrificio di valori fondamentali quali il rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU, art. 7 Carta di Nizza), nonché la libertà e l'autonomia nelle scelte personali (artt. 2 e 13 Cost.). Essa si pone, peraltro, in chiara controtendenza rispetto all'evoluzione normativa odierna che, a partire dalle leggi sul divorzio, sull'aborto e sulla riforma del diritto di famiglia, ha caratterizzato l'evoluzione dei rapporti fra Stato e famiglia, caratterizzandosi per la "privatizzazione" e per il rispetto delle scelte personali nel campo della famiglia, della sessualità e della procreazione⁷⁹⁷.

Il divieto assoluto di ricorrere alle tecniche di PMA eterologa assume, dunque, il significato di un insopportabile limitazione delle libertà fondamentali, nonché di una interferenza ingiustificata in scelte che esprimono le convinzioni morali e religiose degli aspiranti genitori⁷⁹⁸.

Esso è semmai un valore proprio della sola Chiesa cattolica⁷⁹⁹, che ha trovato ascolto in Parlamento, la quale, come ribadito più volte, condanna ogni forma di PMA *in vitro*, sia essa di tipo omologo ovvero, a maggior ragione, di tipo eterologo.

⁷⁹² CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, cit., p. 418 s.

⁷⁹³ Il divieto di donazione dei gameti è un chiaro esempio di una decisione legislativa in una materia eticamente sensibile che recepisce una posizione etico/religiosa controversa, che in quanto tale contrasta con i principi di laicità, pluralismo ed uguaglianza, dal momento che il contenuto della disposizione legislativa non è diretto ad un fine pratico (es. consentire un'attività), bensì solo ad imporre una determinata concezione della famiglia e del matrimonio, a sua volta espressione di una visione della vita e del mondo, la quale si concretizza poi in un fine pratico (impedire l'eterologa) e dunque impone una regola che viene adottata solo in quanto strettamente funzionale a quella visione.

⁷⁹⁴ Secondo MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, cit., p. 353, il divieto di fecondazione eterologa è finalizzato «alla mera stigmatizzazione di una pur legittima e socialmente accettata scelta individuale ed etica in ordine alla procreazione, con un'indebita ingerenza in opzioni che devono restare private se non si vuole ridurre il diritto a braccio secolare della teologia e della morale, ma si intende restare fedeli alla distinzione illuministica tra diritto e morale ed al pluralismo ideologico dello Stato di diritto».

⁷⁹⁵ VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 120.

⁷⁹⁶ FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, cit., p. 813.

⁷⁹⁷ FERRANDO, *Come cambiare una legge ingiusta*, cit., p. 52.

⁷⁹⁸ CANESTRARI, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita?*, cit., p. 1101.

Quest'ultima, in particolare, viene definita «gravemente disonesta» e contraria «...all'unità del matrimonio, alla dignità degli sposi, alla vocazione propria dei genitori e al diritto del figlio ad essere concepito e messo al mondo nel matrimonio e dal matrimonio», poiché con l'intervento di un terzo estraneo che si frappone alla coppia, offrirebbero l'occasione «per il dominio sull'essere umano concepito...»⁸⁰⁰.

A ciò si aggiunga che se il legislatore fosse stato davvero convinto del danno psico-sociale che il figlio nato da tali tecniche sarebbe stato destinato a patire avrebbe per coerenza imposto lo strumento del diritto penale⁸⁰¹, ma non essendoci una prova in tal senso derivante dalle scienze psicopedagogiche, il legislatore non ha ritenuto di dover ricorrere allo strumento penale.

Sono queste le ragioni per le quali il dibattito parlamentare e il relativo compromesso fra i due diversi orientamenti avrebbe dovuto incentrarsi non sull'opportunità o meno di proibire radicalmente la donazione dei gameti, bensì solamente sulle condizioni e i limiti da porre a tale pratica⁸⁰².

Il timore del ricorso indiscriminato a questa tecnica, che chiaramente assillava il legislatore avrebbe, infatti, ben potuto essere ovviato con l'adozione di una soluzione di maggiore equilibrio, ossia quella di ammetterla, ponendo però allo stesso tempo dei limiti e delle condizioni alla stessa⁸⁰³, quale *in primis* quello di assoluta e comprovata impossibilità di risolvere, attraverso il ricorso di tecniche di tipo omologo, il problema della sterilità della coppia, attestata da un'apposita commissione medica.

Un auspicato intervento legislativo in tal senso dovrebbe poi prestare attenzione all'organizzazione dei centri autorizzati e delle c.d. “banche del seme”, vigilare in ordine alla scelta dei donatori e alla determinazione delle modalità di prelievo e di utilizzo del seme in modo da evitare fenomeni di eccessivo lucro o selezione eugenetica⁸⁰⁴.

Ancora, la donazione di gameti dovrebbe essere controllata nella sua effettività gratuita, nei requisiti dell'età e nel numero massimo di donazioni consentite al fine di evitare il rischio di incesti fra i nati dallo stesso seme, attuando un rigoroso controllo igienico sanitario che garantisca la trasmissione di malattie ereditarie.

Per quanto concerne, infine, la problematica relativa all'anonimato del donatore, se il doppio segreto costituisce un efficace accorgimento per ridurre i rischi di interferenze, esso non appare raccomandabile dal punto di vista medico-biologico, né risulta compatibile con il diritto del figlio di conoscere la sua derivazione genetica. Sembra più ragionevole consentire la possibilità di conoscere l'identità del donatore

⁷⁹⁹ Secondo la Congregazione per la dottrina della fede, «la fecondazione artificiale eterologa è contraria all'unità del matrimonio, alla dignità degli sposi, alla vocazione propria dei genitori e al diritto del figlio ad essere concepito e messo al mondo nel matrimonio e dal matrimonio». Così *Istruzione sul rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione Donum vitae*, 22 febbraio 1987, p. II, 2; il giudizio negativo è stato poi confermato dall'*Istruzione Dignitas Personae* del 12 dicembre 2008. Cfr. SCOPEL, *La procreazione artificiale nei recenti documenti della Chiesa Cattolica*, in <http://www.statoecheiese>, 27 febbraio 2012.

⁸⁰⁰ *Catechismo della Chiesa Cattolica*, promulgato l'11 ottobre 1992, con la Cost. Ap. *Fidei Depositum*, Roma, Città del Vaticano, 1992, n. 2376.

⁸⁰¹ CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, cit., p. 418.

⁸⁰² CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, cit., p. 418 s.

⁸⁰³ VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 124.

⁸⁰⁴ SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 72 ss.

in caso di assoluta necessità, quanto meno attraverso l'esercizio dei poteri giudiziari dai registri delle strutture sanitarie previste dalla legge.

In conclusione, a bene vedere, l'elenco degli argomenti pro e contro la possibilità di ricorrere alla PMA eterologa induce ad affermare che gli argomenti contrari non sono tali, né così forti da dovere necessariamente condurre ad un divieto generalizzato, per di più punito così duramente⁸⁰⁵.

Discostandosi dall'ordinamento espresso in Paesi culturalmente vicini all'Italia e in assenza di qualsiasi danno sociale, il divieto assoluto sancito dal legislatore italiano, esclusivamente orientato a salvaguardare un principio ideologico da imporre coattivamente a tutti, in contrasto con il pluralismo culturale e morale presente nel nostro Paese e, ancora, con il principio di autonomia e di libertà di scelta della coppia su un tema astrattamente personale e privato quale quello della genitorialità, rischia così di produrre effetti ingiusti, poiché impedisce l'accesso alla procreazione assistita alle coppie affette dalle forme di sterilità più gravi, nonché da malattie infettive o gravi patologie trasmissibili geneticamente.

3. La giurisprudenza della Corte Edu sul caso austriaco: la pronuncia della prima sezione del 1° aprile 2010.

3.1. Il caso.

La normativa italiana in tema di donazioni di gameti è oggi al centro di un vivace dibattito a seguito di una pronuncia della Corte Edu concernente la normativa austriaca, che sebbene appaia a prima vista differente rispetto a quella italiana, apre nuove prospettive nel quadro della legge n. 40/2004⁸⁰⁶.

Si tratta, infatti, di una decisione il cui interesse va oltre i confini austriaci, affrontando questioni largamente comuni con altri ordinamenti, fra i quali *in primis* il nostro.

Ci riferiamo alla sentenza del 1° aprile 2010 della Corte Edu⁸⁰⁷, con la quale i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che il divieto di fecondazione assistita di tipo eterologo posto dalla normativa austriaca

⁸⁰⁵ VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 124 s.

⁸⁰⁶ Si ricordi che la Corte ha già affrontato questioni relative alla PMA, oltre che nel caso già visto della diagnosi preimpianto anche in altri due casi, tutti accomunati dall'aver posto il problema della conformità alla Convenzione dei limiti posti dagli ordinamenti interni all'accesso alle tecniche di PMA in situazioni nelle quali il ricorso a tali tecniche costituiva, per almeno uno dei ricorrenti in ciascun caso, l'unica possibilità di diventare genitore in senso genetico e biologico. In tutti i casi è stato invocato il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8) e in due di essi anche il divieto di discriminazione. Cfr. caso *Evans (Evans c. Regno Unito)*, 10 aprile 2007, n. 6339/05) e *Dickson (Dickson c. Regno Unito)*, 4 dicembre 2007, n. 44362/04), con commento di PITEA, *Donazione di gameti e Convenzione europea dei diritti umani*, in *Il divieto di donazione dei gameti*, cit., p. 165. In quest'ultima pronuncia la Corte, prendendo atto che non esiste negli Stati europei un consenso circa l'inizio della vita umana, entra nel merito sul tema della sorte degli embrioni congelati e dichiara conforme alle Convenzione la normativa britannica nella misura in cui essa nega all'embrione *in vitro* il diritto alla vita, affidando quest'ultimo ai genitori e, in caso di disaccordo, allo Stato.

⁸⁰⁷ Corte EDU, Sez. I, 1° aprile 2010, *S.H. and others v. Austria*, n. 57813/00, in <http://www.echr.coe>. Per un primo commento a tale sentenza si veda fra gli altri BALDINI, *Procreazione assistita "eterologa" e diritti della persona tra principi costituzionali e pronunce della Corte EDU*, in <http://www.dirittifondamentali.it>, 8 maggio

contrasti con il diritto al rispetto della vita privata e familiare in combinato disposto con il principio che postula il divieto di discriminazione.

Nello specifico la pronuncia *de qua* è l'effetto di un ricorso presentato l'8 maggio 2000 contro la Repubblica d'Austria (ai sensi dell'art. 34 della Cedu) da due coppie coniugate di cittadini austriaci con differenti problemi di sterilità; mentre nel primo caso si trattava di una coppia in cui la donna era infertile a causa di problematiche alle tube di Falloppio e l'uomo assolutamente sterile, per cui la coppia poteva utilmente ricorrere soltanto alla fecondazione eterologa *in vitro* vietata dalla legge austriaca, che consente, invece, limitatamente alla donazione di gameti maschili, la fecondazione eterologa *in vitro*, nel secondo caso, mentre l'uomo era fertile, la donna era completamente sterile, non potendo produrre ovociti, motivo per cui l'unica possibilità di procreare per la coppia era quella di utilizzare lo sperma del marito assieme a ovociti provenienti da una donatrice. Tale ultima possibilità non era però contemplata dalla legge austriaca, a differenza della donazione di gameti maschili, ammessa sia pure solo per la fecondazione *in vivo*.

La questione era già stata precedentemente esaminata dalla Corte costituzionale austriaca, la quale aveva però rigettato la richiesta delle due coppie, sulla base del fatto che la legge austriaca vieta l'uso di ovuli e spermatozoi di donatori per la fecondazione *in vitro* (art. 3(1) e 3(2) consentita per quella *in vivo*)⁸⁰⁸, giustificando tale ingerenza con la motivazione che in tal modo il legislatore nazionale aveva cercato di trovare una soluzione equilibrata che contemperasse la dignità umana, il diritto alla procreazione e il benessere dei bambini, e riconoscendo al contempo che la questione sollevata rientrava nell'ambito di protezione dell'art. 8⁸⁰⁹ della Convenzione. Ad avviso del Fortpflanzungsmedizingesetz, il divieto di fecondazione eterologa integrava sì un'ingerenza nella vita privata ad opera dello Stato, ma quest'ultima era contenuta nei margini di apprezzamento che questi può e deve esercitare ai sensi del par. 2 dello stesso art. 8 Cedu, al fine di bilanciare i contrapposti interessi.

2012; CATALANO, *Ragionevolezza del divieto di procreazione assistita eterologa, tra ordinamento italiano e CEDU*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>, 2 luglio 2010; PELLIZZONE, *Fecondazione eterologa e Corte europea: riflessioni in tema di interpretazione convenzionalmente conforme e obbligo del giudice del giudice di sollevare la questione di legittimità costituzionale*, ivi, 2 luglio 2010.

⁸⁰⁸ A proposito della legge austriaca sulla fecondazione assistita (Legge federale 4 giugno 1992, n. 275 sulla procreazione medicalmente assistita - *Fortpflanzungsmedizingesetz, FMedg*) e, in particolare, sulla disciplina in tema di fecondazione eterologa si vedano DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, cit., p. 82 e VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 123. La *Fortpflanzungsmedizingesetz* consente il ricorso alle tecniche artificiali soltanto in caso di appurata inidoneità di ogni altro possibile e ragionevole trattamento mirato a indurre la gravidanza tramite rapporto sessuale (art. 2), e soltanto qualora i richiedenti siano uniti in matrimonio o comunque da una relazione *more uxorio*. Ai sensi dell'art. 3 (1), su tali presupposti è normalmente consentita soltanto la procreazione di carattere omologo. In circostanze eccezionali si ammette l'utilizzo di liquido seminale di un soggetto terzo, mediante tecniche di fecondazione c.d. *in vivo* (articolo 3(2)). Proibita è dunque la donazione di ovuli (art. 3 (3)) così come, in ogni caso, l'uso di gameti di soggetti estranei alla coppia per la realizzazione di una fecondazione assistita *in vitro*.

⁸⁰⁹ Si tratta di una nozione ampia persino generica, oggetto di un'evoluzione costante che ha consentito, attraverso l'esame dei casi, di arrivare ad una affermazione solenne, ma concreta circa la dignità e l'autodeterminazione della persona. Per un esame della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, chiamata sempre più spesso ad intervenire da parte dei cittadini dei Paesi firmatari della Convenzione per la soluzione di questioni inerenti alla vita personale cfr. COSTANTINI, *Diritto alla decisione nella vita familiare nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e i risvolti in Italia*, in *Il divieto di donazione dei gameti*, cit., p. 146 ss.

Stante l'esito negativo del primo tentativo, che esauriva gli strumenti di tutela disponibili all'interno dell'ordinamento austriaco, i ricorrenti decidevano così di adire il giudice sovranazionale.

Nei ricorsi in sede sovranazionale, come già in quello di fronte al giudice delle leggi, i ricorrenti sostenevano che lo Stato non dovesse interferire, né godesse di alcun margine di discrezionalità nel regolare i diritti concernenti la formazione di una famiglia e la procreazione a causa della particolare importanza degli stessi e che, al fine di scongiurare possibili abusi, fosse sufficiente la vigente proibizione di remunerare la donazione di sperma e di ovuli.

Le due coppie di coniugi lamentavano, inoltre, due momenti di irragionevole discriminazione nella predetta ingerenza: la disparità di trattamento tra chi, per portare a termine una pratica di PMA, ha bisogno di una donatrice di ovuli (ipotesi vietata), e chi invece non ne ha bisogno (ipotesi lecita), nonché quella tra chi, pur avendo bisogno di una donazione di sperma, può ricorrere alla fecondazione *in vivo* (ipotesi lecita), e chi invece deve ricorrere alla fecondazione *in vitro* (ipotesi vietata).

A sostegno delle proprie doglienze i ricorrenti richiamavano, in particolare l'art. 8 Cedu (diritto al rispetto della vita familiare), l'art. 12 della medesima Convenzione (diritto di fondare una famiglia), nonché l'art. 14 (principio di uguaglianza), mentre era assente ogni menzione alla salute, ma ciò non deve stupire in quanto la Convenzione Edu non tutela alcun diritto positivo di avere accesso alla cura di una patologia.

Scarso peso veniva, invece, riconosciuto alle esigenze del nascituro, quale l'interesse di questi a vivere relazioni familiari non insolite o ad essere informato circa la propria identità genetica. Quest'ultimo interesse è peraltro reso difficile dal fatto che nella maggior parte dei casi la provenienza biologica del bambino non viene rivelata nelle anagrafi e le norme di tutela che disciplinano le adozioni sono inefficaci nel caso della fecondazione assistita. Ancor più rari i rimandi al tema della salvaguardia della salute degli interessati, messa a repentaglio dai trattamenti di PMA⁸¹⁰.

Il resistente governo austriaco, al contrario, sosteneva l'assoluta legittimità del divieto presente in quell'ordinamento, argomentando con una serie di considerazioni di natura prevalentemente sociale, quali la necessità di evitare ogni forma di selezione eugenetica, gli abusi insiti nel ricorso a gameti esterni alla coppia, che potrebbero condurre a una mercificazione, in particolare dei gameti femminili, con conseguente possibile sfruttamento e umiliazione delle donne, in special modo di quelle provenienti da un contesto economicamente svantaggiato e la determinazione di relazioni familiari atipiche, caratterizzate dalla dissociazione tra la madre biologica e quella genetica. Infine, ad avviso del governo, il divieto trovava una valida e solida giustificazione anche in considerazioni morali, in particolare nelle remore esistenti in molte parti della società circa il ruolo della moderna medicina riproduttiva. Alla luce dei suddetti scopi - ad avviso del governo di Vienna - l'interferenza dello Stato era dunque da considerarsi

⁸¹⁰ VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 126 osserva come la Corte si confronti decisamente e ripetutamente con un interesse pubblico (non, dunque, del figlio) a che le tecniche di PMA, per le loro modalità di attuazione, e per il tipo di esiti che possono avere in termini di relazioni familiari, non urtino una sensibilità etica di cui si registra la diffusione nei diversi contesti sociali.

obiettivamente e ragionevolmente giustificata, e pertanto confacente ai parametri di proporzionalità richiesti dalla giurisprudenza europea.

3.2. La decisione dei giudici di Strasburgo.

Mentre in altre occasioni la Corte ha ritenuto non essere suo compito quello di entrare nel merito delle legislazioni in tema di famiglia e, in particolare, di accesso alle metodiche di PMA⁸¹¹, nel caso in esame i giudici sovranazionali esaminano, invece, con una lunga e complessa istruttoria, i due casi sottoposti alla loro attenzione mediante i consueti parametri dell'interpretazione evolutiva, del margine di apprezzamento⁸¹² riconosciuto agli Stati membri e dell'argomento comparativo, per arrivare alla conclusione che la legge austriaca non è adeguata e conforme alla Convenzione, così come interpretata alla luce della giurisprudenza della Corte.

Innanzitutto i giudici di Strasburgo evidenziano come la nozione di vita privata ai sensi dell'art. 8 Cedu sia un concetto ampio, che comprende, tra l'altro, il diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani, nonché il diritto al rispetto per la decisioni sia di avere che di non avere figli⁸¹³.

Per tale motivo, facendo riferimento anche alla precedente giurisprudenza, i giudici della Corte affermano che la decisione di concepire un bambino attraverso tecniche di fecondazione assistita rientra nella sfera dell'art. 8 Cedu, essendo una modalità di esercizio del diritto alla vita privata e familiare.

Con riferimento, invece, al divieto di discriminazione⁸¹⁴, garantito dall'art. 14 Cedu, anch'esso richiamato dai ricorrenti a supporto della propria tesi, la Corte, dopo aver rammentato che quest'ultimo ha

⁸¹¹ Caso *Evans*, cit.,

⁸¹² E' opportuno ricordare come la c.d. "dottrina del margine di apprezzamento" che trova la sua origine nell'ambito della disciplina della deroga ex art. 15 CEDU (articolo che prevede la possibilità per lo Stato di derogare alle previsioni convenzionali qualora si verifichi una situazione di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione) si è poi estesa rapidamente anche ad altri diritti riconosciuti dalla CEDU, ed in particolare ai diritti di libertà e sicurezza personale (art. 5), al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 9) alla libertà di espressione (art. 10) di riunione e di associazione (art. 11), al principio di non discriminazione (art. 14) ed al diritto di proprietà (art. 1 del I° Protocollo). L'applicazione di tale approccio metodologico da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo ha suscitato però sin da subito un vivace dibattito in dottrina per la mancanza di legittimazione della Corte all'utilizzo di tale tecnica, data l'assenza nel testo della Convenzione di un riferimento esplicito. Inoltre viene evidenziato come, se è pur vero che le differenze nazionali rendono necessario il margine di apprezzamento, questo accresce tuttavia la difficoltà della costruzione di standard europei; la Corte, inoltre, ricorrendo a tale tecnica, abdicherebbe alla propria funzione di controllo giudiziale della condotta degli Stati membri, rinviando ad essi proprio ove le materie sono più sensibili e le problematiche più delicate. Cfr sul punto, tra gli altri, BENVENISTI, *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*, in *Journal of International Law and Politics*, 1999, pp. 843 ss.; HUTCHINSON, *The margin of appreciation doctrine in the European Court of Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, p. 638 ss.

⁸¹³ *Evans*, cit.

⁸¹⁴ La Corte nella decisione in esame, in controtendenza rispetto alla Gran Camera nel caso *Evans*, sceglie di dare maggior rilevanza alla doglianza relativa ai profili discriminatori nell'esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare e di evitare di pronunciarsi sulla legittimità della restrizione all'accesso alla fecondazione eterologa in quanto tale. Pertanto, «essa non è tenuta a decidere esplicitamente se il diritto di accesso alla tecniche di riproduzione artificiale sia protetto dall'art. 8 CEDU, valutando in un secondo momento logico la legalità e la proporzionalità di eventuali restrizioni, ma può limitarsi a stabilire se il diritto rivendicato ricada nell'ambito di

efficacia solo in relazione al godimento dei diritti e delle libertà garantite dalle disposizioni della Convenzione, nel caso specifico dall'art. 8, passa ad esaminare se eventuali differenze di trattamento di situazioni analoghe abbiano una giustificazione obiettiva e ragionevole, ossia siano finalizzate al perseguimento di un obiettivo legittimo e mantengano un ragionevole rapporto di proporzione fra i mezzi impiegati e i fini perseguiti⁸¹⁵, tenuto conto del margine di apprezzamento riservato agli Stati nelle questioni etiche e morali (qual è appunto la materia della PMA), alimentate dall'evoluzione del contesto scientifico.

Riguardo a quest'ultimo aspetto il giudice di Strasburgo ritiene che in materia di accesso alle tecniche di fecondazione *in vitro* il margine debba essere particolarmente ampio, sia perché l'uso dei trattamenti di PMA dà adito a delicate questioni etiche e morali a fronte di un contesto di rapida evoluzione medica e scientifica, sia perché le questioni sollevate dal caso toccano settori nei quali non si rinviene una chiara tendenza comune tra gli Stati membri⁸¹⁶.

Tale ampio margine di apprezzamento concesso agli Stati investe, peraltro, sia la scelta di disciplinare con legge la materia (posto che in alcuni Stati la regolamentazione è lasciata alla pratica e alle linee guida della professione medica), sia, una volta intervenuta una regolamentazione, le specifiche regole adottate al fine di giungere a un bilanciamento degli interessi in gioco pubblici e privati⁸¹⁷.

L'esercizio di tale ampio margine di manovra, riconosciuto allo Stato in entrambi i momenti in cui si esplica, deve essere, tuttavia, sempre soggetto al sindacato della Corte, la quale deve verificare che gli argomenti che stanno alla base della disparità del trattamento in questione siano pertinenti e sufficienti.

Per compiere tale valutazione la Corte esamina separatamente le situazioni delle due coppie ricorrenti.

Con riferimento al divieto di donazione di oociti, la Corte analizza la posizione dei ricorrenti, avendo come termine di comparazione la situazione analoga di coppie infertili, che però non abbiano bisogno di ricorrere a un donatore per beneficiare con successo delle tecniche di PMA.

Escluso che le preoccupazioni basate su considerazioni morali o sociali (dovute alla natura moralmente ed eticamente sensibile della materia e al disagio che esiste in buona parte della società per quanto riguarda il ruolo e le possibilità della moderna medicina riproduttiva) possano essere una ragione sufficiente a giustificare il divieto assoluto al ricorso a tale tecnica di PMA⁸¹⁸, la Corte Edu prende poi in

applicazione della disposizione invocata». Cfr. PITEA, *Donazione di gameti e Convenzione europea dei diritti umani*, in *Il divieto di donazione dei gameti*, cit., p. 168.

⁸¹⁵ Per costante giurisprudenza della Corte una differenza di trattamento è discriminatoria ai fini dell'art. 14 se non ha alcuna giustificazione obiettiva e ragionevole, vale a dire, se non persegue un "obiettivo legittimo" o se non c'è un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito.

⁸¹⁶ La procreazione medicalmente assistita risulta, infatti, «regolamentata dettagliatamente in alcuni Stati, in certa misura in altri e in nessuna nei rimanenti. Se in uno Stato esiste una regolamentazione, sussiste una vasta gamma di tecniche che risultano consentite e proibite. Per quanto sia dato osservare, il diritto tedesco prevede la medesima situazione austriaca. La donazione di spermatozoi è proibita in Italia, Lituania e Turchia, mentre la donazione di ovuli è vietata in Croazia, Germania, Italia, Lituania, Norvegia, Svizzera e Turchia». Cfr. § 68.

⁸¹⁷ *Evans*, cit., §77-82.

⁸¹⁸ La Corte ritiene che le «mere considerazioni sociali o etiche, sebbene accettabili, non possano da sole costituire il fondamento per giustificare il divieto totale di una sola tecnica, ma piuttosto venire in considerazione nel decidere se consentire o meno la procreazione artificiale in generale, dal momento che uno Stato non ha l'obbligo di

considerazione cinque categorie di rischi connessi al ricorso alla tecnica in questione, verificando se vi siano mezzi diversi dal divieto assoluto per affrontarli efficacemente, circostanza la cui sussistenza escluderebbe la proporzionalità della drastica soluzione adottata dal legislatore austriaco.

A fronte del rischio di selezione eugenetica prospettato dal governo austriaco, ossia la possibilità che attraverso la donazione la coppia possa selezionare e scegliere gli embrioni migliori, i giudici europei ritengono che la scelta di riservare l'esecuzione degli interventi a medici specialisti con una particolare competenza ed esperienza in questo campo, peraltro vincolati dall'etica professionale, costituisca una salvaguardia sufficiente.

Quanto al rischio di sfruttamento e umiliazione delle donne economicamente svantaggiate i giudici europei considerano che esso possa essere affrontato mediante una adeguata regolamentazione giuridica con la prescrizione, per esempio, della gratuità della cessione del gamete utilizzato per la fecondazione.

Con riferimento poi agli eventuali rischi sanitari, che peraltro non si differenziano da quelli presenti in caso di fecondazione omologa, la Corte sottolinea l'adeguatezza delle misure poste in essere attraverso la predisposizione e l'osservanza degli appositi protocolli clinici.

Quanto, infine, alla dissociazione tra maternità genetica e giuridica, e al potenziale conflitto che essa comporta, la questione non caratterizza, ad avviso dei giudici sovranazionali, in modo specifico la fecondazione eterologa, essendo presente anche in caso di adozione, e può essere affrontata mediante una adeguata e bilanciata regolamentazione giuridica.

I giudici internazionali affrontano, altresì, la questione delle relazioni familiari atipiche legate alla distinzione fra diverse maternità, quella giuridica e quella biologica, sostenendo che negli ordinamenti europei in cui si sono già affermate relazioni familiari che non seguono il modello di filiazione basato su un legame biologico, i potenziali conflitti sono stati risolti con un'adeguata e bilanciata regolamentazione giuridica. L'adozione, ad esempio, è stata istituita nel tempo per fornire un quadro giuridico soddisfacente a tali rapporti ed è conosciuta in tutti gli Stati membri.

Infine, circa l'interesse a ricevere informazioni circa la propria identità biologica la Corte non lo ritiene un diritto assoluto, in quanto lo Stato potrebbe legittimamente proteggere l'anonimato del genitore⁸¹⁹.

Passando alla donazione di seme, la ragionevolezza e la proporzionalità della differenza di trattamento sono valutate con riguardo alla situazione delle persone che, per soddisfare il proprio desiderio di genitorialità in senso genetico, abbiano bisogno di un donatore, ma possono ricorrere all'inseminazione *in vivo*, consentita dall'ordinamento austriaco.

La Corte sottolinea che il divieto colpisce l'uso combinato di due tecniche, la fecondazione *in vitro* e la donazione di gamete maschile, le quali, individualmente considerate, non sono vietate

adottare una normativa che consenta l'accesso alla procreazione artificiale. Ne deriva pertanto che, nel momento in cui lo Stato apre al riconoscimento giuridico della procreazione assistita, il quadro normativo escogitato dovrà risultare coerente in considerazione dei differenti interessi legittimi coinvolti, a prescindere dal margine di apprezzamento di cui lo stesso gode» (par. 74).

⁸¹⁹ V. Odièvre c. Francia, ricorso n. 42326/98, sentenza 13 febbraio 2003, par. 49.

dall'ordinamento, cosicché la giustificazione della diversità di trattamento deve essere sorretta da argomentazioni particolarmente persuasive, il che – ad avviso della Corte – non è avvenuto.

Per quanto concerne gli svariati argomenti addotti dal governo austriaco per giustificare la proibizione della donazione di oociti i giudici di Strasburgo li respingono in modo alquanto sbrigativo, ritenendo che questi ultimi abbiano scarso peso ai fini del divieto in esame, in quanto non applicabili alla donazione di sperma, o diretti contro la fecondazione artificiale in generale che, invece, l'ordinamento non vieta totalmente.

Infine, la Corte si sofferma sull'ulteriore argomento avanzato dal governo austriaco per giustificare la scelta di consentire la fecondazione *in vivo* con sperma donato, vale a dire la sua difficile attuabilità concreta, a causa dell'uso pregresso di tale tecnica, della facilità di esecuzione che la caratterizza, nonché della mancanza di personale medico chirurgico qualificato necessario per eseguirla.

A tale riguardo i giudici di Strasburgo sottolineano che di fronte ad un aspetto particolarmente importante dell'esistenza o dell'identità di un individuo, quale il desiderio di un avere un figlio e al ridotto margine di apprezzamento che ne deriva, le questioni relative all'efficacia della regolamentazione devono necessariamente cedere il passo.

La Corte può così affermare che sussiste differenza di trattamento tra coloro che per soddisfare il proprio desiderio di avere un bambino possono solo ricorrere alla donazione di sperma per la fecondazione *in vitro* (ipotesi vietata dalla legge) e coloro che legittimamente possono usufruire della donazione dello sperma per la fecondazione *in vivo* (ipotesi dalla legge consentita): tale differenza di trattamento, non avendo alcuna giustificazione obiettiva e ragionevole, risulta discriminatoria. Analogamente deve dirsi con riguardo alla discriminazione tra chi è affetto da sterilità relativa e perciò può con l'ausilio del medico utilizzare il proprio materiale genetico nel procedimento procreativo e chi è affetto da sterilità assoluta, il quale risulta privo di qualsiasi possibilità in tal senso, dovendo necessariamente ricorrere all'impiego di materiale genetico altrui.

Non ritenendo, pertanto, giustificata la differenza di trattamento in entrambi i casi, i giudici sovranazionali concludono, affermando che vi è stata una violazione dell'art. 14 della CEDU in combinato disposto con l'art. 8⁸²⁰, e dispongono, ai sensi dell'art. 41, a carico dello Stato austriaco il pagamento a titolo di equa soddisfazione in favore di ciascuna coppia della somma di 10.000,00 a titolo di danno non patrimoniale, oltre alle spese per il procedimento.

⁸²⁰ La questione concernente la violazione dell'art. 8 Cedu individualmente considerato viene, invece, ritenuta assorbita, in quanto non si lamenta una mera limitazione di una libertà convenzionale, ma una limitazione irragionevole perché discriminatoria.

4. *Le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale dei Tribunale di Firenze, Catania e Milano del 2010.*

Come facilmente intuibile, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo pronunciata contro l'Austria, ancorché non definitiva, considerata l'identità del *petitum* e la parziale assimilabilità della *causa petendi*, dà presto il via ad una serie di ricorsi innanzi a talune nostre Corti di merito, diretti a chiedere la remissione alla Consulta per il giudizio sulla costituzionalità della normativa italiana.

Infatti, pur trattandosi di normative diverse⁸²¹, posta la sostanziale identità della *ratio legis*⁸²², ciò che si ricava dalla pronuncia della Corte Edu è che il divieto generalizzato della donazione di gameti, a prescindere dalla formulazione del contenuto, è di per sé illegittimo, in forza dei principi di ordine generale desumibili dagli artt. 8 e 14 della Cedu.

In seguito alla pronuncia del giudice di Strasburgo le questioni della presunta illegittimità costituzionale del divieto di donazione di gameti proposte davanti ai giudici nazionali, si presentano senz'altro come "non manifestamente infondate" in quanto, ai profili di incostituzionalità interni, che vengono rafforzati dal ragionamento del giudice europeo, si va ad aggiungere anche un ulteriore parametro, quello dell'art. 117, comma 1, Cost.

⁸²¹ La situazione italiana, ferme restando le analogie nella *ratio legis*, si presenta sotto il profilo 'sostanziale' molto diversa rispetto alla vicenda austriaca con riguardo ad almeno due elementi, ossia i contenuti della norma e la collocazione temporale della legge.

Sotto il primo aspetto, come è noto, mentre la normativa austriaca è comunque il frutto di un compromesso, oggi forse superato, che ha comunque consentito la PMA eterologa limitatamente alle tecniche 'in vivo' con l'utilizzo di gamete maschile giustificandosi tale 'scelta limitata' con il bilanciamento tra dignità umana, diritto di procreare e benessere del bambino, quella italiana prevede un divieto assoluto della metodica privo di deroghe ed eccezioni in tal modo sacrificando senza possibili alternative il progetto genitoriale di una coppia affetta da una forma più grave di sterilità. Con riguardo al secondo aspetto si osserva come da un punto di vista cronologico tra la legge sulla PMA italiana e quella austriaca intercorrano oltre dodici anni. Cfr. sul punto BALDINI, *Procreazione assistita "eterologa" e diritti della persona*, cit.

⁸²² Secondo BALDINI, *Procreazione assistita "eterologa" e diritti della persona*, cit., «è del tutto evidente come in presenza di una medesima ratio della regola, la diversità dell'articolazione normativa nel suo contenuto e/o nella sua formulazione, non inficia la fondatezza di una operazione logica di applicazione in via interpretativa di conclusioni che risultano sul piano formale e sostanziale congrue oltre che logicamente e ragionevolmente adeguate e pertinenti. In altre parole, in forza di principi e tecniche di comune ermeneutica giuridica, la richiamata operazione interpretativa risulterebbe illegittima laddove pretendesse di applicare una medesima decisione/disciplina a normative, anche simili, ma che presentano differente ratio e non all'ipotesi inversa di una medesima ratio anche in assenza di una perfetta sovrapposibilità della formulazione del precetto. Orbene se è vero che il divieto di PMA eterologa contenuto nella legge italiana (assoluto) è diverso perché più ampio di quello contenuto nella legge austriaca, ciò non significa che ove le argomentazioni e i principi di diritto utilizzati dal giudicante siano diretti a ritenere illegittimo *ex se* tale divieto - contestato per la irragionevolezza e sproporzione mezzi/fini nonché per la sintesi tra diritti rilevanti cui perviene - le stesse non debbano ritenersi applicabili a casi di diversa formulazione dello stesso. Infatti, come si evince dalla lettura del testo, è indubbio che mentre talune osservazioni della Corte EDU devono specificatamente essere riferite alla intrinseca contraddittorietà e irragionevolezza del divieto come formulato nel testo austriaco, altre, correttamente rilevate dal Tribunale di Firenze, hanno una indubbia portata generale e risultano del tutto conferenti rispetto alle *rationes legis* che hanno indotto il legislatore italiano, come quello Austriaco, a porre il divieto di PMA eterologa: rischi di commercializzazione dei gameti umani, costituzione di parentele atipiche, diritto del nato a conoscere le proprie origini biologiche. Tali interessi, secondo la Corte di Strasburgo, non giustificano il sacrificio definitivo dei contrastanti interessi fondamentali della persona - diritto di procreare e costituire una famiglia- riferibili alla coppia priva di altre alternative, attraverso l'elevazione di un divieto generalizzato all'uso della tecnica di PMA eterologa. Un tale divieto per i giudici aditi risulta irragionevole e sproporzionato e quindi lesivo dei diritti di cui agli artt. 8 e 14 della CEDU».

Il primo in ordine temporale a sollevare la questione di costituzionalità dell'art. 4, comma 3 della l. n. 40/2004 davanti alla Corte costituzionale è il Tribunale di Firenze con ordinanza datata 1° settembre 2010⁸²³, ovvero un anno dopo che un altro giudice del merito, il Tribunale di Milano, aveva invece rigettato un'analoga questione, ritenendola infondata.

Nella fattispecie una coppia sposata nella quale il marito era affetto da azoospermia severa con conseguente sterilità assoluta, chiedeva che fosse dichiarato il proprio diritto a ricorrere alle metodiche di PMA di tipo eterologo con l'uso di materiale genetico proveniente da un terzo donatore anonimo.

Il giudice, nel domandare l'intervento della Consulta, imposta la questione di costituzionalità quasi esclusivamente sulla violazione dell'art. 117, primo comma Cost., quale norma interposta tra il nostro ordinamento ed il sistema giuridico originato dalla Convenzione Edu, finalizzata a garantire a livello costituzionale l'osservanza degli obblighi internazionali pattizi.

A tale proposito va osservato che il giudice rimettente rifiuta di considerare comunitarizzata la Cedu a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e, pertanto, di procedere alla disapplicazione dell'art. 4 comma 3 per contrasto con gli artt. 8 e 14 Cedu, come, invece, sostenuto dai ricorrenti, in omaggio ad una pronuncia del Consiglio di Stato⁸²⁴, che aveva affermato la diretta applicabilità delle norme Cedu da parte del giudice nazionale per effetto del Trattato di Lisbona (e, in particolare, delle modifiche che quest'ultimo ha introdotto nel comma 2 dell'art. 6 del Trattato dell'Unione Europea a norma del quale «l'Unione aderisce alla Cedu», mentre il comma 3 dispone che «i diritti fondamentali, garantiti dalla Cedu e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali»).

Il Tribunale ritiene, al contrario, che il Trattato di Lisbona si limiti a consentire l'adesione dell'Unione europea alla Cedu, ma che essa non sia ancora avvenuta, tanto che il protocollo n. 8 annesso al Trattato ne prevede le modalità tramite apposito accordo di cui detta le regole.

Da ciò consegue, sempre ad avviso del giudice *a quo*, che il Trattato di Lisbona nulla ha modificato circa la (non) diretta applicabilità nell'ordinamento italiano della Cedu, che resta, per l'Italia, solamente un obbligo internazionale, con tutte le conseguenze in termini di interpretazione conforme e di prevalenza mediante questione di legittimità costituzionale, secondo quanto già riconosciuto dalla Corte costituzionale e, quindi, - conclude il Tribunale - tutte le osservazioni dei ricorrenti basate sull'affermata attuale 'comunitarizzazione' della Cedu non hanno rilievo.

Il parametro costituzionale interno che si ritiene violato è, invece, il solo art. 3 Cost., sotto il profilo della discriminazione, ma ad esso il giudice remittente dedica scarsa attenzione, relegandolo in secondo piano. Egli, infatti, afferma solamente che la norma nazionale in questione risulta irragionevole nella

⁸²³ Per un commento di tale ordinanza si veda diffusamente DOLCINI, *Strasburgo Firenze Roma: il divieto di fecondazione eterologa si avvia al capolinea?*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 21 ottobre 2010 e altresì BALDINI, *Diritti della persona e procreazione assistita. Relazione tra sistema CEDU, ordinamento comunitario e ordinamento interno prima e dopo la ratifica del trattato di Lisbona*, in *Nascere e morire: quanto decido io*, Firenze, 2011, p. 139 ss. (spec. p. 155 ss.) e SALERNO, *I principi enucleati dai giudici di Strasburgo non sembrano adattabili al caso italiano*, in *Guida al diritto*, 2010, 42, p. 71 ss.

⁸²⁴ Cfr. Consiglio di Stato 2 marzo 2010, n. 1220 e Tar Lazio 18 maggio 2010, n. 11980, entrambe pubblicate su <http://www.federalismi.it>.

misura in cui esclude dalla PMA proprio i soggetti completamente sterili, mentre l'art. 1, comma 2 della legge proclama lo scopo «di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità umana».

I profili per così dire interni della questione sono messi maggiormente in luce nelle successive due ordinanze, che hanno ritenuto probabilmente di mettersi in tal modo al riparo dalla possibilità di un successivo ripensamento da parte della Grande Camera rispetto ai principi enunciati dalla prima sezione nel 2010, così come in effetti è avvenuto.

Il caso sottoposto all'attenzione del Tribunale di Catania riguarda una coppia infertile, nella quale la donna era affetta da sterilità assoluta causata da menopausa precoce, alla quale era stata prospettata, come alternativa (assai improbabile) all'ovodonazione, un pesante "bombardamento ormonale".

Circa la rilevanza della questione di legittimità costituzionale, nell'ordinanza del 21 ottobre 2010⁸²⁵ il giudice di merito verifica anzitutto la possibilità di addivenire ad un'interpretazione costituzionalmente orientata, così come suggerito dai ricorrenti ma ne constata subito l'impossibilità, in quanto l'assenza di un rinvio esplicito da parte dell'art. 5 della l. n. 40/2004, in tema di requisiti soggettivi della coppia, al terzo comma dell'art. 4, bensì solo al primo di quest'ultimo, non rileva in alcun modo rispetto alla perdurante efficacia del divieto in questione nei confronti di chi soddisfi tali requisiti⁸²⁶.

Circa i profili di incostituzionalità il giudice remittente, dopo aver richiamato il parametro costituito dall'art. 117 Cost., e aver ripreso i principi e le considerazioni a sostegno di questi ultimi contenuti nella sentenza Cedu, ritenendoli pienamente applicabili alla disciplina italiana in materia di procreazione assistita, stante la similitudine dei casi considerati e l'identità delle ragioni giustificatrici del divieto di fecondazione eterologa alla base sia della normativa italiana, che di quella austriaca, si sofferma successivamente sul diritto interno.

Dopo aver premesso che la creazione di una famiglia costituisce un diritto fondamentale, oltre che un interesse pubblico, riconosciuto e tutelato dagli artt. 2⁸²⁷ e 31 Cost., e che la soluzione dei problemi riproduttivi mediante la procreazione medicalmente assistita è una situazione immediatamente riconducibile nell'alveo di tale diritto fondamentale, nonché a quello del diritto alla maternità/paternità, il

⁸²⁵ Trib. Catania, 21 ottobre 2010, Giud. Distefano, consultabile all'indirizzo <http://www.penalecontemporaneo.it>. Per un primo commento ad essa si veda DOLCINI, *Stretto d'assedio il divieto di fecondazione assistita di tipo eterologo*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 14 febbraio 2012 e NARDOCCI, *La non manifesta infondatezza del divieto di fecondazione eterologa: anche il Tribunale di Milano solleva la questione, in Il divieto di donazione dei gameti*, cit., p. 64 ss.

⁸²⁶ Infatti, in primo luogo l'art. 4, comma 3 e l'art. 5 della legge n. 40/2004 sono due norme non sovrapponibili, poiché hanno due oggetti diversi e dunque non possono essere legate da un rapporto di principio-deroga. Su altro versante, il rinvio esplicito dell'art. 5 al solo art. 4, comma 1, è del tutto insufficiente a sorreggere l'interpretazione conforme a Costituzione, poiché è giustificato dalla peculiare circostanza che l'art. 4, comma 1, pur disciplinando i requisiti di accesso alla fecondazione assistita, fornisce una definizione di infertilità, al contrario del comma 3 dell'art. 4, che si limita a sancire il divieto della tecnica eterologa. Inoltre, a precludere l'accesso a tale tecnica procreativa è posta anche la sanzione, che secondo il dettato dell'art. 12, comma 1 e 8, si applica a chiunque (eccetto che ai componenti della coppia) usa a fini procreativi gameti esterni alla coppia richiedente. Cfr. sul punto COSTANTINI, *Diritto alla decisione nella vita familiare nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo e i risvolti in Italia*, cit., p. 156.

⁸²⁷ L'art. 2 Cost. sarebbe lesa in quanto il divieto oggetto di censura non garantirebbe alle coppie, alle quali viene diagnosticato un quadro clinico di sterilità o infertilità irreversibile, il proprio diritto alla vita privata e familiare e il proprio diritto di identità e di autodeterminazione.

giudice catanese si sofferma sulla presunta violazione degli artt. 3 e 31 Cost., non solo sotto il profilo della disparità di trattamento, ma anche sotto quello della ragionevolezza della normativa in esame, denunciando il carattere irragionevolmente discriminatorio della disciplina sottoposta al suo esame, nella quale «vengono [...] trattate in modo diverso le coppie con problematiche di procreazione, a seconda del tipo di sterilità che le colpisce: proprio le coppie che presentano un quadro clinico più grave sono quelle escluse dall'accesso alla procreazione medicalmente assistita». Inoltre, tra le coppie sterili, «quelle che, per le loro condizioni economiche non floride, possono rivolgersi solo a sanitari operanti sul nostro territorio nazionale, non potrebbero, proprio per questo, ricorrere a tutti i tipi di pratiche mediche volte a superare i problemi di procreazione, atteso il divieto per i medici italiani di praticare interventi di tipo eterologo; al contrario, le coppie più facoltose potrebbero ricorrere a tutte le tecniche di fecondazione rivolgendosi a sanitari operanti all'estero».

Nell'ordinanza catanese di rinvio alla Corte viene, infine, toccata anche la questione della tutela della salute *ex artt. 3 e 32 Cost.*, sviluppata in diverse sfaccettature, perché il divieto di fecondazione eterologa rischia di compromettere l'integrità psico-fisica delle coppie infertili o sterili.

Il divieto di fare ricorso alla donazione di gameti nell'ambito della PMA imporrebbe, infatti, alle coppie sterili di sottoporsi a «pratiche mediche meno indicate, dai risultati più incerti», in violazione del diritto di ciascuno «ad essere curato efficacemente secondo i canoni della scienza e dell'arte medica». Da ciò deriverebbe poi la violazione dell'autonomia e della responsabilità del medico, che con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali, come più volte richiamato dalla Consulta⁸²⁸.

Infine, per sfuggire al divieto di fecondazione eterologa molte coppie sarebbero costrette a recarsi all'estero, «affrontando sia il disagio psicologico ed emotivo di allontanarsi dal luogo degli affetti per ottenere ciò che in Italia è concesso solo alla coppie con meno gravi forme d'infertilità, sia il rischio di essere contagiati da malattie trasmesse dal donatore o dalla donatrice, per carenza di controlli e di informazioni», così alimentando la piaga del turismo riproduttivo, «che mette a repentaglio la stessa integrità psico-fisica della coppia in violazione dei limiti imposti dal rispetto della persona umana, in palese difformità ad un caposaldo della nostra Carta Costituzionale quale la tutela della salute, come diritto fondamentale dell'individuo ed interesse della collettività».

Alla luce di tutte queste considerazioni il giudice formula una questione di incostituzionalità più estesa rispetto a quanto aveva fatto il suo predecessore: oggetto di censura non è, infatti, il solo art. 4, comma 3, bensì anche l'art. 9, commi 1 e 3, limitatamente alle parole «in violazione del divieto dell'art.

⁸²⁸ Nella sentenza n. 282/2002, cit., la Corte costituzionale ha affermato che il diritto ad essere curati secondo i canoni della scienze dell'arte medica non può essere limitato da una pratica medica prevista legislativamente, atteso che «la pratica terapeutica si pone all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'ars medica; e quello ad essere rispettato come persona, in particolare nella propria integrità fisica psichica. Salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è di norma il legislatore a poter stabilire direttamente e specificatamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dall'autonomia e dalla responsabilità del medico, che sempre con il consenso del paziente, opera scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione».

4, comma 3», nonché l'art. 12, comma 1, della l. n. 40/2004, nella parte in cui impongono il divieto di ricorrere alla fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo e prevedono sanzioni nei confronti delle strutture che dovessero praticarla.

Infine, a pronunciare la terza ordinanza di rimessione della questione di costituzionalità dell'art. 4, comma 3 della l. 40/2004 dinanzi al giudice delle leggi è il Tribunale di Milano⁸²⁹.

Essa rappresenta, peraltro, la seconda pronuncia del giudice milanese in materia, dopo che lo stesso si era pronunciato una prima volta nel senso della manifesta infondatezza del dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3 della legge n. 40/2004, così come prospettato da parte ricorrente, sulla base della considerazione che, ad avviso del Tribunale, il legislatore con tale disposizione avrebbe voluto proteggere il diritto del nascituro alla propria identità biologica, quale bene giuridico preminente nell'ambito di un bilanciamento con gli altri interessi coinvolti⁸³⁰.

La pronuncia del Tribunale di Milano, questa volta in composizione monocratica, relativa ad un caso di infertilità assoluta dovuta ad azoospermia completa, si caratterizza in particolare per il fatto che essa attribuisce sì ampio spazio nella propria motivazione alla giurisprudenza della Corte Edu, e in particolare alla sentenza pronunciata del 1° aprile 2010, ma valorizza altresì, in sede di ricostruzione, una serie di autonomi principi dettati dalla nostra Costituzione, «mettendo così l'accento non sulla violazione degli obblighi internazionali in cui è (o sarebbe) incorsa l'Italia nel disciplinare la fecondazione eterologa, bensì sul contrasto tra la normativa in tema di fecondazione eterologa e diversi principi costituzionali, che a loro volta vengono ricostruiti alla luce della normativa Cedu, così come interpretata dai giudici di Strasburgo»⁸³¹.

Dapprima il Tribunale di Milano rileva come non possa trovare accoglimento la richiesta di interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente orientata dell'art. 4, comma 3, della l. n. 40/2004, avanzata dai ricorrenti, in quanto ciò «si risolverebbe all'evidenza – osserva giustamente il Tribunale – in una interpretazione (almeno in parte) abrogatrice della norma, riservata al giudice delle leggi e non consentita al giudice ordinario». Aggiunge il Tribunale di Milano che l'ordinamento giuridico vigente non consente al giudice italiano di 'disapplicare' la legge nazionale che risulti in contrasto con la Cedu come interpretata dalla Corte di Strasburgo, per concludere che, in presenza di un tale contrasto, la via obbligata è quella della questione di costituzionalità, con riferimento al parametro dell'art. 117, primo comma, Costituzione.

⁸²⁹ Trib. di Milano, sez. I civile, 28 dicembre 2010, Sez. I civile, 28.12.2010 (dep. 2.2.2011), Pres. Padova, Est. Dorigo, consultabile all'indirizzo <http://www.penalecontemporaneo.it>. Per un primo commento ad essa si veda DOLCINI, *Stretto d'assedio il divieto di fecondazione assistita di tipo eterologo*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 14 febbraio 2012 e NARDOCCI, *La non manifesta infondatezza del divieto di fecondazione eterologa: anche il Tribunale di Milano solleva la questione*, in *Il divieto di donazione dei gameti*, cit., p. 64 ss.

⁸³⁰ Cfr. Trib. Milano (in composizione collegiale), ord. 23 novembre 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 774 ss., con nota di LIBERALI, *Sulla legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa*. Tale provvedimento negativo emesso in sede cautelare è stato poi confermato in sede di reclamo il 24 settembre 2009.

⁸³¹ In questo senso DOLCINI, *Stretto d'assedio il divieto di fecondazione assistita di tipo eterologo*, cit. La piena utilizzabilità anche nel nostro ordinamento della pronuncia della Corte Edu deriva altresì dall'art. 46 Cedu, in punto di effetti che una pronuncia di tale giudice è legittimato a produrre nei confronti di quegli Stati, che come il nostro, si sono costituiti parte nel corso del procedimento.

Il primo profilo di dubbia legittimità costituzionale affrontato dal giudice remittente concerne l'asserita violazione degli artt. 2, 29 e 31 Cost. nella parte in cui il «divieto normativo oggetto di doglianza non garantisce alle coppie cui viene diagnosticato un quadro clinico di sterilità o infertilità irreversibile, il diritto alla piena realizzazione della vita privata e familiare e il diritto di autodeterminazione in ordine alla medesima», così come era già stato messo in luce dal giudice catanese.

La legge italiana, ad avviso del giudice *a quo*, nel vietare le tecniche eterologhe sacrifica la libertà delle persone, che vorrebbero farvi ricorso e come tale si pone in contrasto con un diritto fondamentale, quello della libertà e dell'autonomia nella scelte personali, potendosi altresì ricollegare a quello stesso principio fondamentale ogni determinazione concernente la creazione di una famiglia, nonché la scelta di avere o di non avere un figlio.

Da ciò discende il contrasto, sempre ad avviso del giudice rimettente, non solamente con l'art. 2 Cost., che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali in cui svolge la sua personalità, ma anche, per la prima volta, con l'art. 29 Cost. che dà rilievo alla famiglia, quale società naturale (ossia titolare di diritti originari, preesistenti allo Stato) fondata sul matrimonio, nonché anche con l'art. 31 Cost., da intendersi in senso ampio come genitorialità. Tali concetti di famiglia e di genitorialità, precisa poi il giudice milanese, vanno interpretati tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento, nonché delle trasformazioni della società e dei costumi attraverso cui essa si esprime, come peraltro già autorevolmente riconosciuto dalla stessa Consulta⁸³².

Il secondo parametro costituzionale viene individuato, invece, nel principio di uguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 e 31 Cost., in quanto «all'identico limite (infertilità e sterilità di coppia) dovrebbe corrispondere la comune possibilità di accedere alla migliore tecnica medico-scientifica utile per superare il problema, da individuarsi in relazione alla causa patologica accertata», ma così non è.

A questo proposito va rilevato come l'elemento non comune dato dalla specificità della patologia non venga ritenuto idoneo, ad avviso del giudice remittente, ad escludere l'applicabilità di un concetto logico di uguaglianza giuridica, che va, quindi, inteso più propriamente in termini di analogia e non di completa identità tra le due condizioni esaminate. Non può essere, infatti, secondo il giudice del merito, il tipo di patologia che conduce alla sterilità di coppia, né il tipo di rimedio che la medicina riproduttiva sa offrire il motivo di un trattamento normativo così differenziato.

La sentenza della Corte europea sembra offrire così, anche sotto profilo, utili argomenti a sostegno della violazione dell'art. 3 Cost. con riferimento alla violazione del principio di non discriminazione, poiché i motivi proposti dai giudici europei circa la violazione dell'art. 14 della Cedu possono essere riferiti anche all'art. 3, posto che le due norme esprimono lo stesso principio.

Possono pertanto estendersi al nostro ordinamento le censure mosse dai giudici europei avverso la disciplina austriaca concernenti l'assenza di giustificazioni oggettive e ragionevoli, e quindi il mancato rispetto dei principi di ragionevole proporzionalità tra i mezzi utilizzati e il fine perseguito, non

⁸³² Corte cost., n. 138/2010 e n. 494/2002, in cui i giudici della legge hanno statuito che «la Costituzione non giustifica una concezione della famiglia [legittima] nemica delle persone e dei loro diritti».

costituendo il divieto totale di fecondazione eterologa vigente nel nostro ordinamento «l'unico mezzo, e nemmeno il più ragionevole per rispondere alla tutela dei concorrenti diritti, potenzialmente confliggenti con il riconoscimento del diritto di accedere alle pratiche di PMA eterologa».

Un secondo profilo di similitudine fra l'ordinamento austriaco e quello italiano concerne la *ratio* sottesa al divieto di donazione di gameti, ricollegabile alla volontà di impedire la diffusione, nonché lo sviluppo di relazioni parentali atipiche improntate sulla frattura tra genitorialità genetica e sociale, considerate lesive per il minore, ma, come già osservato dai giudici europei, molti ordinamenti europei conoscono e ammettono la frattura fra genitorialità genetica e genitorialità legale, attribuendo carattere soccombente al diritto del minore a ricostruire e conoscere la propria ascendenza genetica.

Infine, il Tribunale di Milano individua quale ulteriore profilo di illegittimità costituzionale del disposto di cui all'art. 4, comma 3 della legge n. 40/2004 il contrasto con il diritto alla salute *ex art. 3 e 32 Cost.*, rilevando che le tecniche di PMA vanno qualificate come rimedi terapeutici finalizzati a superare una causa patologica che impedisce la procreazione e nel contempo come rimedio per le sofferenze psicologiche connesse alla difficoltà di realizzazione della scelta genitoriale.

Da questa breve ricostruzione delle tre suddette ordinanze emerge come i giudici nazionali che hanno impugnato il divieto di fecondazione eterologa davanti alla Corte costituzionale abbiano seguito percorsi argomentativi diversi: da un lato, allo scopo di valorizzare la decisione della prima sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo sul tema della fecondazione eterologa, hanno invocato l'art. 117 Cost. in riferimento agli artt. 8 e 14 della Convenzione, dall'altro, hanno eccepito contrasti con un gruppo di parametri costituzionali, che comprende gli articoli 2, 3, 29, 31 e 32.

Manca, invece, nelle pronunce dei giudici nazionali, dato il tenore delle relative argomentazioni, ogni accenno al profilo concernente la laicità dello Stato, principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale, che, come si detto più volte, non tollera l'uso di sanzioni punitive (penali o amministrative) a presidio di meri valori etico-religiosi⁸³³.

5. La decisione del 3 novembre 2011 della Grande Camera sul caso austriaco.

Il caso deciso della prima sezione della Corte Edu è stato successivamente rinviato, su ricorso del governo austriaco, sostenuto da quello tedesco⁸³⁴ ed italiano, alla Gran Camera, la quale a maggioranza di voti (tredici contro quattro), con la sentenza 3 novembre 2011⁸³⁵, ha ribaltato la precedente decisione⁸³⁶.

⁸³³ In questo senso si veda DOLCINI, *Stretto d'assedio il divieto di fecondazione assistita di tipo eterologo*, cit.

⁸³⁴ L'articolo 1 della legge tedesca sulla protezione degli embrioni prevede che l'impianto in una donna di un ovulo non prodotto da lei costituisca reato, in quanto la distinzione fra maternità genetica e biologica è considerata dal legislatore tedesco una seria minaccia per il benessere del bambino. Cfr. § 69-71.

⁸³⁵ Corte EDU, Grande Camera, sentenza 3 novembre 2011, Pres. Costa, ric. n. 57813/00, *S.H. c. Austria*, consultabile, nella versione francese, sul sito <http://www.echr.coe.int>.

⁸³⁶ Per un primo commento ad essa si veda BEDUSCHI, COLELLA, *La Corte Edu salva (per ora) la legislazione austriaca in materia di procreazione medicalmente assistita*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 7 novembre

A tale riguardo è necessario premettere che nel sistema convenzionale il rinvio alla *Grande Chambre*, ai sensi dell'art. 43 Cedu, non costituisce un'impugnazione in senso tecnico, ma comporta un riesame *ex novo* del caso: la sentenza dell'organo a composizione allargata si sostituisce a quella dell'organo a composizione ristretta, la quale rimane priva di qualunque valore giuridico.

Innanzitutto la Gran Camera a differenza della Prima Sezione, dopo aver ritenuto completamente assorbita la violazione dell'art. 14 Cedu in quella relativa all'art. 8 Cedu⁸³⁷, sceglie di concentrare la propria attenzione esclusivamente su quest'ultima disposizione, considerata però nella sua dimensione negativa (ossia come fonte di obblighi di astensione per lo Stato), al fine di valutare se il divieto previsto dalla legislazione austriaca in tema di fecondazione eterologa, che costituisce un'ingerenza nel diritto di ogni persona al rispetto della propria vita privata e familiare, *ex. art. 8, comma 1 Cedu*, possa ritenersi giustificato ai sensi del paragrafo 2 dello stesso articolo, in quanto misura «necessaria in una società democratica al fine di raggiungere l'obiettivo o gli obiettivi interessati».

Non essendo in discussione fra le parti che il provvedimento in questione sia previsto dalla legge, segnatamente dall'articolo 3 della legge austriaca sulla fecondazione assistita, e che persegua uno scopo legittimo, la Corte può così concentrare la propria attenzione sulla necessità, legittimità e proporzionalità dell'ingerenza rispetto al diritto al rispetto della vita privata e familiare sancito dall'art. 8, così come le era stato richiesto⁸³⁸.

A tale riguardo, ossia al fine di stabilire se i provvedimenti impugnati siano «necessari in una società democratica», la Corte ricorda che è necessario considerare se i motivi addotti per giustificarli siano pertinenti e sufficienti ai fini dell'articolo 8 § 2.

Innanzitutto la *Grande Chambre* prende le mosse dall'affermazione dei ricorrenti secondo cui nella regolamentazione delle questioni di rilevante importanza in cui è in gioco il diritto di fondare una famiglia e il diritto alla procreazione, gli Stati contraenti non godono di alcun margine di discrezionalità, per ricordare che, al fine di determinare l'ampiezza di quest'ultimo, è in realtà necessario prendere in considerazione diversi fattori.

A tale riguardo la Corte, pur consentendo sul fatto che, laddove sia in gioco un importante aspetto dell'esistenza o dell'identità di un individuo, il margine consentito allo Stato sia di norma limitato, precisa, tuttavia, che qualora non esista alcun consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa, sia per ciò che riguarda l'importanza relativa degli interessi in gioco o il mezzo migliore per salvaguardarli (in particolare laddove la causa sollevi questioni di sensibilità morale o etica), il margine diventa

2011, nonché LIBERALI, *Il margine di apprezzamento riservato agli Stati e il cd. time factor. Osservazioni a margine della decisione della Grande Camera resa contro l'Austria*, in <http://www.aic.it>, 14 marzo 2012.

⁸³⁷ Per una critica cfr. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 131.

⁸³⁸ Per quanto riguarda la giustificazione di una simile ingerenza, la Corte costituzionale aveva osservato che il legislatore aveva in tal modo cercato di trovare una soluzione di equilibrio tra gli interessi contrastanti della dignità umana, il diritto alla procreazione e il benessere dei bambini. La scelta di consentire la sola procreazione *in vivo*, ossia una tecnica non particolarmente sofisticata e non troppo lontana dai mezzi naturali di concepimento, risponde, infatti, alla volontà di evitare la formazione di relazioni personali insolite, nonché il rischio di sfruttamento delle donne.

necessariamente più ampio⁸³⁹ e ciò in ragione del fatto che, «grazie al loro diretto e continuo contatto con le forze vitali dei loro Paesi, le autorità dello Stato sono, in linea di massima, in una posizione migliore rispetto al giudice internazionale» per stabilire le modalità con cui porre una disciplina in materie che toccano questioni morali ed etiche⁸⁴⁰. In altre parole, vi è di norma un maggior margine di discrezionalità nel caso in cui allo Stato sia richiesto di stabilire un armonioso equilibrio tra opposti interessi privati e pubblici o tra diritti tutelati dalla Convenzione

Tale ampliamento di discrezionalità si giustifica, secondo la Gran Camera, anche sulla base dell'esame comparatistico con la legislazione degli altri Paesi membri del Consiglio d'Europa, già peraltro condotto dai giudici della prima sezione, ma con esiti opposti.

Mentre, infatti, la Corte sembrava escludere che il quadro legislativo europeo in tema di PMA fosse «notevolmente eterogeneo» così da legittimare un rilevante controllo di ragionevolezza e proporzionalità del divieto rispetto ai fini che possono dirsi leciti, al contrario, i giudici della *Grande Chambre* ritengono che la legislazione in questo campo vari considerevolmente da un ordinamento all'altro (essendo la procreazione medicalmente assistita regolata in modo dettagliato in alcuni Paesi, solo in una certa misura in altri Paesi e per nulla in altri ancora)⁸⁴¹, accontentandosi così di svolgere un controllo di non manifesta irragionevolezza sullo stesso.

A tale proposito i giudici della *Grande Chambre* sottolineano, in particolare, che all'epoca dell'approvazione della legge austriaca sulla PMA esisteva una gamma relativamente ampia di Stati europei nei quali la donazione di gameti era esclusa, sia per legge, sia ad opera di codici di autoregolamentazione. Sebbene il numero di questi Stati si sia ridotto nel tempo, ciò non basta, tuttavia, secondo i giudici internazionali, a far venire meno il margine di apprezzamento che deve essere riconosciuto al legislatore nazionale in tema di PMA, in quanto «tale emergente consenso non è basato su principi consolidati stabiliti nel diritto degli Stati membri, ma riflette piuttosto una fase di sviluppo all'interno di un campo del diritto particolarmente dinamico, e non limita in modo decisivo il margine di discrezionalità dello Stato».

A ciò si deve aggiungere, sempre ad avviso della Corte Edu, che «poiché l'utilizzo della fecondazione *in vitro* ha sollevato e continua a sollevare questioni delicate di ordine etico e morale che

⁸³⁹ Come sostenuto da autorevole dottrina (si veda, in particolare, BENVENISTI, *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*, cit., p. 843 ss.) e confermato dalla pluriennale giurisprudenza della Corte, per ragioni di coerenza logiche «l'applicazione della dottrina del consenso è inversamente proporzionale al margine di apprezzamento: quando la Corte è in grado di riscontrare un certo consenso europeo sul trattamento di una particolare questione, ovvero sulla tutela di un determinato diritto, lascia un minore margine di apprezzamento alle autorità nazionali» e viceversa.

⁸⁴⁰ In particolare, secondo la Gran Camera, le autorità statali sono in una posizione migliore rispetto ai giudici internazionali «non solo sull'esatto contenuto dei requisiti della morale nel loro paese, ma anche sulla necessità di una limitazione destinata a dar loro una risposta».

⁸⁴¹ A tal riguardo, la Corte osserva che, secondo la Procreazione medicalmente assistita e lo Studio Comparato sulla Protezione dell'Embrione Umano relativamente alla situazione in trentanove Stati, compilato dal Consiglio d'Europa nel 1998 sulla base delle risposte degli Stati Membri del Consiglio d'Europa al Comitato Direttivo sulla Bioetica, la donazione di ovuli era espressamente vietata in Austria, Germania, Irlanda, Norvegia, Slovacchia, Slovenia, Svezia e Svizzera e la donazione di sperma in Austria, Germania, Irlanda, Norvegia, e Svezia. Attualmente, la donazione di sperma è vietata, oltre che in Austria, solamente in tre Paesi: Italia, Lituania e Turchia, mentre la donazione di ovuli è vietata in tali Paesi e in Croazia, Germania, Norvegia e Svizzera.

rientrano in un contesto di progressi rapidissimi in campo medico e scientifico, e poiché le questioni sollevate dalla presente causa vertono su aree in cui non vi è ancora una omogeneità tra gli Stati membri, il margine di discrezionalità di cui deve disporre lo Stato convenuto deve essere ampio».

Entrando poi nel merito delle questioni, i giudici della Grande Camera non sembrano condividere le conclusioni a cui era giunta la prima sezione.

Essi ritengono, infatti, che sia il divieto di donazione di oociti, sia quello di donazione di spermatozoi previsti dalla legislazione austriaca non oltrepassino il margine di apprezzamento concesso allo Stato austriaco in materia di fecondazione eterologa e che essi vadano, pertanto, considerati come espressione di un bilanciamento non censurabile tra il diritto alla genitorialità, da un lato, e l'esigenza di preservare la certezza nelle relazioni familiari, e più in particolare, di evitare il possibile conflitto tra madre "biologica" e madre "genetica", nonché il pregiudizio all'interesse dell'individuo a conoscere i propri genitori, dall'altro⁸⁴².

Per quanto concerne in particolare la donazione di oociti, la Corte, pur ammettendo che il legislatore austriaco avrebbe potuto trovare un'altra soluzione a tale problema, «magari più equilibrata», come peraltro hanno fatto alcuni Stati membri del Consiglio d'Europa, essa, tuttavia, in relazione all'art 8 Cedu, considera decisivo il fatto che il legislatore non abbia oltrepassato il margine di apprezzamento che gli deriva da tale disposizione⁸⁴³: non lo ha fatto, secondo la Corte, dal momento che «non esiste un consenso europeo sufficientemente solido sulla questione se la donazione di oociti debba essere autorizzata al fini della fecondazione in vitro».

A tal riguardo, la Corte osserva che i soli strumenti a livello europeo che trattano la questione della donazione di ovuli per la procreazione artificiale sono i Principi enunciati 1989 dal Consiglio d'Europa, di cui l'undicesimo stabilisce che «di regola la fecondazione in vitro deve essere effettuata con i gameti della coppia», anche se omette poi di menzionare l'altra importantissima affermazione contenuta nella disposizione citata, secondo la quale, «in casi eccezionali da definirsi da parte degli Stati membri, può essere consentito l'utilizzo di gameti di donatori».

Anche il divieto di donazione di seme, disposto dalla legislazione austriaca per la fecondazione *in vitro*, si fonda, ad avviso della Gran Camera, su ragioni pertinenti e sufficienti tali da soddisfare le pretese dell'art. 8, comma 2, e ciò per le seguenti ragioni.

I giudici della Gran Camera, lungi dal condividere l'avviso della prima sezione, secondo la quale il divieto della combinazione delle due tecniche mediche (la fecondazione *in vitro* e, dall'altro, la donazione di sperma per il concepimento *in vivo*) che, se applicate separatamente, sarebbero consentite, richiederebbe argomenti particolarmente persuasivi, ritengono, invece, che la scelta del legislatore austriaco di consentire la donazione di seme nella fecondazione *in vivo* e vietare quella *in vitro* dimostri

⁸⁴² Così BEDUSCHI, COLELLA, *La Corte EDU salva (per ora) la legislazione austriaca in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit.

⁸⁴³ Il fulcro della questione secondo il disposto dell'articolo 8 della Convenzione non è, infatti, se una diversa soluzione avrebbe potuto essere adottata dal legislatore che avrebbe presumibilmente stabilito un più armonioso equilibrio, ma se, nello stabilire un armonioso equilibrio al punto in cui lo ha fatto, il legislatore austriaco sia andato oltre il margine di discrezionalità di cui godeva ai sensi di detto articolo.

un approccio orientato alla prudenza e alla cautela, che ha cercato di conciliare le realtà sociali con le proprie posizioni di principio in materia.

Da un lato, infatti, la fecondazione *in vivo* può dirsi una tecnica tollerata da lungo tempo e comunemente accettata dalla società, dall'altro lato, come osserva la Corte, la legislazione austriaca non vieta in alcun modo di rivolgersi all'estero per richiedere il trattamento contro la sterilità che utilizza tecniche di procreazione artificiale non permesse in Austria⁸⁴⁴ e, nell'eventualità di un trattamento con esito positivo, il codice civile contiene norme molto chiare sulla paternità e la maternità rispettose dei desideri dei genitori⁸⁴⁵.

I giudici internazionali concludono, pertanto, che il legislatore austriaco non ha all'epoca dei fatti ecceduto il margine di discrezionalità concessogli, né per quanto riguarda il divieto di donazione di ovuli ai fini della procreazione artificiale, né per quanto riguarda il divieto di donazione di sperma per la fecondazione *in vitro* previsto dall'articolo 3 della legge sulla fecondazione assistita.

Sia consentito ora svolgere due brevissime considerazioni critiche in merito al fattore tempo e al margine di apprezzamento, che costituiscono i due punti centrali della motivazione della sentenza⁸⁴⁶.

Con riferimento alla prima questione è innegabile, come peraltro ben mettono in luce alcuni giudici nella loro *dissenting opinion*, che il *dictum* della Corte è estremamente condizionato dal “fattore tempo”, essendo la PMA una materia in continua evoluzione dal punto di vista tecnico, scientifico e sociale. Tuttavia, la Gran Camera assume a riguardo un atteggiamento contraddittorio perché, se da un lato dichiara la compatibilità dei divieti austriaci rispetto alla Cedu a vent'anni dall'entrata in vigore della legge (1992) e a dodici anni dalla sentenza della Corte costituzionale che ne aveva affermato la legittimità (14 ottobre 1999)⁸⁴⁷, in quanto ritiene che il suo compito sia quello di verificare se tali divieti siano giustificati al momento in cui sono stati presi in considerazione dalla Corte costituzionale austriaca, dall'altro lato riconosce, però, espressamente⁸⁴⁸, quale fattore rilevante, che il consenso in Europa riguardante la donazione di gameti si è evoluto in modo considerevole e che la scienza medica

⁸⁴⁴ Secondo DOLCINI, *La fecondazione assistita “eterologa”. Una questione aperta*, cit., p. 27, si tratta di un «argomento paradossale, che potrebbe essere speso a sostegno di qualsiasi divieto, anche il più cervellotico, adottato da questo o da quel legislatore statale, in contrasto con la legislazione di altri Stati il cui territorio sia accessibile dai cittadini dello Stato “proibizionista”».

⁸⁴⁵ Come rileva CASTELLANETA, (*La Grande camera della Cedu inverte la rotta: legittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in *Guida al diritto*, 2011, 46, p. 17) in modo assai singolare la *Grande Chambre* considera positivamente che l'Austria non impedisca, né punisca coloro che si recano all'estero per ricorrere a queste tecniche. Altrettanto singolare è poi l'atteggiamento dei giudici sovranazionali per quanto riguarda la mancanza di risposte a domande cruciali come quella relativa al diritto del bambino ad avere informazioni sulla madre e quella su eventuali abusi o rischi che non vengono di per sé meno con il divieto in commento.

⁸⁴⁶ Per un'analisi più approfondita di tali questioni si rinvia a LIBERALI, *Il margine di apprezzamento riservato agli Stati e il cd. time factor. Osservazioni a margine della decisione della Grande Camera resa contro l'Austria*, cit.

⁸⁴⁷ L'art. 3 *FMedG* era stato sottoposto al vaglio della Corte costituzionale austriaca secondo la quale il divieto di donazione di gameti si giustificerebbe, soprattutto, in ragione dell'esigenza di evitare la creazione di “relazioni personali inusuali”, come nel caso di un bambino che abbia più di una madre biologica, nonché, ulteriormente, in considerazione dei rischi di sfruttamento ai quali la possibilità di donare oociti esporrebbe le donne provenienti da ambienti socialmente sfavoriti, che potrebbero essere sottoposte a forti pressioni. In base a tale ordini di ragioni, secondo la Corte, la disciplina impugnata non contrasta, né con il principio di cui all'art. 8, né con il principio di uguaglianza *ex art. 7* Costituzione federale austriaca, né infine con l'art. 12 CEDU.

⁸⁴⁸ Si veda il §84 della sentenza.

dopo la decisione della Corte costituzionale austriaca ha registrato enormi progressi, che hanno portato alcuni Stati a darne riscontro nella propria legislazione.

Alla luce di ciò il giudice sovranazionale esorta addirittura il legislatore austriaco «ad un esame approfondito della normativa che regola la procreazione artificiale, considerando la rapida evoluzione della scienza e della società a tal riguardo», aggiungendo che «il principio adottato dal legislatore per consentire metodi omologhi di procreazione artificiale come regola e l'inseminazione con sperma donato come eccezione, riflettevano lo stato della scienza medica dell'epoca [il 1992] e il consenso che esisteva nella società. Ciò non significa che comunque tali criteri non possano essere oggetto di sviluppi di cui il legislatore dovrà tener conto in futuro».

Tale specifica considerazione dedicata al fattore tempo e specificatamente all'evoluzione della scienza medica, della legislazione e della coscienza sociale in materia di fecondazione assistita, che si traduce nella scelta di rivolgere un monito ai legislatori nazionali perché sottopongano a una periodica revisione le proprie scelte in materia⁸⁴⁹, riveste però più carattere formale che sostanziale, rimanendo lettera morta nella misura in cui la Corte salva la normativa austriaca in tema di donazione di gameti.

Tale approccio è tanto più censurabile sulla base della considerazione che nella parte finale della sua pronuncia la Corte Edu, dopo constatato che il Parlamento austriaco non ha ancora, fino a quel momento, proceduto ad un esame approfondito della normativa che regola la procreazione artificiale, ricorda che la Convenzione è stata sempre interpretata e applicata alla luce delle circostanze attuali⁸⁵⁰, e ciò è tanto più vero nella materia in oggetto, che risulta, come si è detto più volte, particolarmente soggetta ad un rapido sviluppo per ciò che attiene alla scienza e al diritto e richiede un esame permanente da parte degli Stati contraenti, così rivolgendo implicitamente un monito ai legislatori nazionali perché sottopongano a una periodica verifica le proprie scelte in materia.

Tutto ciò premesso, benché la Corte costituzionale austriaca già nel 1999 nella propria decisione avesse comunque precisato che «il compromesso rifletteva lo stato dell'arte della scienza medica e del consenso della società...e che ciò non significa tuttavia, che tali criteri non siano soggetti a soluzioni ad evoluzioni di cui il legislatore dovrebbe tener conto in futuro», la *Grande Chambre* perviene ad una decisione che contraddice i propri stessi postulati, cristallizzando le pretese azionate in un contesto retrodatato al 1999 (ovvero al 1992). In altre parole tale discrasia temporale fa sì che di fatto la decisione sia priva di attualità ed effettività rispetto alla fattispecie concreta⁸⁵¹.

Con riguardo, invece, al margine di apprezzamento riservato agli Stati membri, si osserva come la Grande Camera faccia un uso improprio della c.d. “dottrina del margine di apprezzamento” e del consenso, sia nel momento in cui riferisce quest'ultimo alla situazione normativa esistente al 1999 (data della decisione della Corte costituzionale austriaca), mostrando così di ignorare gli sviluppi intervenuti successivamente, sia nel momento in cui ritiene insufficiente il numero di Paesi che negano, come fa

⁸⁴⁹ Si vedano i § 117 e 118 della sentenza.

⁸⁵⁰ Si veda la causa *Rees c. Regno Unito*, 17 Ottobre 1986, § 47, Serie A n. 106.

⁸⁵¹ V. sent. Grande Camera, 3 novembre 2011, § 22.

l'Austria, il trasferimento di ovuli e di sperma *in vitro* (rispettivamente otto e cinque su quarantasette) per poter dichiarare l'insussistenza del margine d'apprezzamento.

In questa occasione, la *Grande Chambre* ha dato rilievo esclusivamente al principio secondo cui, se il consenso manca, il margine di apprezzamento è particolarmente ampio, non, invece, a quello di segno opposto, secondo il quale, quando il consenso di opinioni a livello europeo esiste, il suddetto margine si restringe, confermando così un principio emerso per la prima volta nella *sentenza A, B, C, c. Irlanda*, che «ha scardinato la relazione di proporzionalità inversa tra l'estensione del consenso di opinioni a livello europeo e l'ampiezza della discrezionalità attribuita agli Stati membri in un determinato settore eticamente sensibile»⁸⁵².

Questi due aspetti, a ragione duramente criticati anche dall'opinione dei quattro giudici dissenzienti, gettano un'ombra sulla decisione nel suo complesso, corroborando l'impressione che «la Gran Camera abbia compiuto più che un atto di giurisdizione, un atto di politica giudiziaria, orientato ad un esasperato *self-restraint* su un tema ad elevata complessità bioetica»⁸⁵³.

7. L'ordinanza della Corte costituzionale n. 150 del 2012.

La decisione della Corte costituzionale è arrivata con l'ordinanza n. 151 del 22 maggio 2012⁸⁵⁴: con essa il giudice delle leggi, ritenuta l'ammissibilità delle questioni proposte, dopo aver riunito i giudizi di costituzionalità sollevati dai Tribunali di Firenze, Catania e Milano per la sostanziale identità delle censure espresse rispetto alle stesse norme della legge n. 40/2004, e aver preso atto della sopravvenuta pronuncia del giudice sovranazionale, ha ordinato la restituzione degli atti ai giudici *a quibus* per consentir loro un rinnovato esame dei termini della questione.

Innanzitutto a tale riguardo la Consulta ha richiamato la propria giurisprudenza, ricordando come debba essere ordinata la restituzione⁸⁵⁵ allorché «all'ordinanza di rimessione sopravvenga una modificazione della norma costituzionale invocata come parametro di giudizio, ovvero della disposizione che integra il parametro costituzionale, oppure qualora il quadro normativo subisca considerevoli modifiche, pur restando immutata la disposizione censurata». La Corte ha ricordato, infatti, come la questione dell'eventuale contrasto della disposizione interna con la norme della Cedu vada risolta in base al principio in virtù del quale il giudice comune, al fine di verificarne la sussistenza, deve avere riguardo

⁸⁵² BEDUSCHI, COLELLA, *La Corte EDU salva (per ora) la legislazione austriaca in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit. e COLELLA, *Un importante pronuncia della Corte europea in tema di bilanciamento tra diritti della donna e tutela della donna*, Nota a Corte eur. dir. uomo, sent. 16 dicembre 2010, A, B, C, c. Irlanda, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 10 gennaio 2011.

⁸⁵³ VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 131.

⁸⁵⁴ Corte cost., ord. 22 maggio 2012 (dep. 7 giugno 2012), n. 150, leggibile in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 10 ottobre 2012.

⁸⁵⁵ Per un approfondimento della tecnica decisoria della restituzione agli atti si veda PIZZORUSSO, *La restituzione degli atti al giudice a quo nel processo costituzionale incidentale*, Giuffrè, Milano, 1965.

alle «norme della CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo», che è stata «specificamente istituita per dare ad esse interpretazione e applicazione», poiché il «contenuto della Convenzione (e degli obblighi che da essa derivano) è essenzialmente quello che si trae dalla giurisprudenza che nel corso degli anni essa ha elaborato», occorrendo rispettare «la sostanza» di tale giurisprudenza.

In questa ottica, secondo la Corte costituzionale, la diversa pronuncia della Grande Camera in ordine all'interpretazione accolta dalla sentenza della prima sezione, espressamente richiamata dai giudici rimettenti ed intervenuta all'interno dello stesso giudizio nel quale è stata resa quest'ultima decisione, incide sul significato delle norme convenzionali, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo, considerate dai giudici *a quibus*, andando a costituire un “*novum*” (ossia uno *ius superveniens*, tale in relazione al momento in cui erano state prospettate le questioni di costituzionalità: in questo caso, l'elemento di novità è rappresentato non da una legge, né da una svolta della giurisprudenziale di legittimità, bensì da una pronuncia del giudice sovranazionale) che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta: di qui la necessità di restituire gli atti ai giudici rimettenti affinché procedano ad un rinnovato esame dei termini delle questioni.

Secondo la Corte costituzionale, la restituzione degli atti ai tre Tribunali ordinari si imporrebbe dunque per i seguenti motivi: «in primo luogo, perché costituisce l'ineludibile corollario logico-giuridico della configurazione offerta da questa Corte in ordine al valore ed all'efficacia delle sentenze del giudice europeo nell'interpretazione delle norme della CEDU che, come sopra precisato, i rimettenti hanno correttamente considerato, al fine di formulare le censure in esame; in secondo luogo, in quanto una valutazione dell'incidenza sulle questioni di legittimità costituzionale del *novum* costituito dalla sentenza della Grande Camera (la cui rilevanza è, peraltro, resa palese anche dall'approfondita lettura, significativamente divergente, offertane dalle parti nelle memorie depositate in prossimità dell'udienza pubblica) svolta per la prima volta da questa Corte, senza che su di essa abbiano potuto interloquire i giudici *a quibus*, comporterebbe un'alterazione dello schema dell'incidentalità del giudizio di costituzionalità, spettando anzitutto ai rimettenti accertare, alla luce della nuova esegesi fornita dalla Corte di Strasburgo, se ed entro quali termini permanga il denunciato contrasto».

Ora, dal momento che il giudice ordinario deve considerare la giurisprudenza della Corte «con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi», spetta ai giudici dei tribunali civili fissare una nuova udienza per accertare, alla luce della nuova esegesi fornita dalla Corte di Strasburgo con la decisione della *Grande Chambre*, se ed entro quali termini permanga il denunciato contrasto.

Va segnalato, peraltro, come sia la prima volta nella giurisprudenza costituzionale che la sopravvenienza di una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è alla base di un'ordinanza di restituzione degli atti ai giudici remittenti.

La decisione della Corte non è andata neppure questa volta esente da critiche, dal momento che la stessa avrebbe potuto compiere una diversa scelta di metodo. La svolta nella giurisprudenza della Corte

Edu, lo *ius superveniens*, riguarda, infatti, il solo profilo di legittimità relativo all'art. 117 Cost., mentre lascia sostanzialmente inalterati i termini delle restanti questioni di legittimità prospettate dai giudici di merito, ossia la presunta violazione degli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost. La mancata considerazione di tali disposizioni appare tanto più grave «alla luce del fatto che esse fondano direttamente quelle posizioni giuridiche soggettive la cui violazione è stata lamentata dai ricorrenti (diritto all'eguaglianza, alla salute, alla famiglia e alla procreazione), a differenza dell'art. 117 Cost. che, essendo qualificabile come una norma sulla produzione del diritto, garantisce i predetti diritti in modo implicito e mediato»⁸⁵⁶.

Ne segue che, limitatamente a questi profili, la Corte avrebbe potuto entrare nel merito della questione⁸⁵⁷.

7. Le successive ordinanze di rimessione dei tre giudici di merito in attesa di una pronuncia decisoria del giudice delle leggi.

Puntualmente, pochi mesi dopo la pronuncia della Grande Camera, ciascuno dei giudici di merito che nel 2010 aveva investito la Corte delle questioni di legittimità relative all'art. 4, comma 3 investe nuovamente quest'ultima con riferimento agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost., salvo evidentemente non riproporre quella relativa all'art. 117 Cost.

Rispetto alle precedenti ordinanze emanate nel corso del 2010 esse valorizzano particolarmente il principio di eguaglianza-ragionevolezza ex art. 3 Cost.

Il primo in ordine temporale è Tribunale di Milano, che il 29 marzo 2013⁸⁵⁸ pronuncia un'ordinanza ben strutturata e ampiamente argomentata⁸⁵⁹, la quale, pur sottolineando le carenze della disciplina attuale in tema di fecondazione eterologa, sia in rapporto a norme costituzionali, sia in rapporto a norme della Convenzione che fungono ormai, per consolidata giurisprudenza, da parametro interposto nel giudizio di

⁸⁵⁶ PETTINARI, *Brevi note sulla restituzione degli atti al giudice a quo per sopravvenuta modifica del parametro*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 1165.

⁸⁵⁷ DOLCINI, *La fecondazione assistita "eterologa". Una questione aperta*, cit., p. 31. Sulle opposte valutazioni del significato politico della pronuncia cfr. ID, *La fecondazione assistita "eterologa". Una questione aperta*, cit., p. 32.

⁸⁵⁸ Trib. Milano, Sez. I, ud. 29 marzo 2013 (dep. 9 aprile 2013), Pres. Bichi, Est. Dorigo, consultabile all'indirizzo <http://www.ilsole24ore.com>. Per un commento di questo provvedimento si veda VERRI, *Il Tribunale di Milano rimette nuovamente alla Corte costituzionale la questione concernente la legittimità costituzionale della fecondazione eterologa*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 15 aprile 2013 e MALFATTI, *Ancora una questione di costituzionalità sul divieto di fecondazione eterologa, tra incertezze generate dalla Corte costituzionale (ord. n. 150/2012) ed esigenze del seguito alle pronunce di Strasburgo*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 29 aprile 2013.

⁸⁵⁹ Secondo MALFATTI (*Ancora una questione di costituzionalità sul divieto di fecondazione eterologa, tra incertezze generate dalla Corte costituzionale (ord. n. 150/2012) ed esigenze del seguito alle pronunce di Strasburgo*, cit.) il giudice milanese ha riproposto il problema in esame alla Corte costituzionale in modo interessante, ovvero seguendo uno schema concettuale che cerca di tenere conto delle, pur discusse e discutibili, indicazioni contenute nell'ordinanza della Corte, dunque della esigenze di valutazione della sopravvenuta giurisprudenza di Strasburgo, ma anche della perdurante necessità di condurre un esame del problema sotto altri e decisivi profili.

costituzionalità, non entra nel merito della questione sottoposta alla sua attenzione, ma - per la seconda volta nello stesso procedimento - investe la Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3 e dell'art. 12, comma 1 l. 40/2004 (oltre che dell'art. 9, commi 1 e 3, limitatamente alle parole «in violazione del divieto dell'art. 4, comma 3») per contrasto con gli artt. 2, 3, 29, 31 e 32, commi 1 e 2, della Costituzione, nella parte in cui impongono il divieto assoluto di ricorrere alla fecondazione di tipo eterologo e prevedono sanzioni nei confronti degli operatori e delle strutture che dovessero praticarle.

Nel merito il Collegio milanese richiama innanzitutto la sentenza dei giudici della Grande Camera, la quale, pur approdando al rigetto del ricorso, ha, tuttavia, per la prima volta, affermato, in assenza di precedenti giurisprudenziali della medesima Corte europea, la necessità per il legislatore nazionale di tener conto del progresso della scienza e del consenso della società. E questo costituisce, sempre ad avviso dei giudici milanesi, l'aspetto di maggior novità presente nella motivazione della decisione del giudice europeo: la Corte di Strasburgo riconosce, infatti, che la scienza medica e il consenso sociale devono essere valutati dal legislatore, secondo le indicazioni della Corte, in una prospettiva "dinamica", dovendo essere «ancorati al dato temporale di riferimento, con la conseguente necessaria presa d'atto del Legislatore, e di conseguenza dell'interprete, dei loro mutamenti e delle progressioni maturate con il decorso del tempo».

Così, nel caso della legislazione austriaca, secondo il Collegio, la Corte ha correttamente ritenuto non contrastanti con le norme Cedu i divieti in vigore nello Stato austriaco, esprimendo un giudizio "ora per allora": affermando cioè, nella sostanza, che al momento dell'entrata in vigore delle norme impugnate - nel 1992 - le stesse non violavano i principi contenuti nella Convenzione. Tuttavia, sempre a giudizio del Tribunale milanese, il Giudice europeo di secondo grado non ha però «verificato se nel prosieguo di tempo lo Stato nazionale [...] avesse mantenuto in vita una legislazione non armonica con il progredire delle scienze mediche e il mutamento della sensibilità sociale dei cittadini, requisiti che, se non rispettati, porterebbero il legislatore nazionale a violare il principio di proporzionalità richiesto dall'art. 8 della Convenzione, rendendo al contempo non invocabile il margine di discrezionalità riconosciuto ad ogni singolo Stato». E proprio tali criteri devono essere utilizzati dal giudice delle leggi per verificare la corrispondenza della norma impugnata ai valori fondamentali della persona convenzionalmente tutelati, così come richiamati dalla nostra Costituzione.

Per quanto concerne la normativa nazionale, il Tribunale di Milano, anche alla luce delle argomentazioni addotte dai giudici di Strasburgo, ritiene che possa ravvisarsi un contrasto fra il divieto contenuto nella legge n. 40/2004 di ricorrere alla fecondazione di tipo eterologo e gli artt. 2, 29 e 31 Cost., nella parte in cui «il divieto normativo [...] non garantisce alle coppie cui viene diagnosticato un quadro clinico di sterilità o infertilità irreversibile il diritto fondamentale alla piena realizzazione della vita privata familiare e il diritto all'autodeterminazione in ordine alla medesima». In altre parole, la scelta di una coppia di creare una famiglia e mettere al mondo dei figli costituisce un diritto fondamentale della stessa, come tale rispondente ad un interesse pubblico riconosciuto e tutelato dagli artt. 2, 29 e 31 Cost.

In particolare, premesso che il diritto di una coppia di concepire un figlio e di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita rientra nell'ambito dell'art. 8 Cedu, così come affermato dalla *Grande Chambre* nella sentenza sul caso austriaco, poiché tali scelte costituiscono chiaramente un'espressione della vita privata e familiare, ne deriva conseguentemente che il diritto di autodeterminazione della coppia relativamente alle scelte in tema di genitorialità viene compromesso dal divieto di accesso ad un certo tipo di fecondazione, quale quella eterologa, che costituisce peraltro l'unica via per consentire ad una coppia di superare i propri problemi di sterilità o infertilità, non altrimenti risolvibili. E ciò, giova ricordarlo, senza che tale scelta vada a comprimere altri diritti fondamentale della persona, né altri diritti costituzionalmente garantiti.

Il Collegio, richiamandosi ancora a quanto affermato dalla Grande Camera, sottolinea poi come gli stessi concetti di famiglia e di genitorialità, in quanto dotati della duttilità propria delle categorie costituzionali, non possono considerarsi cristallizzati, ma devono essere interpretati tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento. La frattura fra genitorialità genetica e genitorialità legale è già peraltro ben nota all'ordinamento italiano, che ammette da tempo l'istituto dell'adozione, riconoscendo rapporti parentali fondati non sul legame di sangue, bensì su quello affettivo.

I giudici di merito, inoltre, prospettano un contrasto tra il divieto di fecondazione eterologa e gli artt. 3 e 31 Cost., non solo sotto il profilo della disparità di trattamento, ma anche sotto quello della ragionevolezza della normativa medesima, poiché vengono trattate in modo opposto coppie con problematiche procreative che risultano differenziate solo in ragione del tipo di sterilità da cui sono affette.

Sotto quest'ultimo profilo, pur dovendo riconoscere la diversità delle procedure di procreazione assistita che utilizzano materiale genetico proveniente da un soggetto estraneo alla coppia, il Collegio afferma che a tutte le categorie di coppie infertili, quale che sia la patologia di cui soffrono, deve essere assicurata la comune possibilità di accedere alla migliore tecnica medico-scientifica per superare l'accertata patologia: una possibilità che è invece negata nel nostro Paese alle coppie che possono realizzare il loro diritto alla genitorialità solo ricorrendo alla donazione di gameti.

A ciò si aggiunga che il divieto di accedere alla procreazione assistita eterologa si pone in evidente contrasto con la stessa finalità dichiarata dall'art. 1 della stessa legge n. 40/2004, il quale afferma che l'obiettivo del ricorso alle tecniche di PMA è quello di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dall'infertilità della coppia.

Infine, secondo il Collegio remittente, non consentire il ricorso alla donazione dei gameti si pone in contrasto, anche in esito alla pronuncia della Grande Camera, con gli artt. 3 e 32 Cost., in quanto con il divieto di fecondazione eterologa si rischia di non tutelare l'integrità fisica e psichica delle coppie. Le tecniche di PMA costituiscono, infatti, dei rimedi terapeutici finalizzati a superare sia la causa fisiologica, sia le sofferenze psicologiche che sempre e inevitabilmente si accompagnano alla difficoltà della coppia di realizzare il proprio desiderio di filiazione. Quanto alla scelta fra i diversi strumenti terapeutici esistenti per superare i problemi di fertilità della coppia, «la giurisprudenza costituzionale ha

ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere l'autonomia e la responsabilità del medico che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali».

Sulla scia del giudice milanese si pone il Tribunale di Firenze, il quale con ordinanza, datata anch'essa 29 marzo 2013⁸⁶⁰, ribadisce innanzitutto il contenuto della propria precedente pronuncia in ordine alla non avvenuta "comunitarizzazione" della Cedu a seguito del Trattato di Lisbona⁸⁶¹, ritenendo che quest'ultimo si limiti a consentire l'adesione dell'Unione europea alla Cedu, ma che tale adesione non sia ancora avvenuta, tanto che il Protocollo n. 8 annesso al Trattato ne prevede le modalità.

Dopo aver escluso anch'egli che possa configurarsi una violazione della Convenzione e, quindi, dell'art. dell'art. 117 Cost., dal momento che la *Grande Chambre* nella sua ultima pronuncia ha offerto un'interpretazione degli artt. 8 e 14 CEDU che ha portato ad escludere la violazione da parte della legge austriaca di dette norme, il giudice fiorentino passa poi ad esaminare la fondatezza della questione di legittimità costituzionale del divieto della fecondazione eterologa sotto il profilo della eventuale violazione dell'art. 3 Cost., nel suo corollario costituito dal principio di ragionevolezza, «in forza del quale il giudizio di legittimità costituzionale delle norme deve essere compiuto verificando la logicità interna della normativa e la giustificazione oggettiva e ragionevole delle differenze di trattamento».

Considerando che, come ritenuto dalla Corte costituzionale recentemente, per verificare se sia conforme a ragionevolezza un trattamento normativo differente, deve farsi riferimento al «punto centrale della disciplina, nella prospettiva in cui si colloca lo stesso legislatore» e che la stessa legge n. 40/2004 all'art. 1 afferma che il suo scopo «è quello di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana», consentendo «il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, qualora non vi siano metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità», ne consegue necessariamente che il divieto contenuto nell'art. 4, comma 3, della normativa italiana viola il profilo della ragionevolezza, in quanto «risulta un trattamento opposto di coppie con problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità, che si differenziano solo per il tipo di patologia che li provocano, dovendosi invece ritenere che, ad una situazione sostanzialmente uguale (sterilità o infertilità) possa corrispondere la uguale possibilità del ricorso alla PMA applicando la tecnica utile per superare lo specifico problema, da individuarsi in relazione alla causa patologica accertata, anche se evidentemente fra un caso e l'altro».

⁸⁶⁰Trib. Firenze, ordinanza 29 marzo 2013, Giud. Paparo, consultabile all'indirizzo <http://penalecontemporaneo.it>, con nota di VERRI, *Anche il Tribunale di Firenze, dopo quelli di Milano e Catania, rimette alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale della fecondazione eterologa*, 15 maggio 2013.

⁸⁶¹In merito al complesso sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali della persona nel sistema europeo e ai rapporti tra fonti normative nazionali, europee, internazionali e relative autorità giudicanti cfr. BALDINI, *Procreazione assistita "eterologa" e diritti della persona tra principi costituzionali e pronunce della Corte EDU*, cit.

Peraltro il principio di ragionevolezza, che impone al legislatore di non disciplinare in maniera difforme situazioni soggettive analoghe, ossia di non trattare diversamente soggetti che si trovino in situazioni uguali o anche analoghe in assenza di razionali giustificazioni, ha tanto maggior rilievo laddove vengano in gioco diritti fondamentali della persona, quali il diritto del singolo e della coppia di creare una famiglia e di procreare, che trovano la loro fonte negli artt. 2, 29 e 31 Cost.

Da qui la richiesta al giudice delle leggi di valutare se il divieto esistente nel nostro Paese, pressoché isolato nel panorama legislativo europeo, sia conforme a Costituzione.

Infine, il Tribunale di Catania, con ordinanza depositata il 13 aprile 2013⁸⁶², ossia pochi giorni dopo i provvedimenti milanese e fiorentino, solleva anch'egli una nuova questione di legittimità costituzionale davanti al giudice delle leggi.

Si tratta, anche in questo caso, del secondo provvedimento di rimessione alla Consulta per le medesime questioni all'interno dello stesso procedimento.

Il giudice catanese, dopo aver dichiarato anch'egli la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 117 comma 1 Cost., invoca quali parametri interni gli artt. 2, 3 e 31 Cost.

Rispetto agli artt. 3 e 31 Cost., considerati congiuntamente, i giudici rilevano che il divieto di ricorrere a pratiche fecondative di tipo eterologo finisce per comprimere il diritto alla creazione di una famiglia, che potrebbe essere soddisfatto grazie agli interventi di PMA, in modo irragionevole e discriminatorio: si verrebbe a creare, infatti, una sostanziale disparità di trattamento tra le coppie infertili, poiché soltanto coloro che presentino problemi di concepimento risolvibili mediante tecniche di procreazione assistita di tipo omologo verrebbero tutelati. Le coppie che, invece, siano affette da patologie procreative ben più gravi, superabili soltanto mediante l'utilizzo di gameti donati da soggetti terzi, sarebbero escluse dall'accesso alla fecondazione assistita: e in questo la differenza di trattamento verrebbe a dispiegare tutta la sua irrazionalità.

I giudici rimettenti ribadiscono che in base all'art. 3 Cost. «il legislatore può, così, imporre limiti ai diritti e agli interessi dei soggetti in base alle finalità che si intendono perseguire con l'esercizio del potere legislativo ma non può trattare diversamente determinati soggetti rispetto ad altri che si trovino nella medesima o analoga situazione, a meno che la disparità di trattamento non sia giustificata in modo ragionevole».

In forza della suddetta norma costituzionale, dunque, «si è progressivamente esteso il giudizio di legittimità costituzionale delle norme in termini di ragionevolezza interna della normativa, razionalità delle deroghe e giustificazione oggettiva e ragionevole delle differenze di trattamento».

⁸⁶² Trib. Catania, Sez. I, ord. 13 aprile 2013, Pres. Morgia, Est. Sabatino, consultabile all'indirizzo <http://www.penalecontemporaneo.it>. Per un commento analitico a tale ordinanza si rinvia a TIGANO, *Il divieto della fecondazione eterologa di nuovo al vaglio della Consulta: l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Catania*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 17 maggio 2013.

Un'altra disposizione violata sarebbe poi, ad avviso del giudice *a quo*, l'art. 2 Cost., in quanto il divieto di donazione dei gameti limiterebbe il diritto alla vita privata e familiare dei cittadini che è una componente del loro diritto all'autodeterminazione, a sua volta aspetto fondamentale della personalità di ogni individuo.

Viene rilevato, infine, il contrasto con l'art. 32 Cost. Il Tribunale di Catania, dopo aver messo in luce la connessione esistente tra il diritto alla salute e le tecniche di procreazione assistita - e, nella specie, di fecondazione eterologa -, intese espressamente come «rimedi terapeutici» dell'infertilità, in quanto dirette «a superare una causa patologica che impedisce la procreazione», afferma che il divieto posto dalla l. 40/2004 impedisce irragionevolmente la cura di una patologia acclarata di cui la coppia è affetta.

Nella parte finale dell'ordinanza il giudice del merito rivolge poi la propria attenzione al profilo del coinvolgimento di eventuali diritti di terzi in ogni vicenda relativa alla fecondazione eterologa, a fronte dei quali risulti giustificata la limitazione legislativa dei diritti costituzionalmente garantiti delle coppie affette da infertilità, aspetto non affrontato nella precedente ordinanza, ma evidenziato dalla recente pronuncia della Grande Camera⁸⁶³.

In conclusione, i giudici siciliani effettuano il giudizio di ragionevolezza sul bilanciamento dei diritti costituzionalmente coinvolti nel divieto della fecondazione eterologa, riconoscendo la preminenza del diritto a procreare della coppia, in quanto formata da «soggetti esistenti che sicuramente subiranno un pregiudizio in caso di perdurante divieto alla fecondazione eterologa», rispetto al possibile, ma non certo, pregiudizio che il figlio potrebbe subire per la dissociazione tra maternità biologica e genetica.

Con questa seconda ordinanza i giudici catanesi superano alcune vistose lacune della prima pronuncia di rimessione, in cui il paventato pregiudizio alla salute delle coppie era ricollegato unicamente alla necessità di ricorrere a «pratiche mediche meno indicate, dai risultati più incerti» dell'eterologa e ai rischi per la salute psichica di coloro che, per aggirare la legge italiana, decidano di intraprendere la stressante e costosa strada del c.d. «turismo procreativo»⁸⁶⁴.

Non resta ora che attendere il giudizio della Corte costituzionale, atteso per l'8 aprile 2014, auspicando che la stessa raccolga l'invito del giudice remittente e accolga la questione di legittimità costituzionale delle norme che vietano e sanzionano la fecondazione eterologa per contrasto con le norme costituzionali interne, in particolare gli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost., eliminando in tal modo l'ultimo vistoso elemento di incostituzionalità che ancora permane nella legge n. 40/2004, dopo la caduta del limite rigido dei tre embrioni e del divieto di diagnosi genetica preimpianto, consentendo al nostro ordinamento di liberarsi dopo quattordici anni di una disposizione che contraddice gli stessi postulati

⁸⁶³ Per TIGANO (*Il divieto della fecondazione eterologa di nuovo al vaglio della Consulta: l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Catania*, cit.) viene in questo modo invocato il potere della Consulta di esercitare il giudizio di ragionevolezza, che consente di sindacare la necessità e il grado di intensità di tutela apprestata a un bene a fronte del conseguente *deficit* di garanzie nei confronti dei controinteressi sacrificati dal divieto, ossia la madre biologica, il terzo donatore e il nascituro.

⁸⁶⁴ TIGANO, *Il divieto della fecondazione eterologa di nuovo al vaglio della Consulta: l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Catania*, cit.

della laicità dello Stato⁸⁶⁵ e che relega l'Italia in una posizione di assoluta marginalità al pari solo della Turchia e della Lituania, unici Paesi europei che oppongono un divieto totale e assoluto alla donazione di gameti.

8. Uno sguardo alla disciplina degli altri Paesi.

In merito alle diverse soluzioni adottate nei singoli Stati membri, che riflettono i differenti atteggiamenti sull'argomento⁸⁶⁶, è necessario operare una distinzione fra Paesi nei quali l'accesso alla PMA è consentito anche alle donne sole (tra gli altri: Spagna, Belgio, Regno Unito e Danimarca) e Paesi nei quali è invece riservato a coppie eterosessuali coniugate o conviventi (ad esempio: Germania, Svizzera, Austria, Francia e Portogallo), ricordando come il vero banco di prova dei principi ispiratori delle singole legislazioni nazionali è dato dall'esame delle disposizioni relative alla fecondazione eterologa⁸⁶⁷.

Nei Paesi che consentono questo tipo di fecondazione molte disposizioni sono dedicate al processo attraverso il quale si giunge alla formazione del consenso, che si arricchisce di momenti di consulenza psicologica intesi a rendere possibile la formazione di una scelta condivisa, meditata e consapevole, nonché da disposizioni tendenti a risolvere i numerosi problemi che la donazione di gameti crea dal punto giuridico, fra cui in primo luogo la questione della legittimità del figlio all'interno della famiglia, nonché della possibilità per il padre di disconoscere il bambino.

Vi sono poi Paesi come Spagna, Svezia Norvegia e Francia che hanno regolamentato ulteriori aspetti della fecondazione eterologa, tra i quali la tutela della *privacy* della coppia, l'accertamento di possibili malattie del donatore e le tecniche di conservazione del seme.

Si ricordi che a livello sovranazionale il Consiglio d'Europa nei "principi sui progressi delle scienze biodinamiche" stabilisce che «di regola, la fecondazione *in vitro* deve essere effettuata con i gameti della coppia [...]. Tuttavia, in casi eccezionali da definirsi da parte degli Stati membri, può essere autorizzata l'utilizzazione dei gameti della coppia» (Principio II)⁸⁶⁸: una soluzione equilibrata alla quale si adeguerà gran parte delle legislazioni europee.

Per quanto concerne innanzitutto la Spagna la legge 26 maggio 2006, n. 14 contiene una disciplina ampia e analitica in tema di fecondazione eterologa, prevedendo la liceità della donazione di gameti

⁸⁶⁵ E ciò in quanto la Chiesa cattolica condanna da sempre duramente le diverse forme di fecondazione eterologa dal momento che esse «ledono il diritto del figlio a nascere da un padre e da una madre conosciuti da lui e tra loro legati dal matrimonio. Tradiscono il "diritto esclusivo [degli sposi] a diventare padre e madre soltanto l'uno attraverso l'altro». Cfr. <http://www.vatican.va>.

⁸⁶⁶ Cfr. VALENTINI, *Il mosaico della legislazione europea: riferimenti etico-normativi*, in *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, cit., p. 104.

⁸⁶⁷ Per un quadro attuale della disciplina negli Stati europei cfr. DOLCINI, *La fecondazione assistita "eterologa"*. *Una questione aperta*, cit., p. 18 ss.

⁸⁶⁸ Il testo del documento può leggersi sul sito <http://www.coe.int>.

(maschili e femminili) e di pre-embrioni per gli utilizzi consentiti dalla legge sulla PMA (art. 5, comma 1), purché ciò avvenga in forma gratuita e anonima.

Relativamente ai requisiti necessari per poter accedere a tale tecnica riproduttiva l'art. 5, comma 6, della legge 2006/14 stabilisce che i donatori devono avere un buono stato di salute psico-fisica⁸⁶⁹, accertato da esami clinici volti ad escludere la presenza di malattie ereditarie o infettive trasmissibili al nascituro, nonché la piena capacità di agire.

Essi devono, inoltre, aver manifestato un consenso libero, cosciente ed espresso (art. 5, comma 1) e, qualora si tratti di una coppia coniugata, un consenso con le stesse caratteristiche deve essere prestato da parte del coniuge (art. 5, comma 3).

Le donatrici di gameti femminili non possono avere più di trentacinque anni, mentre i donatori maschili non più di cinquant'anni, onde evitare la comparsa di alterazioni cromosomiche. Il numero massimo di bambini generati da gameti di uno stesso donatore non deve superare i sei (art. 5, comma 7) e, a tal fine, il donatore deve dichiarare in ogni donazione se ne ha realizzate altre in precedenza, dando indicazione delle condizioni, del momento e del centro.

Circa la gratuità della donazione, ai donatori e alle donatrici è concesso solo un compenso economico a risarcimento dell'impegno fisico e di tempo. Il contratto gratuito⁸⁷⁰ di donazione deve essere redatto in forma scritta e prima di sottoscriverlo i donatori devono essere informati degli scopi e delle conseguenze del loro atto (art. 5, comma 4).

I centri di PMA possono svolgere attività di pubblicità e promozione delle donazioni, ma senza incentivarle, offrendo compensi o benefici economici.

Circa l'anonimato, il bambino e i suoi genitori legali non hanno il diritto di conoscere l'identità del donatore o donatrice, benché ne possano chiedere informazioni generali. A questa regola fanno eccezione circostanze molto particolari e specifiche, fra cui il caso di sicuro pericolo sanitario o di vita per il bambino⁸⁷¹. È inoltre compito del centro di PMA assicurare la massima somiglianza fenotipica e immunologica possibile tra donatore/trice e ricevente.

La donazione è tendenzialmente irrevocabile⁸⁷²: unica eccezione è il caso in cui il donatore, sopravvenuta la sua stessa infertilità, abbia necessità per sé dei gameti donati, purché alla data della

⁸⁶⁹ Lo stato psico-fisico deve soddisfare i requisiti di un protocollo obbligatorio per lo studio dei donatori, che include le loro caratteristiche fenotipiche e psicologiche, nonché le condizioni cliniche e le determinazioni analitiche necessarie a dimostrare, secondo lo stato delle conoscenze della scienza e della tecnologia esistente al momento della loro realizzazione, che i donatori non soffrono di malattie genetiche, malattie ereditarie o infettive trasmissibili alla prole.

⁸⁷⁰ Fermo restando che non può assumere la forma di un contratto a scopo di lucro o commerciale è previsto un compenso economico volto a risarcire il disagio fisico, le spese di viaggio ed i mancati introiti professionali che ne possono derivare.

⁸⁷¹ In linea generale, i figli hanno diritto di avere informazioni generali sui donatori ad esclusione della loro identità, fatte salve «circostanze straordinarie che comportino un comprovato pericolo per la vita del figlio, o quando ciò sia dovuto conformemente alle leggi di procedura penale, potrà essere rivelata l'identità del donatore, purché detta rivelazione sia indispensabile per evitare il pericolo o per ottenere il fine legale prefissato» (art. 5, comma 5).

⁸⁷² L'irrevocabilità del consenso è stata oggetto di accese critiche in quanto concernente un atto personalissimo ed è stata eccepita la stessa utilizzazione della parola "contratto" che ha per sua natura ad oggetto cose

revoca questi continuino ad essere disponibili e che egli rimborsi al centro i danni cagionati con la sua revoca (art. 5, comma 2).

In Francia la disciplina in tema di fecondazione eterologa è contenuta negli artt. L 2141-1 e ss. del *Code de la santé publique, Loi n° 2004-800 du 6 août 2004*, il quale prevede che la coppia unita in matrimonio o convivente da almeno due anni possa ricorrere alla donazione di gameti (in assenza di specificazione da parte del legislatore potrà trattarsi di oociti, spermatozoi) nei casi in cui la fecondazione assistita non potrebbe avere successo altrimenti, nonché nei casi in cui vi sia il rischio di trasmettere una malattia particolarmente grave al bambino. Non è, invece, possibile ricorrere alla fecondazione eterologa bilaterale.

Per quanto riguarda requisiti che devono possedere i donatori, è previsto che per la donazione di seme il donatore debba avere meno di quarantacinque anni, essere già padre di almeno un bambino, avere il consenso della moglie/convivente (comunque revocabile in qualsiasi momento) ed essere disponibile a effettuare tutte gli esami richiesti.

Per la donazione di ovociti si richiede, invece, che la donatrice abbia meno di trentasei anni, sia già madre di almeno un bambino e abbia il consenso del marito/convivente ancorché revocabile in qualsiasi momento. La donna ricevente deve invece avere al massimo quarant'anni.

Ciascun donatore non può generare più di dieci bambini col proprio seme.

Per quanto concerne la restante disciplina in tema di fecondazione eterologa essa è largamente comune per i due tipi di donazione (di gameti e di spermatozoi).

Innanzitutto si prevede che sia il seme sia gli ovociti possano essere impiegati per le tecniche di PMA solo dopo un periodo di osservazione di sei mesi.

La donazione deve essere poi anonima, gratuita e consensuale.

Per quanto riguarda il consenso, l'art. L. 1244-2 CSP prevede sia il consenso del donatore di spermatozoi (e di ovociti), sia quello dell'altro componente di una eventuale coppia.

Il consenso è prestato con scrittura privata registrata da un notaio o da un tribunale civile e può essere revocato in ogni momento anteriore al trattamento.

L'art. L. 1244-5 CSP stabilisce poi che la donazione debba essere preceduta da colloqui con il donatore e l'altro membro della coppia relativamente alle disposizioni di legge sulla filiazione in caso di donazione, sulla natura delle indagini cliniche preliminari e sulla conservazione dei dati sanitari del donatore. L'informazione e i colloqui sono svolti da un'*équipe* medica pluridisciplinare, comprendente anche uno psicologo ed uno psichiatra.

Dal momento che la paternità è presunta solo per le coppie sposate e il consenso alla PMA non è assimilato ad un riconoscimento prenatale di paternità, alcuni problemi si sono posti per le coppie di fatto, in relazione a uomini che avevano in un primo momento accettato di ricorrere alla PMA eterologa e

commerciabili, mentre gameti ed embrioni non possono essere considerati come oggetto di un negozio giuridico anche se a titolo gratuito.

successivamente avevano contestato la paternità del bambino⁸⁷³. La legge n. 2004-800, per risolvere la questione, ha così previsto all'art. 311-19 del codice civile, che «nessun legame di filiazione può essere stabilito tra il donatore ed il bambino nato dalla procreazione» e che il consenso prestato dalla coppia sterile vieta ogni azione in contestazione della paternità, legittima o naturale.

La fecondazione eterologa con donazione di ovociti non ha invece posto particolari problemi dal punto di vista giuridico, essendo stata assimilata alla fecondazione omologa⁸⁷⁴.

Corollario della gratuità della donazione è il principio dell'anonimato del donatore, che investe sia la sua identità, sia i “dati non identificativi” (informazioni concernenti la storia medica o genetica della famiglia del donatore, informazioni varie che il donatore abbia fornito in proposito).

Mentre per il figlio nato da PMA eterologa è impossibile conoscere l'identità del donatore, il principio dell'anonimato ha carattere solo relativo nei confronti del personale medico: in caso di necessità terapeutica, i medici possono avere accesso alle informazioni mediche non identificative (artt. L. 1241-6, comma 4 e L. 1244-6 del CSP).

Per quanto riguarda invece la donazione di embrioni, essa è subordinata all'effettuazione di un precedente trattamento di PMA da parte di un'altra coppia che abbia abbandonato il proprio progetto genitoriale o che abbia acconsentito alla donazione degli embrioni soprannumerari crioconservati (artt. L2141-4, L2141-5 e L2141-6).

In Germania la Legge sulla tutela dell'embrione del 1990, l'*Embryonenschutzgesetz*, non disciplina espressamente la procreazione di tipo eterologo, ma non oppone comunque alcun divieto a tale tipo di fecondazione, salvo il limite derivante dai divieti di ovodonazione⁸⁷⁵, di affitto d'utero (ossia di maternità surrogata o dissociata)⁸⁷⁶ e di fecondazione *post mortem* (art. 4, comma 1, n° 3).

Per quanto concerne la donazione di seme, la legge non contempla invece alcun divieto alla fecondazione con seme diverso da quello del marito o del convivente, purché la fecondazione sia effettuata *in vivo*, analogamente a quanto prevede l'ordinamento austriaco.

⁸⁷³ Cfr. TAORMINA, *Le droit de la famille à l'épreuve du progrès scientifique*, in *Recueil Dalloz*, 2006, p. 1071.

⁸⁷⁴ Per il diritto francese la madre del bambino è quella che ha partorito (art. 325, comma 2, codice civile) e il legame biologico non è un criterio atto a determinare il legame di filiazione. Da questo principio derivano gli ostacoli giuridici alla maternità surrogata che integra un reato, punito con una pena detentiva fino a tre anni ed una multa fino a 45.000 euro (art. L. 277-13 del codice penale).

⁸⁷⁵ Ai sensi del §1, comma 1, n. 1 della legge è punibile con la reclusione fino a tre anni o con multa chi effettua il trasferimento in una donna di un ovocita non fecondato proveniente da un'altra donna, chi provvede alla fecondazione artificiale di un ovocita ad un fine diverso da quello di provocare una gravidanza nella donna dalla quale l'ovocita proviene, chi preleva da una donna un embrione prima che sia concluso l'annidamento nell'utero al fine di trasferire tale embrione in un'altra donna o di utilizzarlo ad uno scopo non diretto alla sua sopravvivenza e chi effettua una fecondazione artificiale o trasferisce un embrione umano in una donna disposta a cedere dopo la nascita il figlio in via definitiva a terzi. È altresì punito chi, con mezzi artificiali, introduce uno spermatozoo umano in un'ovocellula umana per uno scopo diverso da quello di provocare la gravidanza nella donna dalla quale proviene l'ovocita (art. 1, comma 2, n° 2. La legge sanziona penalmente il medico per la sua prestazione, ma non la madre in affitto né le persone committenti. Non è invece sanzionabile penalmente la donazione di spermatozoi in quanto per la “paternità dissociata” non sussiste la stessa necessità di protezione penale avvertita per la maternità dissociata.

⁸⁷⁶ In ragione del fatto che la tutela del figlio impone una coerenza tra la maternità genetica, quella biologica e quella sociale.

Condizioni generali per l'accesso alla PMA sono soltanto il consenso dell'uomo che fornisce lo spermatozoo (§ 4, comma 1, nn. 1 e 2)⁸⁷⁷.

Residua qualche incertezza riguardo la revocabilità del consenso e non sembra escluso, ai sensi della legge, che il donatore possa decidere di negare, all'ultimo momento, il trasferimento dell'embrione già creato, ricorrendo alla propria libertà di autodeterminazione.

Va segnalato che la disciplina in tema di accesso alla PMA, sia quella della donazione dei gameti sono in parte state riformulate in seguito all'adozione della "Direttiva-modello sull'attuazione della riproduzione assistita"⁸⁷⁸ del 17 febbraio 2006.

A norma del par. 3.I.I di tale Direttiva in linea di principio, per ragioni che vengono espressamente ricollegate al benessere del bambino, i trattamenti di PMA sono riservati alle coppie sposate o stabilmente conviventi (per queste ultime, limitatamente a casi in cui il medico possa prevedere che l'uomo riconoscerà il bambino); in entrambi i casi di regola potrà essere usato solo il seme del marito o del *partner*.

Se la fecondazione deve essere in linea di massima omologa, l'eterologa può essere comunque eseguita qualora la prima sia fallita o non possa essere eseguita per motivi clinici (parr. 2.I.6, 2.I.7 e 5.3 della "Direttiva modello").

In particolare, la fecondazione eterologa con donazione di seme anche *in vitro* è indicata alla luce di gravi disturbi di fertilità dell'uomo, di un trattamento di un disturbo di fertilità dell'uomo che ha tentato la via della PMA omologa senza esiti positivi e dall'emergere di alte probabilità di rischio per il bambino di sviluppare una grave malattia genetica.

Il medico deve, per essere autorizzato a procedere con la fecondazione eterologa, anche in collaborazione con una banca del seme, assicurarsi che non vengano utilizzati spermatozoi misti ovvero di vari donatori, che siano stati effettuati determinati controlli medici sugli spermatozoi (tra cui un controllo HIV) e che non siano stati effettuate più di dieci gravidanze con il seme del donatore.

I genitori devono essere informati circa gli eventuali problemi psicosociali ed etici che tale tipo di fecondazione può comportare.

La consulenza deve pertanto estendersi allo sviluppo dei rapporti futuri ed alla questione di come spiegare nel futuro al bambino la propria origine genetica e si svolge nell'ambito di un colloquio con un medico che deve consigliare ai futuri genitori di avvalersi anche successivamente, ed a prescindere dalla cura o dall'intervento, di una consulenza e dell'assistenza medica o psicologica o psicoterapeutica.

Le informazioni e la consulenze fornite alla coppia, nonché il consenso di quest'ultima al trattamento, devono essere documentate e firmate sia dalla coppia sia dal medico che ha edotto la coppia. Rimane invece assolutamente vietata la donazione di oociti.

⁸⁷⁷ Ai sensi dell'art. 4, commi 1 e 2, «è punito con la reclusione fino a tre anni o con multa 1) chi effettua fecondazione artificiale di un ovocita senza il consenso della donna che ha fornito l'ovocita e dell'uomo il cui spermatozoo è stato utilizzato per la fecondazione 2) chi effettua il trasferimento di un embrione senza che questa abbia prestato il proprio consenso [...]».

⁸⁷⁸ Consultabile all'indirizzo <http://www.bundesaerztekammer.de>.

Nel Regno Unito l'*Human Fertilisation and Embrioly Act* del 1990, modificato più volte, da ultimo con la legge 1522/2007 (*The Human Fertilisation and Embriology – Quality and Safety – Regulation 2007*⁸⁷⁹), contiene, come si è visto, una normativa complessivamente liberale che consente sia donazione di seme, sia quella di ovociti, purché effettuata a titolo gratuito, senza distinguere le tecniche disponibili in base alla natura, omologa o eterologa, dei gameti utilizzati.

A testimonianza dell'orientamento liberale del modello inglese non vengono stabilite neppure restrizioni all'accesso alle tecniche in base all'orientamento sessuale o allo stato civile dei futuri pazienti, facendo sì quindi che possano diventare genitori anche donne *single*⁸⁸⁰ o coppie omosessuali.

Per quanto riguarda i requisiti dei donatori, nel caso dell'uomo si richiede solo che questi abbia un'età compresa tra i diciotto ed i cinquantacinque anni. Lo sperma proveniente da un singolo donatore può essere utilizzato per il trattamento di un massimo di dieci famiglie⁸⁸¹, ma questi può altresì stabilire un numero di utilizzi inferiore. È prescritto, inoltre, che lo sperma donato debba essere immediatamente congelato e sottoposto ai test per la presenza del virus dell'HIV.

Possono, invece, divenire ovodonatrici le donne di età compresa tra i diciotto ed i trentacinque anni, in seguito all'esecuzione di una serie di accertamenti medici e alla sottoscrizione di un modulo di consenso che può essere revocato in ogni momento prima dell'utilizzo degli ovuli stessi.

La fornitura di gameti dietro il pagamento di corrispettivo è punibile penalmente⁸⁸².

Per quanto concerne l'anonimato, va segnalato che le donazioni effettuate successivamente all'aprile 2005 non possono più essere anonime⁸⁸³; i nati a seguito di fecondazione eterologa al compimento del diciottesimo anno hanno, infatti, il diritto di chiedere all'*Authority* l'identità del proprio genitore biologico.

A loro volta è previsto che i donatori possano venire a conoscenza del numero, dell'età e del sesso dei bambini nati in seguito a donazione, ma non della loro identità. Essi vengono altresì informati ogniqualvolta un individuo nato in seguito alla loro donazione chieda informazioni identificanti.

⁸⁷⁹ In <http://www.legislation.gov.uk>.

⁸⁸⁰ Fino al 2008 non vigeva tanto un vero e proprio divieto per donne *single* di sottoporsi a tecniche di fecondazione artificiale per avere un bambino, quanto piuttosto l'obbligo per i sanitari, sancito dallo *Human Fertilisation and Embryology Act*, di tenere in considerazione, prima di effettuare l'intervento, la necessità di una figura paterna per il nascituro. E tanto bastava a rendere quasi impossibile a una donna priva di un compagno di diventare madre.

Dal 2008 in poi i medici inglesi non sono invece più tenuti a considerare la necessità di una figura paterna per il bambino, quanto quella di un "genitore supportante", formula volutamente generica che apre la strada della maternità alle coppie lesbiche per le quali in Inghilterra è preclusa la strada dell'adozione. La modifica della legge è stata votata a larga maggioranza.

⁸⁸¹ Si tratta di una modifica in senso estensivo introdotta dall'*Human Fertilisation and Embryology Act* del 2008, in sostituzione della precedente previsione di un massimo di "dieci bambini" contenuta nell'*Human Fertilisation and Embryology Act* del 1990.

⁸⁸² È possibile però ottenere un rimborso delle spese che sono state sostenute per la donazione (es. spese di trasporto e mancato guadagno). Inoltre una donna che intende sottoporsi a PMA può decidere di donare metà degli ovuli ottenuti durante un ciclo di trattamento e ottenere in cambio uno sconto sul prezzo del trattamento.

⁸⁸³ In precedenza, le donazioni potevano essere anonime ed i bambini nati in seguito alla donazione potevano ottenere solo informazioni non identificanti; al compimento dei sedici anni si poteva richiedere all'*Authority* se si fosse stati concepiti per mezzo di sperma donato e se si fosse parenti prossimi di un individuo con cui si aveva o si stava per avere un rapporto fisico intimo. Tuttavia già allora non esisteva l'obbligo dell'anonimato, come dimostrato dal fatto che i pazienti potevano anche scegliere di utilizzare i gameti di un donatore conosciuto.

Donatrice e destinataria non possono, invece, mai venire a contatto, né possono venire a conoscenza di dettagli l'una dell'altra.

Il venir meno dell'anonimato ha ridotto drasticamente il numero delle donazioni a partire dal 2005, anche se le liste d'attesa per la fecondazione eterologa rimangono talmente lunghe da indurre molte coppie inglesi a rivolgersi altrove.

Per quanto riguarda, in particolare, la donazione di spermatozoi, possono sorgere alcuni problemi relativamente alla paternità del figlio nato in seguito al trattamento per via dell'emergere di una separazione della paternità genetica da quella sociale.

A tal fine l'art. 28, comma 1, dello *Human Fertilisation and Embryology Act* ha dettato alcune regole per l'attribuzione di paternità del nascituro a seguito di PMA omologa ed eterologa.

È stato così introdotto un nuovo regime in base al quale se la donna che si sottopone al trattamento è coniugata, il marito della donna è riconosciuto come padre del bambino (a meno che egli non abbia rifiutato il proprio consenso al trattamento stesso) in funzione della presunzione di paternità dei figli nati entro il matrimonio. Tale disposizione è stata integrata, inoltre, dal *Family Law Reform Act*⁸⁸⁴ del 1987, che stabilisce la legittimità della filiazione derivante da inseminazione eterologa a meno di provare che il coniuge abbia negato il consenso alla procedura (art. 27.1).

Relativamente alle coppie di fatto, invece, la disciplina varia a seconda che la donna sia stata sottoposta al trattamento prima o dopo l'entrata in vigore della novella del 2008: nel primo caso il padre del bambino sarà il compagno della donna se la coppia si è presentata in clinica come tale, nel secondo, al pari di quanto richiesto per l'attribuzione di maternità, l'uomo dovrà fornire alla clinica responsabile il proprio consenso ad essere considerato padre di qualsiasi bambino che possa nascere dal ciclo di PMA al quale si è sottoposta la compagna; nessuno dei due componenti della coppia deve aver ritirato il proprio consenso⁸⁸⁵.

Per quanto concerne infine l'attribuzione di maternità, l'art. 27, comma 1 della citata normativa dispone che «una donna che ha, oppure ha avuto la gravidanza di un figlio a seguito della deposizione nel suo grembo di un embrione o di un seme ed ovociti, sarà considerata come la madre del bambino e nessun'altra donna sarà considerata tale».

In definitiva il divieto assoluto di PMA eterologa risulta nettamente minoritario nel panorama europeo ed in costante diminuzione, come è avvenuto nell'esperienza francese nel 2004.

A conclusione di questo breve rassegna comparativa, come ha sottolineato la sezione I della Corte Edu, nonché la Grande Camera, si evince come la donazione di oociti sia vietata oltre che in Germania, Austria e Svizzera anche in Norvegia e Croazia, mentre la donazione di seme sia consentita in Austria per la sola fecondazione *in vitro*. Solo Lituania e Turchia, oltre ad Italia vietano qualsiasi tipo di donazione di gameti.

⁸⁸⁴ Consultabile all'indirizzo <http://www.legislation.gov.uk>.

⁸⁸⁵ La legge non prevede alcuna condizione circa la natura del rapporto tra l'uomo e la donna; non vi è nulla, dunque, che impedisca ad una coppia di amici di diventare genitori del nascituro.

Dunque anche sotto questo profilo la legge *de qua* pone l'Italia in una posizione di totale isolamento nel panorama legislativo europeo, dove la maggioranza degli Stati consente la donazione dei gameti pur con diverse forme di regolamentazione e di accesso.

CONCLUSIONI

Quale futuro per la legge 40? Prospettive de iure condendo.

Nel corso del presente lavoro si è cercato di mettere in luce i tanti profili di incostituzionalità e irragionevolezza della legge n. 40/2004, concentrando l'attenzione, in particolare, sull'obbligo di un unico e contemporaneo impianto dei tre embrioni prodotti, sul divieto di diagnosi e selezione preimpianto, nonché su quello di donazione dei gameti.

Si è visto come molti punti rilevanti e controversi della legge coincidano con posizioni proprie della dottrina cattolica, che afferma da sempre la sacralità della vita umana a partire dal momento del concepimento, reclamando per il concepito una tutela assoluta e non bilanciabile.

Posto che ovviamente le Chiese sono libere di indirizzare i fedeli a conformare la loro condotta di vita ai propri precetti e questi lo siano di conformarla a questi ultimi, ciò che sorprende è che anche una legge dello Stato abbia fatto proprie queste concezioni dopo che, non solo il costume sociale, ma anche lo stesso ordinamento giuridico si sono discostati dall'insegnamento cattolico in merito a temi quali la dissolubilità del vincolo matrimoniale, la contraccezione, la famiglia di fatto, l'aborto, l'omosessualità, ecc.

Mentre nei decenni scorsi assumevano un ruolo di primo piano la tutela assoluta del processo riproduttivo e del concepito, in omaggio al principio della naturalità della procreazione, oggi prevale, invece, il principio della procreazione responsabile ed è altresì mutata la concezione della famiglia stessa dopo la riforma del diritto di famiglia del 1975; gli articoli del codice civile stabiliscono, infatti, il dovere di mantenere i figli da parte dei genitori, a prescindere dall'esistenza del vincolo coniugale, dell'orientamento sessuale degli stessi, nonché del modo in cui i figli sono stati procreati.

A ciò si aggiunga che la giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sentenza n. 27 del 1975, ha riconosciuto sì rilievo costituzionale al concepito, ma ha altresì subordinato quest'ultimo al rispetto dei diritti facenti capo alla donna, attuando così una forma di bilanciamento fra due beni costituzionalmente tutelati.

Con la legge n. 40/2004, che si caratterizza, come abbiamo visto, per la rigida delimitazione delle ipotesi nelle quali le pratiche di procreazione assistita risultano essere lecite, non ci è stato l'auspicato e atteso adeguamento al mutato clima sociale, ma anzi la stessa normativa presenta tuttora un elevato contenuto ideologico incompatibile con i principi propri di uno Stato laico e secolarizzato.

Il Parlamento è stato, infatti, incapace di offrire alla collettività una «normativa leggera, frutto di una mediazione alta fra le varie posizioni in campo, la quale avesse ben presente il senso dei propri limiti e

lasciasse al cittadino quanto attiene alla mutevole sfera dell'etica e ai suoi diritti costituzionali»⁸⁸⁶. Nei frequenti casi in cui un principio costituzionale entra in conflitto con altri principi di pari rango, come si è visto, il legislatore, nella misura in cui ha assegnato all'embrione una prevalenza assoluta sugli altri diritti costituzionali, fra cui in primo luogo quello della salute della donna, ha, infatti, gerarchizzato più che bilanciato i principi costituzionali in gioco, determinando tra l'altro un conflitto con la legge sull'interruzione della gravidanza e mortificando il principio di autodeterminazione del singolo, soprattutto nella scelta di diventare genitore.

Con la legge n. 40/2004 il legislatore sembra così aver approfittato della materia della procreazione medicalmente assistita per riaffermare una concezione paternalistica dello Stato, dopo i duri colpi subiti da quest'ultimo con i provvedimenti legislativi degli ultimi anni di stampo liberale in materia di diritto di famiglia, aborto e divorzio, disvelando al contempo quale scopo ultimo l'affermazione/imposizione di ben determinati valori morali, e non invece, come avrebbe invece dovuto, la volontà di stabilire regole dirette a garantire che le pratiche siano realizzate in modo tale da assicurare il maggior vantaggio possibile dei soggetti coinvolti.

Dietro le scelte del legislatore, si cela probabilmente la comprensibile preoccupazione di evitare che discipline troppo liberistiche aprano la strada a pratiche eugenetiche, che mettano a repentaglio la felicità e la crescita equilibrata del nascituro, ma ciò non toglie comunque che la legge si esponga a diverse, troppe censure, prima fra tutte la violazione del principio di laicità.

A tale riguardo si è detto che il legislatore non può scegliere di accogliere incondizionatamente una sola posizione morale, ma deve cercare un ragionevole bilanciamento tra i diversi valori in conflitto, pena la violazione, appunto, del principio di laicità, che impone allo Stato l'equidistanza rispetto ai diversi credo religiosi, in particolare alle diverse opzioni di coscienza.

Si è visto anche come tale principio annoveri tra i suoi corollari, in diritto penale, il principio di offensività, dal quale discende per il legislatore, tra l'altro, il divieto di fare ricorso alla pena in relazione a comportamenti che non aggrediscono un bene giuridico, al solo fine di imporre valori etici⁸⁸⁷.

Un modello di diritto penale consapevole del suo carattere sussidiario e ispirato al principio di laicità non può, infatti, tollerare l'incriminazione di fatti privi di dannosità sociale, che si limitano ad essere in contrasto con una determinata visione etica e religiosa della fecondazione. Il fatto che nell'ordinamento italiano la pena debba essere concepita come strumento non già di stigmatizzazione e mera riaffermazione di valori, bensì di tutela di beni giuridici, da utilizzare come *ultima ratio*, emerge dall'intero quadro costituzionale e dai principi che la Costituzione detta espressamente a proposito della funzione della pena (art. 27 comma 3 Cost.); d'altra parte, anche nell'ordinamento italiano, allorché eccezionalmente il costituente impone al legislatore obblighi espressi di incriminazione, lo fa sulla base di valutazioni

⁸⁸⁶ VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2004, p. 524

⁸⁸⁷ Sul principio di offensività si veda ampiamente MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 449 ss.

relative sia all'importanza del bene, sia alla idoneità e alla insostituibilità della pena quale strumento di tutela⁸⁸⁸.

L'insieme delle incoerenze ed irragionevolezza rilevate nella normativa oggi in vigore dovrebbe indurre il legislatore a porvi rimedio attraverso gli opportuni aggiustamenti, i quali, dopo aver smussato le maggiori asperità della legge n. 40/2004, contribuiscano a farle assumere un'impostazione più equilibrata, mantenendo al contempo alcune disposizioni della stessa che sono sicuramente condivisibili (come quelle che stabiliscono il divieto di clonazione umana, la surrogazione di maternità retribuita o, ancora, la commercializzazione di gameti o di embrioni).

Tuttavia, in assenza di una soluzione legislativa, oggi particolarmente urgente non solo per la tutela dei diritti fondamentali coinvolti, bensì anche alla luce del monito rivolto dal giudice sovranazionale, che sia in grado, secondo una visione laica e secolarizzata, di contemperare gli altri interessi di volta in volta confliggenti, rispettando i diversi principi costituzionali, fra cui quello di ragionevolezza, proporzione e non discriminazione, incombe sempre di più sui giudici, compresi quelli ordinari, il dovere di occuparsi di temi che riguardano estreme decisioni sulla vita o sulla morte, essendo questi ultimi «chiamati a mantenere, con le loro sentenze, equilibri costituzionali, che gli istituti della politica faticano a conservare, a colmare vuoti, di norme in cui rischia di sprofondare la stessa idea, e non solo la effettività, dello Stato di diritto»⁸⁸⁹.

In altre parole, in un'era di incertezza del diritto, se difettano o ritardano le tutele istituzionali, i magistrati sono chiamati a ricoprire il ruolo di difensori della Costituzione con l'annotazione che la loro funzione si esplica oggi all'interno di un sistema molto complesso che travalica l'ordinamento interno ed è caratterizzato dalla proclamazione di cataloghi di diritti fondamentali dell'uomo e da un tutela multilivello degli stessi con importanti implicazioni in punto di evoluzione dei rapporti tra Corte europea, Corte costituzionale e giudici comuni.

Se in molti Paesi europei (Germania e Svizzera *in primis*) si registrano mutamenti di prospettiva sul tema del PMA, anche in Italia, se molte cose sono finalmente cambiate in questi dieci anni, lo si deve al ruolo attivo avuto dalla giurisprudenza, la quale, di fronte ad un legislatore ideologico e contraddittorio ha operato quegli interventi adeguatori, che un tempo erano richiesti unicamente alla Corte costituzionale, senza però alcuna pretesa di sostituirsi a quest'ultima.

Dal 10 marzo 2004, data in cui è entrata in vigore la legge 19 febbraio 2004 n. 40 recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita», la giurisprudenza, anche se con qualche incertezza iniziale⁸⁹⁰, ha così messo in atto un'opera di progressivo smantellamento del suo impianto normativo, andando a smussare ed affievolire molti dei suoi numerosi profili di irragionevolezza e riuscendo a

⁸⁸⁸ Ne segue che il legislatore italiano, in assenza di obblighi costituzionali espressi di incriminazione, non può ritenersi vincolato dalla sola importanza del bene in gioco e tutelarlo col mezzo della pena: spetta sempre al legislatore scegliere il tipo di tutela, riservando alla pena il ruolo di *extrema ratio*.

⁸⁸⁹ MANZELLA, *La qualità della magistratura*, in *La Repubblica*, 18 novembre 2008, p. 20.

⁸⁹⁰ Si vedano le pronunce dei Tribunale di Catania e di Roma rispettivamente del 2004 e del 2005.

trovare soluzioni equilibrate in linea con i dettami della Costituzione nell'ambito del bilanciamento dei diritti, già in passato affermato dalla Corte costituzionale

I giudici si sono impegnati, ovviamente, ad interpretare la legge secondo il suo tenore letterale e in modo sistematico, superandone le contraddizioni, più che a cambiarne l'impostazione: sono infatti sorti problemi interpretativi relativi a conflitti tra alcuni articoli o commi contrapposti, nonché dubbi incentrati sull'applicazione concreta della legge e sui rischi incombenti sulla salute della donna nell'accesso alle tecniche di PMA.

In particolare, con la sentenza n. 151/2009 il giudice costituzionale italiano ha mostrato coraggio nell'intervenire su un punto centrale della legge, quale quello relativo all'obbligo di produzione di un numero di embrioni non superiore a tre e al contestuale divieto di crioconservazione. Egli ha così corretto un aspetto della legge in grado di imprimerle il connotato, apparentemente indelebile, di vera e propria "legge a tutela dell'embrione", affermando per la prima volta che la tutela dell'embrione non è assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento tra la tutela delle esigenze della procreazione e il diritto alla salute della donna, sotto il profilo sia fisico, sia psichico, fermo restando il rispetto del limite che le acquisizioni scientifiche pongono alla discrezionalità legislativa.

Per quanto riguarda specificatamente la questione del divieto di fecondazione eterologa, che ancora permane nel momento in cui si scrive, ammesso che la Corte costituzionale intervenga nel senso auspicato, ossia rimuovendolo, essa potrebbe essere ammessa, ad esempio, mediante lo strumento delle norme facoltizzanti (o permissive). L'utilizzo di questo strumento consentirebbe, infatti, al legislatore di non sacrificare nessuna delle contrastanti concezioni del bene giuridico, visto che «ciascuno sarebbe libero di comportarsi in base a quella che ritiene preferibile, e risulterebbe tutto sommato coerente con il concetto rawlsiano di neutralità»⁸⁹¹.

È però indispensabile che il legislatore detti all'uopo una disciplina precisa e analitica che regoli i rapporti fra i genitori legali e il genitore che ha fornito il gamete maschile o femminile utilizzato in luogo di quello di uno dei componenti della coppia, che eviti ogni forma di commercializzazione dei gameti e garantisca l'anonimato e la segretezza (quantomeno esterna) del donatore, nonché che assicuri certezze in ordine alla sanità e alle caratteristiche del gamete eterologo. Data l'importanza dei valori in gioco è chiaro che ogni infrazione di tali regole dovrà essere sanzionata penalmente.

Il profilo di incostituzionalità proprio del divieto di fecondazione eterologa è stato recentemente rafforzato dal ragionamento del giudice europeo sotto diversi punti di vista: spetterà ora al giudice costituzionale, in base ai principi contenuti nella sua giurisprudenza, verificare fino in fondo l'assimilazione delle due legislazioni, quella italiana e quella austriaca, per accertare l'effettiva applicazione dei principi della decisione europea anche in Italia, superando il *dictum* della Grande Camera.

⁸⁹¹ DI COSIMO, *Quando il legislatore predilige un punto di vista etico/religioso: il caso del divieto di donazione dei gameti*, cit.

Assai più problematico sarà, invece, decidere se spingersi ancora oltre sulla strada della legittimazione, ossia se ammettere o meno alle pratiche di PMA anche coppie non stabili, persone *single* o coppie omosessuali o, ancora, se riconoscere forme complesse di procreazione assistita quale l'utero in affitto, ma come già detto non costituisce compito specifico del penalista suggerire soluzioni di merito.

Infine, il legislatore è chiamato a intervenire al più presto anche sul delicato aspetto concernente l'accesso al trattamento di procreazione medicalmente assistita con diagnosi genetica preimpianto da parte delle coppie fertili ma portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili al nascituro, poiché ad oggi la soluzione rimane affidata alla personale valutazione del singolo giudice di merito, ossia ad una soluzione di carattere necessariamente casistico, in quanto, come visto, l'intervento del giudice delle leggi non sarebbe in grado di pervenire ad una soluzione altrettanto soddisfacente rispetto allo specifico motivo di irragionevolezza segnalato e altrettanto rispettosa delle indicazioni provenienti dalla Corte Edu. Il legislatore potrebbe inserire fra le finalità del ricorso alle tecniche di PMA anche la finalità di impedire la trasmissione di malattie genetiche al nascituro e non solo più la finalità di rimuovere le cause impeditive della procreazione.

Ciò che è certo è che dopo la sentenza della Corte costituzionale del 2009 e quella della Corte europea del 2012, che, come si è visto, si pongono in un rapporto di stretta continuità sotto il profilo dell'interesse che hanno riconosciuto e tutelato, ossia le esigenze procreative della coppia, che vengono ad assumere un ruolo primario nel bilanciamento con altri diritti pur fondamentali in stretto collegamento con un altro diritto fondamentale, ossia la tutela della salute, il legislatore non potrà non tenere conto di tale diritto, che niente ha a che vedere con un supposto diritto ad avere un figlio sano.

BIBLIOGRAFIA:

- ACIERNO M., *Essere genitori responsabili è un diritto*, in *Questione giustizia*, 2004, p. 983.
- ALESSO I., *Il consenso informato dopo la pronuncia della Consulta*, in D'AMICO M., PELLIZZONE I. (a cura di), *I diritti delle coppie infertili*, Milano, 2010, p. 186.
- AMATO G., *Valori in conflitto e ruolo della politica*, in *Notizie di Politeia*, 2005, p. 185.
- AMATO S., *Una sentenza in chiaroscuro*, in D'AMICO, PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili*, Milano, 2010, p. 207.
- ARIÈS P., *Padri e figli nell'Europa medioevale e moderna*, ed. it., Bari, 1981.
- ARNOLD, *Questioni giuridiche in merito alla fecondazione artificiale nel diritto tedesco*, in CASONATO, FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Trento, 2006, p. 37 ss.
- ASTIGGIANO F., *Evoluzione delle problematiche relative all'analisi preimpianto dell'embrione e nuove linee guida ministeriali*, in *Famiglia e diritto*, 2008, p. 725.
- AULETTA T., *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadr.*, 1986, p. 54.
- AZZONE G., BARBIERI M., BRESSAN G.M., CARINC P., COSSU G., FLAMIGNI C., FORABOSCO A., LEVI-MONTALCINI R., LUZZATTO L., MOLINARO M., MOTTA P., REDI C., SIRACUSA G., STEFANINI M., VERONESI U., VOLPIN D., *Embrioni e ricerca*, in <http://www.staminali.aduc.it>, 4 marzo 2001.
- BADINTER E., *L'amore in più. Storia dell'amore materno*, ed. it., Milano, 1981.
- BALDINI G., *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione per valori: alla ricerca di un bilanciamento tra istanze di libertà e istanze di giustizia*, in ID (a cura di), *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, Torino, 2004, p. 125 ss.
- BALDINI G., *Il caso Cagliari: aperta la prima breccia alla legge 2004 n. 40, sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 798.
- BALDINI G., *Procreazione assistita: legittimità della diagnosi preimpianto e crioconservazione. Tribunale Firenze, ordinanza 17.12.2007*, 2008, in <http://www.altalex>, 17 gennaio 2008.
- BALDINI G., *Diritti della persona e procreazione assistita. Relazione tra sistema CEDU, ordinamento comunitario e ordinamento interno prima e dopo la ratifica del trattato di Lisbona*, in *Nascere e morire: quanto decido io*, Firenze, 2011, p. 139 ss.
- BALDINI G., *Procreazione assistita "eterologa" e diritti della persona tra principi costituzionali e pronunce della Corte EDU*, in <http://www.dirittifondamentali.it>, 8 maggio 2012.
- BALDINI G., *Diritti della persona e procreazione artificiale. Relazioni tra "sistema CEDU", ordinamento comunitario e ordinamento interno. Riflessioni su valore e portata delle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'uomo prima e dopo la ratifica del Trattato di Lisbona*, in D'AMICO, LIBERALI (a cura di), *Il divieto di donazione di gameti. Fra Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Franco Angeli, 2012, p. 85 ss.

BALESTRA L., *La tutela del nascituro nella legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in CAMASSA E., CASONATO C. (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Trento, 2005, p. 69.

BALLARANI G., *Procreazione medicalmente assistita e diagnosi pre-impianto: una sentenza contraria alla ragione della legge, ma conforme alla legge della ragione?*, in *Giust. civ.*, 2008, p. 228.

BANCHETTI S., *Procreazione medicalmente assistita, diagnosi preimpianto e (fantasmi dell') eugenetica*, in *Ragiusan*, 2007, n. 271-272, p. 288.

BARELA V., *La regolamentazione delle strutture autorizzate e la disciplina dei divieti e della sanzioni*, in STANZIONE P., SCIALNCALEPORE G. (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 32.

BARTOLETTI D., MARENGHI F., VALLINI A., *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita (l. 19.2.2004, n. 40)*, in *Legisl. pen.*, 2005, p. 11.

BARTOLI R., *La totale irrazionalità di un divieto assoluto. Considerazioni a margine del divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 90.

BARTOLINI R., *La procreazione assistita è legge*, in *Guida al diritto*, 2004, p. 14.

BEDUSCHI L., COLELLA A., *La Corte Edu salva (per ora) la legislazione austriaca in materia di procreazione medicalmente assistita*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 7 novembre 2011.

BELLINA M., *Il divieto di diagnosi preimpianto: profili penali*, in *Famiglia e diritto*, 2007, p. 1156.

BENVENISTI E., *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*, in *Journal of International Law and Politics*, 1999, p. 843 ss.

BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, p. 44.

BIN R., *Sussidiarietà, privacy e libertà della scienza: profili costituzionali della procreazione assistita*, in CAMASSA E., CASONATO C. (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Trento, 2005, p. 42.

BIN R., BRUNELLI G., GUAZZAROTTI A., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Atti dei seminari preventivi ferraresi *Amicus Curiae*, 18 aprile 2008, Torino 2008.

BOMPIANI A., BENEDETTI PANIGI P., COSMI E.V., DALLAPICCOLA B., FAZIO V., MANCUSO S., MOSCARINI M., PICCIONE E., ARDUNI N., NOIA G., BENAGIANO G., PIRONE G., *L'embrione come paziente*, in <http://www.staminali.aduc.it>, 2 febbraio 2002.

BONCINELLI E., *Dallo zigote all'embrione*, in *Notizie di Politeia*, 2005, p. 30.

BONCINELLI E., *L'etica della vita. Siamo uomini o embrioni?*, Milano, 2008, p. 145.

BONGIORNO G., *Interrogativi sugli illeciti puniti dalla legge n. 40 del 2004*, in CELOTTO A., ZANON N. (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Ai margini di una legge controversa*, Milano, 2004, p. 82.

BOSCHIERO N., *L'intervento della Consulta sulla legge 40 del 2004: considerazioni introduttive*, in D'AMICO M., PELLIZZONE I. (a cura di), *I diritti delle coppie infertili*, Milano, 2010, p. 132 s.

BRUNELLI G., *L'illegittimità derivata di norme analoghe come tecnica di tutela dei diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3644.

BUCCELLI, *La tutela dell'embrione nella legge 40/2004 (e correlato d.m. 21 luglio 2004)*, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 15.

BUSNELLI F.D., *Lo statuto del concepito*, in *Dem. e dir.*, 1988, p. 219 ss.

BUSNELLI F.D., *Libertà di coscienza etica e limiti della norma giuridica: L'ipotesi della procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2003, p. 263.

BUZZI F., TASSI G., *La procreazione medicalmente assistita. Normativa, giurisprudenza, e aspetti medico legali*, Giuffrè, 2011.

CAMPIGLIO C., *Procreazione assistita: regole italiane e internazionali a confronto*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2004, p. 532.

CAMPIGLIO C., *Il divieto di fecondazione eterologa all'esame della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, vol. 4, n.3.

CAMPIGLIO C., *La procreazione medicalmente assistita nel quadro internazionale e transnazionale*, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P., (a cura di) *Il governo del corpo*, volume del *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ S., ZATTI P., Milano, 2011, tomo II, p. 1479 ss.

CANESTRARI S., *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico tra valori ideali e opzioni ideologiche*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 1091.

CANESTRARI S., *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 416.

CANESTRARI S., *Legge 40: procreazione e punizione*, in CAMASSA E., CASONATO C. (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Trento, 2005, p. 74.

CANESTRARI S., *La disciplina della procreazione medicalmente assistita (L. 19-2-2004, N. 40)*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la vita e l'incolumità personale*, a cura di CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., Torino, 2008, p. 624 s.

CANESTRARI S., *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, Torino, 2012.

CANOVA L., *Possibili evoluzioni psicopatologiche nei bambini nati con la procreazione artificiale*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2001, p. 669 ss.

CARDONE A., *Dalla conoscenza delle prassi medico-scientifiche un aiuto all'interpretazione dei provvedimenti*, in *Guida al diritto - Il Sole 24 Ore*, 2004, p. 21.

CARDONE A., *Fecondazione assistita: se ci sono anomalie possibile rifiutare l'impianto dell'embrione*, in *Guida al diritto - Il Sole 24 Ore*, 2004, p. 14.

CARUSI D., *Non solo procreazione medicalmente assistita: il principio di pari dignità e la Costituzione minacciata*, in *Pol. dir.*, 2007, p. 414.

CARUSO G., *Al vaglio della Corte costituzionale l'obbligo di impiantare solo tre embrioni*, in *Guida al diritto*, 2008, p. 60 ss.

CASABURI G., *In tema di procreazione medica assistita*, in *Foro it.*, 2004, p. 3497.

CASABURI G., *Ancora sulla legge 40/2004: divieto di crioconservazione degli ovociti fecondati*, in *Corr. merito*, 2005, p. 529.

CASABURI G., *Procreazione assistita: il Tribunale di Cagliari dà luce verde alla diagnosi preimpianto*, in *Corr. merito*, 2008, p. 313 ss.

CASABURI G., *Il restyling giurisprudenziale della l. n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. mer.*, 2009, p. 3002.

CASINI C., *Riflessioni sulla legge imperfetta: il caso della procreazione artificiale in Italia*, in *Medicina e morale*, LIII, 2003, n. 2, p. 227 ss.

CASINI C., CASINI M., DI PIETRO M. L., *La legge sulla procreazione medicalmente assistita. "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*. Commentario, Torino, 2004, p. 491.

CASINI C., *Essere umano o cosa? Problema laico*, in *Notizie di Politeia*, 2005, p. 17.

CASINI C., CASINI M., *Un significativo consolidamento della legge n. 40 del 2004*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3837.

CASINI M., *L'opposizione globale alla legge n. 40 e le lacune della sentenza cagliaritana: i diritti del concepito e le modalità esecutive della diagnosi genetica preimpianto*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2008, p. 290 s.

CASINI M., *Il tribunale di Cagliari dichiara la legittimità dell'indagine preimpianto nella PMA, privilegiando il diritto della madre alla piena informativa sull'atto sanitario*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2008, p. 280.

CASINI M., *La sentenza costituzionale 151/2009: un ingiusto intervento demolitorio della legge 40/2004*, in *Diritto di famiglia*, 2009, p. 1033.

CASINI M., *La dimenticanza del diritto alla famiglia del figlio concepito con le tecniche di Pma sotto il profilo dell'unitarietà delle figure genitoriali*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2011, p. 73.

CASINI M., *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ed il superamento della c.d. teoria del preembrione*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2012, p. 38.

CASSANI C., *La diagnosi genetica preimpianto e la sua rilevanza penale*, in *Ind. pen.*, 2009, p. 87 ss.

CASSANI C., *Procreazione medicalmente assistita*, in SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, II, Milano, 2009, p. 3713.

CASSANO G., *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, Milano, 2002, p. 2 ss.

CASTELLANETA M., *La Grande camera della Cedu inverte la rotta: legittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in *Guida al diritto*, 2011, 46, p. 17.

CATALANO S., *Ragionevolezza del divieto di procreazione assistita eterologa, tra ordinamento italiano e CEDU*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>, 2 luglio 2010.

CELOTTO A., *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione*, in CELOTTO A., ZANON N. (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Ai margini di una legge controversa*, Milano, 2004, p. 60.

CELOTTO A., *La Corte costituzionale «decide di non decidere» sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3846.

CHIAVACCI E., *Problemi morali delle manipolazioni dell'uomo*, in AA.VV., *Medicina e morale, orizzonte medico*, Roma, 1970, III, p. 60.

CHIEFFI L., *Ricerca scientifica e tutela della persona*, Napoli, 1993.

CHIEFFI L., *La diagnosi genetica nelle pratiche di fecondazione assistita: alla ricerca del giusto punto di equilibrio tra le ragioni all'impianto dell'embrione e quelle della donna ad avviare una maternità cosciente e responsabile*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 4714.

CIERVO A., *Legislatori irragionevoli e giudici senza cuore. L'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita tra giurisprudenza e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 3669.

CILIBERTI A., BONSIGNORE L., DE STEFANO F., *La procreazione assistita al vaglio della prassi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 533.

COLELLA A., *Un importante pronuncia della Corte europea in tema di bilanciamento tra diritti della donna e tutela della donna, Nota a Corte eur. dir. uomo, sent. 16 dicembre 2010, A, B, C, c. Irlanda*, in <http://www.penalcontemporaneo.it>, 10 gennaio 2011.

COLOMBO R., *L'inizio dell'esistenza? È l'atto della fecondazione*, in *Notizie di Politeia*, 2005, p. 147.

COLUCCI C., *Figli di un Dio minore? Riflessioni sull'omogenitorialità*, in *Bioetica*, 2010, p. 544.

CONDIC M.L., *When does human life begin? A scientific perspective*, 2008, reperibile all'indirizzo <http://westchesterinstitute.net>.

CONSORTE F., *La procreazione medicalmente assistita: legge 19 febbraio 2004, n. 40*, in CANESTRARI (a cura di), *I reati contro la persona*, vol. I, *I reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Milano, 2006, p. 215.

COSTANTINI P., *Il caso Catania: una lotta per il diritto*, in *Bioetica*, 2004, 2, p. 281.

COSTANTINI P., *Diritto alla decisione nella vita familiare nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e i risvolti in Italia*, in D'AMICO M., LIBERALI B., (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Franco Angeli, 2012, p. 146 ss.

D'AGOSTINO F., *Bioetica della riproduzione umana: dibattiti attuali*, in *Notizie di Politeia*, 2005, p. 77.

D'AGUANNO T., voce *Legge penale (interpretazione della)*, *Digesto discipline penalistiche*, Agg., vol. II, Torino, 2004, p. 537

D'ALOIA A., *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, in ID (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, p. XX.

D'AMICO M., *Riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice? (in margine alla prima decisione sulla l. n. 40 del 2004)*, in CELOTTO A., ZANON N.(a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Milano, 2004, p. 48 ss.

D'AMICO M., *Ha ancora senso ritenere esistente il referendum abrogativo totale? Brevi note a margine della sentenza n. 45 del 2005*, in *Notizie di Politeia*, 2005, p. 66.

D'AMICO M., *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3859.

D'AMICO M., *Il divieto di diagnosi preimpianto tra Corte costituzionale e giudici comuni: sul problema della sentenza di Cagliari*, in *Bioetica*, 2007, p. 147 ss.

D'AMICO M., *I diritti contesi*, Milano, 2008, p. 46.

D'AMICO M., *La decisione della Corte costituzionale fra aspettative di principio e ricadute pratiche*, in D'AMICO, PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili*, Milano, 2010, p. 217.

D'AMICO M., *Sull'incostituzionalità del divieto di "fecondazione eterologa" fra principi costituzionali ed europei* in D'AMICO M., LIBERALI B. (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Franco Angeli, 2012, p. 21 ss.

D'ANGELI F., *Il fenomeno delle convivenze omosessuali: quale tutela giuridica?*, in *Quaderni della Riv. dir. civ.*, 2003, p. 1 ss.

D'ARONZO G., *Il processo costituzionale, la ragionevolezza e l'illegittimità consequenziali: note a margine della sentenza n. 432 del 2005*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 2253.

D'AVACK L., *L'ordinanza di Catania: una decisione motivata attraverso una lettura testuale della l. n. 40 del 2004*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2005, p. 549.

D'AVACK L., *L'evasiva ordinanza n. 369 della Corte cost., del 9 novembre 2006 in merito alla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2007, p. 27.

D'AVACK L., *Il Tribunale di Cagliari dichiara la legittimità dell'indagine preimpianto nella PMA, privilegiando il diritto della madre alla piena informativa sull'atto sanitario*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2008, p. 280.

D'AVACK L., *Sulla procreazione medicalmente assistita eterologa: il tribunale di Firenze e quello di Catania rinviando la questione alla Corte costituzionale*, in *Diritto di famiglia*, 2011, p. 40.

DE CUPIS A., *L'aborto di donna coniugata*, in *Giur. it.*, I, 1, c. 1073 ss.

DEFANTI C.A., *Lo statuto ontologico dell'embrione e l'argomento di Severino*, in *Notizie di Politeia*, 2005, p. 91.

DELLA BELLA S., *Procreazione medicalmente assistita: prime note sulla legge della discordia*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 1248.

DELLA BELLA S., *La diagnosi genetica preimpianto e i profili di incostituzionalità della legge sulla procreazione assistita*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2006, p. 35 ss.

DELLA ROCCA, *Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2005, p. 5.

DELL'UTRI M., *La fecondazione eterologa nel sistema dei diritti fondamentali*, in *Giur. mer.*, 2011, p. 381.

DI CAPUA V., *Il divieto di diagnosi pre-impianto nel procedimento di fecondazione assistita al vaglio critico di un'innovativa giurisprudenza (Nota ad Ordinanza Tribunale di Firenze 17 dicembre 2007)*, in *Bioetica*, 2008, p. 307.

DI COSIMO G., *Quando il legislatore predilige un punto di vista etico/religioso: il caso del divieto di donazione dei gameti*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 17 ottobre 2013.

DI PIETRO M.L., *Quale statuto per l'embrione umano? In margine di una sentenza della corte dello stato del Tennessee*, in *Diritto di famiglia*, 1990, p. 858.

DI PIETRO M.L., SGRECCIA E., *Procreazione assistita e fecondazione artificiale tra scienza, bioetica, e diritto*, Brescia, 1999, p. 150.

DODARO A., *Procreazione assistita e questione di legittimità costituzionale*, in *Giur. merito*, 2008, p. 1144.

DOGLIOTTI M., *Le "Linee guida" del Ministero della salute sulla procreazione assistita*, in *Guida al diritto*, 2004, 40, p. 14 ss.

DOGLIOTTI M., *Una prima pronuncia sulla procreazione assistita*, in *Famiglia e diritto*, 2004, p. 385.

DOGLIOTTI M., *La legge sulla procreazione assistita: problemi vecchi e nuovi*, in *Famiglia e diritto*, 2004, p. 119.

DOGLIOTTI M., FIGONE A., *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, Milano, 2004, p. 416 ss.

DOGLIOTTI M., *Diagnosi preimpianto, accertamento dello stato di salute dell'embrione e diritti della persona*, in *Famiglia e diritto*, 2007, p. 1148.

DOGLIOTTI M., *Procreazione assistita: le Linee guida 2008*, in *Famiglia e diritto*, 2008, p. 751.

DOLCINI E., *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, 1985, p. 371 ss.

DOLCINI E., *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 440 ss.

DOLCINI E., *Procreazione assistita: un provvisorio bilancio, un anno dopo la legge 40/2004*, in *Corr. mer.*, 2005, p. 553 ss.

DOLCINI, *Su alcuni effetti dannosi della legge 40/2004*, in *Bioetica*, 2005, p. 48 ss.

DOLCINI E., *La legge 40/2004: costi o benefici?*, in *Bioetica*, 2006, p. 625.

DOLCINI E., *La legge sulla procreazione assistita: quali prospettive dopo il referendum del 12 giugno 2005?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 104.

DOLCINI E., *La legge n. 40 del 2004: alla prova dei fatti, un efficace strumento di lotta contro la procreazione assistita*, in *Corr. merito*, 2007, 12, p. 1427.

DOLCINI E., *Nessun divieto per la ricerca su cellule staminali embrionali importate dall'estero*, in *Notizie di Politeia*, 2007, p. 210.

DOLCINI E., *Fecondazione assistita e diritto penale*, Giuffrè, 2008.

DOLCINI, *Fecondazione assistita: è proficuo il dialogo tra biologi e giuristi*, in *Notizie di Politeia*, 2008, p. 123.

DOLCINI E., *Embrioni nel numero "strettamente necessario": il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 953.

- DOLCINI E., *Laicità, sana laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1017 ss.
- DOLCINI E., *Responsabilità del medico e reati in materia di procreazione assistita. Ambiguità e rigori della legge n. 40 del 2004*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 36 ss.
- DOLCINI, *La fecondazione assistita tra prassi medica e svolte giurisprudenziali*, in *Corr. mer.*, 2009, p. 5 ss.
- DOLCINI E., *Da quale pulpito... Laicità, "sana laicità" e diritto penale*, in D'ORAZIO E. (a cura di), *La laicità vista dai laici*, Università Bocconi Editore, 2009, p. 175.
- DOLCINI E., *Strasburgo-Firenze-Roma: il divieto di fecondazione eterologa si avvia al capolinea?*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 21 ottobre 2012.
- DOLCINI E., *La lunga marcia della fecondazione assistita. La legge 40/2004 tra Corte Costituzionale, Corte Edu e giudice ordinario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 428.
- DOLCINI E., *Stretto d'assedio il divieto di fecondazione assistita di tipo eterologo*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 14 febbraio 2011.
- DOLCINI E., *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P., (a cura di) *Il governo del corpo*, volume del *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ S., ZATTI P., Milano, 2011, tomo II, p. 1575 ss.
- DOLCINI, *Il punto sulla procreazione assistita: in particolare il problema della fecondazione eterologa*, in *Corr. mer.*, 2013, p. 5.
- DOLCINI E., *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello Stato: da sempre un rapporto difficile*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 27 novembre 2013.
- DOLCINI E., *La fecondazione assistita "eterologa". Una questione aperta*, in POGGI F. (a cura di), *Diritto e bioetica. Le questioni fondamentali*, Carrocci editore, 2013, p. 15.
- DONATI F., MILAZZO P., *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in <http://www.rivistaaic.it>.
- EUSEBI L., *La tutela penale della vita prenatale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 1052.
- EUSEBI L., *Un'ipotesi legislativa per la tutela dell'embrione umano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 764.
- EUSEBI L., *La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico?*, in *Legisl. pen.*, 2005, p. 357.
- EUSEBI, *La tavola rotonda- Fecondazione a precoce: Fecondazione assistita e tecniche riproduttive: quali valori in campo (e quali prospettive) dietro la scelta di regolare "per legge" il processo procreativo? – La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico?*, in *Legisl. pen.*, 2005, p. 357.
- FATTIBENE R., IADICCO M.P., *L'aborto nella giurisprudenza costituzionale*, in <http://www.unibioetica.it>.
- FERRANDO G., *Il "caso Cremona": autonomia e responsabilità nella procreazione*, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, c. 995.
- FERRANDO G., *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, p. 278.

FERRANDO G., *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 810 ss.

FERRANDO G., *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 810 ss.

FERRANDO G., *Come cambiare una legge ingiusta*, in *Notizie di Politeia*, 2005, p. 51.

FERRANDO G., *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, in *Bioetica*, 2009, p. 717.

FERRANDO G., *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa nuovi equilibri*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1216.

FIANDACA G., *La tavola rotonda – Fecondazione assistita e tecniche riproduttive: quali valori in campo (e quali prospettive) dietro la scelta di regolare “per legge” il processo procreativo? – Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, in *Legisl. pen.*, 2005, p. 339.

FIANDACA G., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 546.

FIGONE A., *La Corte Costituzionale interviene in tema di diagnosi preimpianto sull'embrione*, in *Famiglia e diritto*, 2007, p. 545.

FIGONE A., *Illegittimo il divieto di indagini preimpianto sull'embrione?*, in *Famiglia e diritto*, 2008, p. 499.

FINOCCHIARO M., *Dopo il consenso impossibile disconoscere la prole*, in *Guida al diritto - Il Sole 24 Ore*, 2004, p. 36.

FIORILLO M., *Il referendum abrogativo fra giustizia costituzionale e mass media*, in ANIS (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, Milano, 2005, p. 357.

FLAMIGNI C., *La procreazione assistita*, Bologna, 1998, p. 108.

FLAMIGNI C., *Lo statuto dell'embrione tra giudizi morali e sviluppo tecnologico*, in FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficile equilibri*, Genova, 2001.

FLAMIGNI C., *Appunti sulle tecniche di procreazione assistita*, in SANTOSUOSSO A. (a cura di), *Le tecniche della biologia e gli arnesi del diritto*, Pavia, 2003, p. 138

FLAMIGNI C., *Sulla «legge cattolica» per la fecondazione assistita in Italia*, in *Bioetica*, 2003, p. 733.

FLAMIGNI C., *Il processo biologico della fecondazione. Analisi della possibilità di congelare ootidi*, in <http://www.carloflamigni.com>, 8 maggio 2004.

FLAMIGNI C., *Fecondazione assistita e momento del concepimento*, in <http://www.carloflamigni.com>, 18 dicembre 2004.

FLAMIGNI C., *La disciplina della procreazione assistita: alcune questioni aperte*, in *Quest. giur.*, 2004, p. 85.

FLAMIGNI C., *Fecondazione assistita e momento del concepimento*, in CELOTTO A., ZANON N. (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Milano, 2004, p. 11.

FLAMIGNI C., *I limiti alla legge e le inascoltate proposte di mediazione. Commento alla l. 19 febbraio 2004, n. 40 in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *I diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2004, p. 63 ss.

FLAMIGNI C., MORI M., *La legge sulla procreazione medicalmente assistita. Paradigmi a confronto*, Milano, 2005, p. 60.

FLAMIGNI C., *Chi ha paura dell'embrione*, in *Notizie di Politeia*, 2005, p. 145.

FLAMIGNI C., BORINI A., COTICCHIO C., *Il parere della comunità scientifica internazionale sulla legge italiana sulla pma*, in <http://www.carloflamigni.com>, 2005.

FLAMIGNI C., *Cilicio e martello*, in <http://www.carloflamigni.com>, luglio 2007.

FLAMIGNI C., *Indagini genetiche pre-impiantatorie*, consultabile all'indirizzo <http://www.carloflamigni.com>, 2007.

FLAMIGNI C., *Le tappe dell'evoluzione biologica*, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P., (a cura di) *Il governo del corpo*, volume del *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ S., ZATTI P., Milano, 2011, tomo II, p. 1281 ss.

FLAMIGNI C., *Il secondo libro della sterilità. La fecondazione assistita*, Utet, 2008, p. 481.

FLAMIGNI C., *Introduzione*, in DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Giuffrè, 2008, p. 7 s.

FLAMIGNI C., *Vietato per credere*, in *Notizie di Politeia*, 2008, p. 102.

FLAMIGNI C., *La procreazione assistita. Fertilità e sterilità tra medicina e considerazioni bioetiche*, 2° ed., Bologna, 2011.

FLAMIGNI C., *La fecondazione extra-corporea*, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P., (a cura di) *Il governo del corpo*, volume del *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ S., ZATTI P., Milano, 2011, tomo II, p. 1452 s.

FLAMIGNI C., BORINI A., *Fecondazione e(s)terologa*, L'Asino d'Oro, 2012, p. 49.

FORABOSCO A., *Pre-embrione e ricerca sulle cellule staminali*, in *Bioetica*, 2003, p. 795.

FORABOSCO A., *Le diagnosi prenatali e preimpianto*, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P., (a cura di) *Il governo del corpo*, volume del *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ S., ZATTI P., Milano, 2011, tomo II, p. 1461.

FORDER C., *La procreazione assistita nel quadro dei diritti dell'uomo*, in *Pol. dir.*, 1999, p. 351.

FROSINI T.E., *In materia di fecondazione assistita il giudice deve sollevare la questione di costituzionalità*, in *Giust. amm.*, 2004, p. 391.

GALTON F., *Inquires into human faculty and its development*, London, New York, Dent & Co., Dutton & Co., 1907, p. 17.

GAROFALO G., *Clonazione e provvedimenti di carattere contingibile e urgente del Ministero della sanità*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, p. 403 ss.

- GAZZONI F., *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2005, p. 171.
- GENTILOMO A., PIGA, A. *La procreazione tra natura e cultura. Alcune osservazioni sulla nuova legge in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. it. med. leg.*, 2004, p. 41.
- GENTILOMO A., PIGA A., NIGROTTI S., *La procreazione medicalmente assistita nell'Europa dei quindici. Uno studio comparatistico*, Milano, 2005, p. 157.
- GENTILOMO A., PIGA A., *Il Re è nudo (ma non troppo). Brevi note a commento dell'ordinanza 16 luglio 2005*, *Trib. Cagliari*, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 660.
- GIACOBBE E., *Il concepito come persona in senso giuridico*, Torino, 2003, p. 256.
- GIOFFRÈ V., *La procreazione medicalmente assistita tra discrezionalità del legislatore e bilanciamenti irragionevoli*, in D'AMICO, PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili*, Milano, 2010, p. 87 ss.
- GOZZINI M., *Qualche proposta di modifica della legge sull'aborto*, in *Testimonianze*, 1985, 4-5, p. 116.
- GROSSO C.F., *Fecondazione artificiale in vitro e problemi di rilevanza giuridico-penale*, in *Bioetica*, 1994, p. 48.
- GROSSO C.F., *La crioconservazione degli embrioni: profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004*, in *Diritto di famiglia*, 2008, p. 2097.
- GUZZETTI G.B., *Quando l'embrione è persona? A proposito del pensiero di J.F.. Malherbe*, in *Riv. teol. mor.*, 1987, 19, p. 67.
- HUTCHINSON M.R., *The margin of appreciation doctrine in the European Court of Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, pp. 638 ss.
- IACOMETTI M., *La procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento spagnolo*, in CASONATO C., FROSINI T.E. (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006, p. 37.
- ISIMBALDI C., BOMBELLI F., *Fecondazione assistita. La tecnica*, in <http://www.medicinaepersona.org>, giugno 2005.
- ISOLANI L., *Procreazione medicalmente assistita: Spagna e Italia a confronto*, in BIN R., BRUNELLI G., GUAZZAROTTI A., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *Dalla provetta alla Corte*, cit., p. 127.
- JORI M., *La legge 40/2004 e la morale cattolica*, in *Notizie di Politeia*, 2005, p. 71.
- JORI M., *Fecondazione assistita e velo di ignoranza laicista*, in *Notizie di Politeia*, 2008, p. 113.
- JORIS H., VAN DEN ABBEEL E., DE VOS A., VAN STEIRTEGHEM A., *Reduced survival after human embryo biopsy and subsequens cryoconservation*, in *Human Reprod.*, 1999, 14, p. 2833.
- KELSEN H., *Dalla bioetica alla biolegislazione*, in MAZZONI C.M. (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, 1998, p. 54 ss.
- LAMARQUE E., *La prima decisione della Corte Costituzionale sulle conseguenze dell'utilizzo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 2632.
- LAMARQUE E., *I referendum sulla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia e diritto*, 2005, p. 195 ss.

LA MONICA B., *Esclusa la diagnosi preimpianto se si persegue una finalità eugenetica*, in *Guida al diritto – Il Sole 24 Ore*, 2004, 40, p. 28 ss.

LA ROSA S., *Diagnosi preimpianto anche per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche*, in *Famiglia e diritto*, 2010, 5, p. 482.

LIBERALI B., *Sulla legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 774 ss.

LIBERALI B., *Il margine di apprezzamento riservato agli Stati e il cd. time factor. Osservazioni a margine della decisione della Grande Camera resa contro l'Austria*, in <http://www.aic.it>, 14 marzo 2012.

LIPARI N., *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa, relazione al Convegno “Procreazione assistita: problemi e prospettive”*, Roma, 31 gennaio 2005, Accademia dei Lincei, in <http://www.laprocreazioneassistita.it>.

LIPARI N., *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, in *Rass. parl.*, 2005, p. 345.

LOIODICE A., *Per la vita: le linee guida ministeriali sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2005, I, p. 168.

LOSAPPIO G., *Bioetica e diritto penale. Le disposizioni penali del testo unico delle proposte di legge sulle tecniche di procreazione assistita*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 593.

LOSAPPIO G., *Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione assistita*, in PALAZZO F., PALIERO C.E. (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, II ed., Padova, 2007, p. 2067 ss.

MAC LAREN A., *Prelude to embryogenesis*, in *The Ciba Foundation, Human Embryo Reserch: yes or not?*, London, 1986, p. 22.

MAGLI M.C., GIANAROLI L., FORTINI D. e altri, *Impact of Blastomere Biopsy and Criopreservation technique on Human Embryo viability*, in *Human Reprod.*, 1999, 14, p. 770.

MALFATTI E., *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenza della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i “giochi di parole” divengono decisivi*, in <http://associazionedeicostituzionalisti.it>, 18 settembre 2012.

MALFATTI E., *Ancora una questione di costituzionalità sul divieto di fecondazione eterologa, tra incertezze generate dalla Corte costituzionale (ord. n. 150/2012) ed esigenze del seguito alle pronunce di Strasburgo*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 29 aprile 2013.

MALHERBE J.F., *L'embrion est-il une personne humaine?*, in *Lumière et vie*, 1955, p. 19.

MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, p. 280 ss.

MANES V., *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 763 ss.

MANETTI, *La questione dell'embrione nel quadro degli interessi costituzionalmente rilevanti*, in *Notizie di Politeia*, 2005, p. 60.

MANETTI M., *La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, in <http://www.costituzionalismo.it>, 28 maggio 2009.

MANETTI M., *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1688.

MANNA A., voce «*Trattamento medico-chirurgico*», in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 1280 ss.

MANNA A., *La tavola rotonda – Fecondazione assistita e tecniche riproduttive: quali valori in campo (e quali le prospettive) dietro la scelta di regolare per “legge” il processo procreativo? – La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione dei beni giuridici*, in *Legisl. pen.*, 2005, p. 345.

MANNA A., *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione dei beni giuridici*, in *Legisl. pen.*, 2005, p. 345.

MANTOVANI F., *La fecondazione assistita tra il “diritto alla prole” e il “diritto ai due genitori”*, in *Ind. pen.*, 1990, p. 40.

MANTOVANI F., *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, in *Legisl. pen.*, 2005, p. 326.

MANTOVANI F., *Tutela della vita e della persona umana (articoli 2, 31 e 32 Cost.)*, in VASSALLI G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 194.

MANTOVANI F., *Diritto penale, parte speciale. I delitti contro la vita*, 5° ed., Padova, 2013, p. 4 ss.

MANZELLA A., *La qualità della magistratura*, in *La Repubblica*, 18 novembre 2008, p. 20.

MARINUCCI G., *Fecondazione assistita, diritto penale e Stato laico. Commenti a Fecondazione assistita e diritto penale di Emilio Dolcini. Sui rapporti tra diritto penale e laicità dello Stato*, in *Notizie di Politeia*, 2008, p. 99.

MARINUCCI G., DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, vol. I, Milano, 2001, p. 167.

MARTINI A., *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Editoriale scientifica, 2006, p. 14 s.

MASTROPIETRO B., *Procreazione assistita: considerazioni critiche su una legge controversa*, in *Diritto di famiglia*, 2005, p. 1379.

MEZZETTI F., *Le manipolazioni genetiche dalla deregulation legislativa all'intervento normativo invasivo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, p. 6219 ss.

MIETH D., *Cellule staminali. I problemi etici concernenti l'utilizzazione di embrioni a scopo di ricerca*, in *Bioetica*, 2003, p. 811.

MILAN G., *Aspetti giuridici della procreazione assistita*, Padova, 1997, p. 85 ss.

MILAN G., *Procreazione medicalmente assistita tra desideri e diritti*, Firenze, 2008.

MODUGNO F., *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in *Rass. parl.*, 2005, p. 361. ok

MORELLI A., *La fecondazione artificiale tra atto e rapporto*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2005, p. 5.

MORELLI A., *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi (nota a margine dell'ord. n. 369 del 2006)*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, 17 novembre 2006.

MORI M., *Sulla legge 40/2004, la legge cattolica per la procreazione assistita nelle attuali circostanze storiche*, in *Notizie di Politeia*, 2005, p. 88.

MOROZZO DELLA ROCCA P., *Procreazione medicalmente assistita e beta-talassemia*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2005, p. 75.

MUSSELLI L., *Insegnamento della religione cattolica e libertà religiosa* in *Giur. cost.*, 1989, p. 890 ss.

NADDEO F., *Accesso alle tecniche*, in STANZIONE P., SCIANCALEPORE G. (a cura di), *Procreazione assistita*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 69.

NANNINI U.G., *Il consenso al trattamento medico*, Milano, 1989.

NARDOCCI C., *La non manifesta infondatezza del divieto di fecondazione eterologa: anche il Tribunale di Milano solleva la questione*, in D'AMICO M., LIBERALI B. (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Franco Angeli, 2012, p. 64 ss.

NARDOCCI C., *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa Pavan c. Italia*, in <http://www.rivistaaic.it>, 1/2013, 22 marzo 2013.

NIVARRA L., *Fecondazione artificiale: un caso recente ed un'opinione dissenziente (ma solo sul metodo)*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1653 ss.

OCCHIOCUPO N., *La Corte Costituzionale come giudice di «opportunità» delle leggi*, in ID (a cura di), *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Padova, 1984, p. 13 ss.

OLIVETTI M., *Una disciplina che va nella giusta direzione*, in *Guida al diritto*, 2004, p. 50.

OLIVETTI M., *Decisione coerente, ma gli interessi vanno bilanciati*, in *Guida al diritto*, 2004, p. 58 ss.

PADOVANI T., *Diritto penale*, 10° ed., Milano, 2012, p. 28.

PALMARO M., *Ogni legalizzazione della Fivet è ingiusta*, in *Studi cattolici*, 2005, p. 530.

PALMARO M., *Il dibattito sulla fecondazione artificiale. Le derive proporzionaliste e la sindrome del "male minore"*, in *Bioetica*, 2012, p. 145.

PALMIERI A., *Referendum, che fare?*, in *Notizie di Politeia*, 2005, p. 97.

PALAZZANI L., *Lo statuto giuridico dell'embrione umano*, 2006, consultabile in http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/14182/1/PD_44-1_06.pdf.

PAPANDREA S., *Il numero strettamente necessario nella sentenza della Corte Costituzionale 151 del 2009*, in D'AMICO M., PELLIZZONE I. (a cura di), *I diritti delle coppie infertili*, Milano, 2010, p. 185.

PECORA S., VITTORI F., CINGOLANI M., *Il sistema sanzionatorio della legge 19 febbraio 2004, n. 40, «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita». Aspetti giuridici e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 1075.

PELLIZZONE I., *Divieti del Legislatore e ruolo delle acquisizioni scientifiche nella fecondazione assistita. Cenni all'esperienza del Regno Unito*, in BIN R., BRUNELLI G., GUAZZAROTTI A., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *Dalla provetta alla Corte*, Torino, 2008 p. 159 ss.

PELLIZZONE I., *Fecondazione assistita e interpretazione conforme. Quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 594 ss.

PELLIZZONE I., *Fecondazione eterologa e Corte europea: riflessioni in tema di interpretazione convenzionalmente conforme e obbligo del giudice di sollevare la questione di legittimità costituzionale*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>, 2 luglio 2010.

PESSINA A., *L'embrione e il sofisma di Severino*, in *Notizie di Politeia*, 2005, p. 133.

PETTINARI C., *Brevi note sulla restituzione degli atti al giudice a quo per sopravvenuta modifica del parametro*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 1165.

PIO XII, *Allocuzione ai partecipanti al Congresso mondiale della fertilità e della sterilità*, 19 maggio 1956, in *Acta Apostolicae Sedis*, 48, 1956, p. 469.

PILEA C., *Donazione di gameti e Convenzione europea dei diritti umani*, in D'AMICO, LIBERALI (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Franco Angeli, 2012, p. 165.

PIZZORUSSO A., *La restituzione degli atti al giudice a quo nel processo costituzionale incidentale*, Giuffrè, Milano, 1965.

POGGI F., *Le questioni fondamentali*, (a cura di POGGI), Carrocci Editore, 2013, p. 10.

POLI L., *La diagnosi genetica pre-impianto al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. intern.*, 2013, p. 119.

PORCELLI M., *La contestazione ed il reclamo dello status di figlio legittimo*, in *Diritto e famiglia*, 2012, 4, p. 1751.

PORRACCILO A., *Superato il vincolo disposto dalla legge della necessaria sterilità dei richiedenti*, in *Guida al diritto*, 2010, 9, 62 ss.

PUGIOTTO A., *È ancora ammissibile un referendum abrogativo totale?*, in AINIS (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, Milano, 2005, p. 617 ss.

PUGLIESE V., *Il diritto a diventare geni tori. Procreazione medicalmente assistita e caduta di divieti*, Bari, 2011.

RAGUSA G., *Cosa è cambiato nella pratica clinica dopo la sentenza 151 del 2009 della Corte costituzionale. Il punto di vista dei medici*, in D'AMICO M., PELLIZZONE I., *I diritti delle coppie infertili*, Milano, 2010, p. 265.

RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 70 ss.

RE F., *Profili penali della procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. pen.*, 2008, p. 349 ss.

- REALE G., *L'embrione va difeso, è vita. Lo ha spiegato anche Aristotele*, in *Notizie di Politeia*, 2005, p. 137.
- REPETTO G., *Corte costituzionale, fecondazione eterologa e precedente CEDU «supervenienti»: i rischi dell'iperconcretezza della questione di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 2069.
- RESCIGNO P., *Note in margine alla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in «*La fecondazione assistita, riflessioni di otto grandi giuristi*», ed. Corriere della Sera, 2005, p. 31.
- RESTA F., *Dalla madre al genoma. Diritto, natura e tecnica della procreazione. Riflessioni sulla legge n. 40/2004*, in MANNA A. (a cura di), *Reati contro la persona*, Torino, 2007, p. 339.
- RIGHETTI P.L., GALLUZZI M., MAGGINO T., BAFFONI A., AZZENA A., *La coppia di fronte alla Procreazione Medicalmente Assistita. Aspetti psicologici, medici, bioetici*, Milano, 2009, p. 65 ss.
- RIMOLI F., *Bioetica, diritti del nascituro, diritti delle generazioni future*, in NANIA R., RIDOLA P. (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, Torino, 2001, p. 341.
- RISICATO L., *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di tutela*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 676.
- RISICATO L., *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, p. 68.
- RIZ R., *Bioetica-Fivet-Clonazione. Tutela della persona e della vita*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 453.
- RIZZO P., *Profili penalistici della l. n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2005, p. 252 ss.
- ROCCHI G., *Il legislatore distratto, la legge sulla fecondazione artificiale: la norma smentisce i principi*, ESD, Bologna, 2005.
- ROMANO M., *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 511 ss.
- ROMANO M., *Commentario sistematico del Codice penale*, vol. I, 3° ed., Giuffrè, 2012, p. 21.
- RUGGERI A., *"Tutela minima" di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e...sanati) in tema di procreazione medicalmente assistita (Nota a "prima lettura" di Corte cost. nn. 45-49 del 2005)*, in AINIS (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, Milano, 2005, p. 645 ss.
- RUGGERI A., *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronuncia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan)*, in <http://www.diritticomparati.it>, 8 ottobre 2013.
- SACCHETTI M.G., *Un primo, importante, intervento demolitorio della Consulta sulla discussa legge n. 40/2004*, in *Bioetica*, 2009, p. 739.
- SALANITRO U., *Principi e regole, contrasti e silenzi: gli equilibri legislativi e gli interventi giudiziari in tema di procreazione assistita*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2010, p. 85.
- SALERNO G.M., *Aumenta l'opera di supplenza dei giudici in presenza di regole non sempre coerenti*, in *Guida al diritto*, 2008, p. 53 ss.

SALERNO, G.M., *I principi enucleati dai giudici di Strasburgo non sembrano adattabili al caso italiano*, in *Guida al diritto*, 2010, 42, p. 71 ss.

SANTARSIERE V., *Procreazione medicalmente assistita per assecondare l'istinto genitoriale delle coppie malate non sterili*, in *Giur. merito*, 2010, 5, p. 1292.

SANTOSUOSSO A., *La fecondazione artificiale umana*, Milano, 1984, p. 21 ss.

SANTOSUOSSO A., *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004.

SANTOSUOSSO A., *Per ricorrere al soccorso della tecnologia basta la sola certificazione di sterilità*, in *Guida al diritto – Il Sole 24 Ore*, 2004, p. 29.

SANTOSUOSSO A., *Un ricorso contraddittorio spinge la Corte costituzionale a dichiarare l'inammissibilità*, in *Guida al diritto – Il Sole 24 Ore*, 2006, p. 49 ss.

SANTOSUOSSO A., *Diritto, scienza e nuove tecnologie*, Padova, 2011, p. 188 ss.

SCALERA A., *Il problema della diagnosi pre-impianto*, in *Giur. merito*, 2013, 5, p. 1029.

SCALISI A., *Lo statuto giuridico dell'embrione umano alla luce della legge n. 40 del 2004, in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia e diritto*, 2005, 2, p. 203.

SCIALOJA M., *La ricerca sulle cellule staminali e l'embrione umano. Il punto di vista cattolico*, in *Notizie di Politeia*, 2007, p. 193.

SCIANCELEPORE G., *Norme in materia di procreazione assistita: principi generali*, in STANZIONE P., SCIANCELEPORE G. (a cura di), *Procreazione assistita*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 32.

SCOPEL L., *La procreazione artificiale nei recenti documenti della Chiesa Cattolica*, in <http://www.statoechiese.it>, 27 febbraio 2012.

SEGNI M., *Procreazione assistita per portatori di malattie trasmissibili – un nuovo problema*, in *Famiglia e diritto*, 2010, p. 476.

SERRA A., *Dal “pre-embrione” al “prezigote”*, in *Medicina e morale*, 2003, p. 221.

SESSA A., *Dalla bioetica al biodiritto: irrazionalità e simbolismo negli esiti di una legislazione emergenziale in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 889.

SESTA M., *Diritto di famiglia*, Padova, 2005, p. 582.

SESTA M., *La procreazione medicalmente assistita tra legge, Corte costituzionale, giurisprudenza di merito e prassi medica*, in *Famiglia e diritto*, 2010, p. 839.

SGRECCIA E., DI PIETRO M.L., *Manipolazioni genetiche e procreazione artificiale: orientamenti giurisprudenziali e considerazioni etiche*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1987, p. 1351.

SGRECCIA E., *La Chiesa e la fecondazione artificiale*, in *Notizie di Politeia*, 2005, p. 154.

SGUBBI F., *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1193 ss.

SHALEV C., *Birth power. The Case for Surrogacy*, New Haven- London, 1989, p. 112 ss. e 123 ss.

SHENFIELD F., DE MOUZON J., PENNINGS G., FERRARETTI A.P., NIBOE ANDERSEN D., DE VERT G., GOOSSENS V., *Cross border reproductive care in six European countries*, in *Human Reproduction* (2010) 25 (6), p. 1361 ss.

SIMEOLI D., *La diagnosi preimpianto dell'embrione è lecita?*, in *Giur. merito*, 2008, p. 101.

SORRENTI G., *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006, p. 118 ss.

SPALAZZI CAPRONI A.M., *La diagnosi pre-impianto nell'interpretazione della Consulta*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2010, p. 752.

STANZIONE P., SCIANCALEPORE G., *Tutela della vita e fecondazione assistita: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Corr. mer.*, 2004, p. 1530 ss.

TARANTINO A., *Sul fondamento dei diritti del nascituro: alcune considerazioni bioetico-giuridiche*, in *Medicina e morale*, 1995, p. 951 ss.

TETTAMANZI D., *Nuova bioetica cristiana*, Edizioni Piemme, 2000.

TIGANO V., *Tutela della dignità umana e illecita produzione di embrioni per fini di ricerca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1759.

TIGANO V., *Il divieto della fecondazione eterologa di nuovo al vaglio della Consulta: l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Catania*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 17 maggio 2013.

TRABUCCHI A., *Procreazione artificiale e genetica nella prospettiva del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, p. 510.

TRIPODINA C., *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita (riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale 369/2006)*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3849 ss.

TRIPODINA C., *La Corte costituzionale e la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la «Costituzione che non vale più la pena di difendere»*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1696.

TRUCCO L., *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in <http://www.giurcost.org>.

VALENTINI V., *Il mosaico della legislazione europea: riferimenti etico-normativi*, in CELOTTO A., ZANON N. (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Milano, 2004, p. 103.

VALLINI A., *Clonazione e fecondazione assistita: ordinanze ministeriali contingibili e urgenti e nozione di "provvedimento" nell'art. 650 c.p.*, in *Legisl. pen.*, 1997, p. 873.

VALLINI A., *Procreazione medicalmente assistita*, in PADOVANI T. (a cura di), *Commentario alle leggi complementari*, Padova, 2007, p. 570 ss.

VALLINI A., *La diagnosi e selezione preimpianto: da illecito penale a questione deontologica. Eterogenesi dei fini di un legislatore irragionevole*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 1405.

VALLINI A., *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012.

VALLINI A., *Diagnosi preimpianto: respinta la richiesta di rinvio alla Gran Camera CEDU avanzata dal Governo italiano nel caso Costa e Pavan contro Italia*, 18 febbraio 2001, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 18 febbraio 2013.

VALLINI A., *La diagnosi preimpianto è un diritto*, in *Corr. merito*, 2013, p. 429.

VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della Corte EDU in tema di diagnosi preimpianto*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 1 dicembre 2013.

VARI F., *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte Edu*, reperibile sul sito <http://www.aic.it>, 2013, 1.

VERONESI P., *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2004, p. 542.

VERONESI P., *Le "linee guida" in materia di procreazione medicalmente assistita. Nuovi dubbi di legittimità all'orizzonte*, in *Studium iuris*, 2004, p. 1356 ss.

VERONESI P., *Il corpo e la Costituzione*, Milano, 2007, p. 165 ss.

VERRI A., *Il tribunale di Cagliari riconosce per la prima volta il "diritto" di accesso alla diagnosi genetica preimpianto ad una coppia talassemica*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 10 dicembre 2012.

VERRI A., *Il Tribunale di Milano rimette nuovamente alla Corte costituzionale la questione concernente la legittimità costituzionale della fecondazione eterologa*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 15 aprile 2013.

VERRI A., *Anche il Tribunale di Firenze, dopo quelli di Milano e Catania, rimette alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale della fecondazione eterologa*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 15 maggio 2013.

VILLANI R., *La nuova legge sulla procreazione assistita*, in *Studium iuris*, 2004, p. 575.

VILLANI R., *Dal parlamento alle aule di giustizia: le nuove disposizioni in materia di procreazione medicalmente assistita al banco di prova del caso concreto*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2004, p. 429 ss.

VILLANI R., *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004, p. 65.

VILLANI R., *Procreazione assistita e diagnosi genetica preimpianto: la Corte Costituzionale salva "pilatescamente" il divieto*, in *Studium iuris*, 2007, p. 127 ss.

VILLANI R., *"Le nuove Linee guida 2008 in materia di procreazione assistita, ovvero quando il rimedio è (in parte e forse) peggiore del male"*, in *Studium iuris*, 2009, p. 747 ss.

VILLANI R., *La procreazione medicalmente assistita in Italia: profili civilistici*, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P., (a cura di) *Il governo del corpo*, volume del *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ S., ZATTI P., Milano, 2011, tomo II, p. 22.

VIPIANA P.M., *Orientamenti giurisprudenziali in tema di procreazione medicalmente assistita, prima e dopo la legge n. 40/2004*, in *Famiglia e diritto*, 2007, p. 87.

WARNOCK, *A question of Life – The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology*, Oxford, Basil Blackwell Inc., 1984, p. 64 s.

ZAGREBELSKY G., MARCENÓ V., *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, p. 393 ss.

ZANON N., *Introduzione*, in CELOTTO A., ZANON N. (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Franco Angeli, 2004, p. 8.

ZATTI P., *La prospettiva del biologo (statuto biologico dell'embrione)*, in AA.VV., *Procreazione artificiale ed interventi nella genetica umana*, Padova, 1987, p. 189.

ZATTI P., *Quale statuto per l'embrione umano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 437 ss.

Tutti i pareri del Comitato Nazionale per la Bioetica citati nel testo sono consultabili all'indirizzo <http://www.governo.it/bioetica/>.