

QUESTIONI DI INIZIO VITA NELLA DIMENSIONE DELLA DEMOCRAZIA PLURALISTA: LA CONTROVERSA DISCIPLINA SULLA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA

Anna Maria Citrigno
Università di Messina

SOMMARIO:	<ol style="list-style-type: none">I. RIFLESSIONI PRELIMINARI SULLE QUESTIONI ETICHE E GIURIDICHE DI INIZIO VITA.II. LIMITI ALLA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA E ALLA LIBERTÀ DI AUTODETERMINAZIONE.III. IL DIVIETO DI FECONDAZIONE ETEROLOGA: LA PRONUNCIA CEDU E LA SUA RILEVANZA NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO.IV. LA SENTENZA DELLA GRANDE CAMERA SUL CASO S.H. E ALTRI C. AUSTRIA.V. LA DIFFICILE MA NECESSARIA RICERCA DI BILANCIAMENTI RAGIONEVOLI TRA LE RAGIONI DELLA SCIENZA E QUELLE DELL'ETICA E IL RUOLO INSOSTITUIBILE DEI PARLAMENTI NELLA REGOLAZIONE DELLE VICENDE DI INIZIO VITA.
------------------	--

I. RIFLESSIONI PRELIMINARI SULLE QUESTIONI ETICHE E GIURIDICHE DI INIZIO VITA

Una riflessione sulle controverse questioni bioetiche di inizio vita deve tenere presente, innanzitutto, il difficile rapporto tra scienza, etica e diritto. A fronte degli straordinari progressi della scienza e della tecnica medica emergono, infatti, problemi sempre più complessi e difficili da affrontare mediante le tradizionali categorie giuridiche.

Non si tratta semplicemente di correggere o ridefinire le predette categorie, o di crearne di nuove, poiché le difficoltà che si riscontrano nell'inquadramento delle questioni in esame derivano dallo smarrimento delle coordinate ideologiche che hanno orientato la soluzione dei problemi giuridici della modernità; si pensi soltanto che, sebbene i progressi della scienza e della tecnica tendano ad ampliare lo spazio relativo all'autodeterminazione, talvolta essi paradossalmente riducono la stessa libertà di scelta degli individui¹.

Lo Stato laico e ora anche l'Unione Europea si trovano ad affrontare le complesse questioni attinenti alla nascita e alla morte dell'uomo che, toccando l'intimo e ideale sentire delle persone, difficilmente riescono a costituire oggetto di disciplina giuridica. Più congeniale alla materia è forse l'approccio della giurisdizione, che affronta il caso nella sua specificità e non offre soluzioni di carattere generale e astratto; e, difatti, numerose, in tale ambito, sono già le pronunce di Corti nazionali ed europee.

Quanto alle questioni di inizio vita, la procreazione medicalmente assistita pone anzitutto il problema del bilanciamento tra diversi valori costituzionali meritevoli di tutela. Il bilanciamento, com'è noto, è, nella democrazia pluralista, la tecnica consueta di risoluzione dei conflitti tra interessi, principi e valori. Il problema è quello di dare una connotazione ragionevole ai bilanciamenti fatti propri dagli atti normativi, il che risulta particolarmente difficile in ambito bioetico.

A ben vedere, la Costituzione italiana offre elementi utili a valutare la compatibilità di atti normativi che toccano gli aspetti bioetici di inizio vita: il nucleo fondamentale

1 S. RODOTÀ, *Perché laico*, Roma, 2009. G. ZAGREBELSKY, *Contro l'etica della verità*, Bari, 2008. F. RIMOLI, *Bioetica diritti del nascituro, diritti delle generazioni future*, in *I diritti costituzionali* R. NANIA e P. RIDOLA (a cura di) Vol. II, Torino, 2006.

dei principi contenuti nella Carta repubblicana – come il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.), la protezione della maternità (art. 31 Cost.) e il diritto alla salute (art. 32 Cost.) – presta il basilare supporto ad una ricerca delle soluzioni regolative più adeguate alle complesse questioni del "biodiritto"². Tali norme, come è stato efficacemente evidenziato, si prestano tuttavia ad interpretazioni assai ampie: "concetti indeterminati come quelli di persona, dignità umana, e addirittura di 'ricerca scientifica' segnano campi semantici incerti, i cui contenuti sono definiti da ciascun interprete, in un processo di precomprensione che rende l'esito dei processi di positivizzazione del diritto, particolarmente in questi ambiti, tutt'altro che prevedibile"³.

E' di chiara evidenza come la tematica della procreazione medicalmente assistita coinvolga appieno numerosi interessi che riguardano direttamente la vita, la libertà di autodeterminazione, il diritto alla procreazione, la tutela della salute, la tutela dell'embrione, la famiglia⁴, il bilanciamento dei quali incontra maggiori difficoltà di realizzazione soprattutto quando incidono fattori di straordinaria portata come il progresso della scienza e dell'ingegneria genetica.

Anche se la storia dell'inseminazione risale al XVIII secolo, è solo nella seconda metà degli anni Settanta che in Italia si è assistito alla nascita dei primi centri per la fertilizzazione extracorporea⁵.

La diffusione di pratiche di dubbia legittimità ha indotto il legislatore italiano, anche se con ritardo rispetto agli altri paesi europei, a dotarsi di una disciplina organica sulla procreazione medicalmente assistita, disciplina che ha visto la luce solo dopo un lungo e travagliato iter legislativo. Il principale obiettivo che la legge n. 40 del 2004 si propone di perseguire riguarda la soluzione dei problemi riproduttivi che derivano dalla sterilità o infertilità umana e solo qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuoverne le cause (art. 1, c. 1-2). Il ricorso alla fecondazione assistita è consentito solo alle coppie coniugate o conviventi, maggiorenni, di sesso diverso e in età potenzialmente fertile (art. 5) negando, pertanto, tale possibilità sia ai *single* che alle coppie omosessuali. Si afferma in tal modo "definitivamente nel nostro ordinamento la legittimità di un solo modello di famiglia, quello costituito dalla coppia stabile ed eterosessuale, possibilmente coniugata"⁶.

2 C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Trento, 2006. Id. *Bioetica e pluralismo nello Stato costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it CHIEFFI, L. (a cura di): *Il multiculturalismo nel dibattito bioetica*, Quaderni del Centro interuniversitario di ricerca bioetica, n.4, Torino, 2005; A.D'ALOIA, (a cura di): *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale* (Atti del Seminario di Parma, 19 marzo 2004), Quaderni del "Gruppo di Pisa", Torino, 2005.

3 F. RIMOLI, *Laicità e pluralismo bioetico*, in *Annuario 2007 dell'Associazione italiana dei costituzionalisti* (reazione al convegno annuale su *Problemi pratici della laicità agli del secolo XXI*), Padova, 169 ss. L'A. svolge un'approfondita ed interessante disamina del rapporto che intercorre tra laicità dello Stato e bioetica, della compatibilità della bioetica cattolica e laica e della conseguente alternativa tra disponibilità ed indisponibilità della vita quale linea di confine tra le due diverse concezioni.

4 Sulla PMA si veda il *Trattato di Biodiritto* diretto da S. RODOTÀ E P. ZATTI, Milano, 2011 tomo II, p. 1421 e ss.

5 C. FLAMIGNI, *La fertilizzazione extracorporea*, in *Trattato di Biodiritto* op. cit, p. 1437 e ss.

6 Cfr. M. R. MARELLA, *La logica e i limiti del diritto nella procreazione medicalmente assistita*, in www.costituzionalismo.it, 26/5/2005.

Occorre premettere che già durante l'iter parlamentare di tale legge era stato evidenziato che l'approvazione di talune norme avrebbe comportato un ragionevole rischio di legittimità costituzionale⁷ e, se pur senza esito per il mancato raggiungimento del *quorum*, uno dei referendum proposti⁸ per l'abrogazione di alcune tra le norme più criticate riguardava proprio lo stesso art. 1, c. 1, nella parte in cui dispone che la legge assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti nella procreazione compreso il concepito, ovvero l'embrione in qualità di soggetto. Nel complesso, la legge finisce, infatti, per tutelare paradossalmente in modo più incisivo l'embrione, cioè l'essere umano ad uno stadio sicuramente più remoto rispetto alla nascita, e tutto ciò ferma restando in ogni caso la possibilità di ricorrere all'aborto terapeutico di cui alla legge n. 194 del 1978⁹.

In tale quadro è facile evidenziare come la normativa sulla procreazione medicalmente assistita risulti incoerente rispetto ad una disciplina che, pur tutelando la vita umana sin dall'inizio, consente altresì l'interruzione volontaria di gravidanza entro i primi novanta giorni dall'inizio della stessa, qualora la prosecuzione della gestazione comporti un serio pericolo per la salute fisica o psichica della donna (art. 4), evidenziando in tal modo un deciso *favor* nei confronti della salute della stessa. Nell'operare un bilanciamento tra posizioni parimenti meritevoli di tutela, il legislatore, nella legge sulla fecondazione assistita, ha optato per una tutela pressoché assoluta nei confronti dell'embrione; di contro, si era intervenuti diversamente con l'adozione della disci-

7 T. E. FROSINI, *Fecondazione assistita: la decisione a the People*, in www.forumcostituzionale.it, 12 dicembre 2003.

R. BIN, *Sussidiarietà, privacy e libertà della scienza: profili costituzionali della procreazione assistita*, in www.forumcostituzionale.it; cfr A. LOIODICE, *La tutela dei soggetti coinvolti nella procreazione medicalmente assistita (ipotesi di riflessione)*, L. VIOLINI, *La fecondazione medicalmente assistita*, N. LIPARI, *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, A. BARBERA, *La procreazione medicalmente assistita*, reperibili in www.laprocreazioneassistita.it

S. CECCANTI, *Procreazione assistita: ci sono tre problemi di costituzionalità*, in www.forumcostituzionale.it 7/4/2004 – L'A. aveva individuato già nel d.d.l le previsioni suscettibili di un giudizio di costituzionalità quali:

“l'art. 14 comma 1, col divieto assoluto di “crioconservazione” e di “soppressione degli embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194,” lederebbe almeno a prima vista il principio di ragionevolezza, prevedendo una tutela massima dell'embrione, che improvvisamente diminuirebbe dopo l'impianto per poi risollevarsi dopo il primo trimestre di gravidanza.;

-l'art. 14 comma 2, prevedendo l' “unico e contemporaneo impianto” di un “numero di embrioni... comunque non superiore a tre “sembra ricadere anch'esso sotto il profilo della irragionevolezza, sia perché non viene così consentito ciò che invece è permesso nel primo trimestre di gravidanza sia perché il numero univocamente scelto appare puramente casuale rispetto alla finalità della buona riuscita della tecnica procreativa”. L'A. evidenzia, peraltro come sia “l'art. 3 della Carta dei diritti di Nizza, già più volte utilizzata dalla Corte costituzionale come riferimento interpretativo, mentre esclude la clonazione riproduttiva non esclude affatto quella a fini terapeutici” e sia l'art. 18 della Convenzione di Oviedo e il suo protocollo addizionale del 12.1.1998, entrambi ratificati dall'Italia con la legge n. 145 del 28.03.2001, prevedendo che sia “proibita la creazione di embrioni umani al fine esclusivo di ricerca”, per ciò stesso consentono il loro utilizzo a scopo terapeutico”.

8 AINIS, M. (a cura di): *I referendum sulla fecondazione assistita*, Milano, 2005.

9 C. TRIPODINA, *Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in www.costituzionalismo.it, 25/3/2010.

plina prevista dalla l. n. 194 del 1978, nella quale il diritto alla vita del concepito recede nel bilanciamento rispetto alla salute della madre¹⁰.

A tale proposito è emblematica la sentenza n. 27 del 1975 della Corte costituzionale che, nel dichiarare l'illegittimità dell'art. 546 cod. pen., nella parte in cui non prevedeva che la gravidanza potesse essere interrotta quando la prosecuzione della gestazione implicasse danno o pericolo grave e non altrimenti evitabile per la salute della madre, ha affermato: *"non esiste equivalenza tra 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"*. Nella medesima prospettiva è stata disciplinata, in seguito, l'interruzione volontaria della gravidanza che, pur nell'affermazione di una tutela nei confronti della vita umana sin dall'inizio, ha avuto il pregio di considerare l'aborto quale facoltà espressamente fondata sull'autodeterminazione e sul senso di responsabilità della donna. Il Legislatore ha fatto sì che l'interruzione di gravidanza non si traducesse né in un obbligo né tanto meno in un divieto, intervenendo in modo per taluni aspetti più "evoluto" e soprattutto più aderente alle esigenze delle donne e alla loro autodeterminazione rispetto alla normativa sulla procreazione medicalmente assistita. Per quest'ultima – come si è già evidenziato – la tutela dell'embrione e il suo diritto alla integrità fisica e genetica viene ad assumere uno specifico e primario rilievo rispetto alla stessa finalità della disciplina che riguarda, o meglio, dovrebbe riguardare, l'ampliamento delle possibilità di procreazione. Invero, la legge italiana sulla fecondazione assistita, oltre che essere in contrasto con le disposizioni di cui agli articoli 9, 31, 32 e 33 della Costituzione, è stata considerata quale "espressione di un'etica (e di una bioetica) di Stato; uno Stato che così diventa etico esso stesso, ponendosi agli antipodi del modello laico"¹¹.

Il riconoscimento del diritto alla vita nella nostra Costituzione non scaturirebbe direttamente dall'affermazione di cui all'art. 2 Cost., bensì dalle disposizioni che presuppongono tale diritto e che per autorevole dottrina sono rinvenibili ad esempio nell'art. 32 Cost. che riconosce il diritto alla salute e nell'art. 27 Cost., 4 c., che vieta la pena di morte¹². Si è, tra l'altro, evidenziato come un'attenta lettura della Costitu-

10 L'accostamento tra le due discipline, quella dell'interruzione di gravidanza e quella sulla fecondazione assistita che evidentemente hanno finalità opposte, deve essere tuttavia ridimensionato nella misura in cui "troppo spesso si disconosce che il ricorso alla procreazione medicalmente assistita esula da quel particolare stato di necessità che giustifica, secondo la legge 22 maggio 1978, n. 194, l'interruzione di una gravidanza in corso. La scelta di avvalersi della PMA costituisce il frutto di una scelta libera e ponderata della coppia, e non è certo necessitata da un conflitto, difficilmente sanabile, tra soggetti- quali l'embrione e la madre- che dividono e condividono uno stesso corpo". Così A. GIOR-DANO, *Procreazione assistita e scelta di "non scegliere"*. Del "chiesto" e del (non) "pronunciato" nella recente pronuncia della Consulta, in www.giureta.it.

11 F. RIMOLI, *Laicità e pluralismo...* op. cit. La disciplina sulla fecondazione rappresenta infatti per l'A. "un esempio di come non dovrebbe essere fatta una legge in materia di bioetica, entro un ordinamento di democrazia pluralista informato al principio supremo di laicità".

12 A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. Cost.* n. 1/2001, p. 35 e ss – Nello stesso senso si muovono le considerazioni sulla questione dell'embrione nel solco dei principi costituzionali di M. MANETTI *La questione dell'embrione nel quadro dei principi costituzionali*, in www.costituzionalismo.it, 7 giugno 2005.

zione e della giurisprudenza costituzionale non consentano di rinvenire indicazioni precise sulla questione relativa allo *status* dell'embrione e sui limiti che può o deve incontrare la ricerca e la sperimentazione sugli embrioni a scopo terapeutico; si tratta di un dibattito ancora aperto e lontano da una soluzione condivisa¹³.

II. LIMITI ALLA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA E ALLA LIBERTÀ DI AUTODETERMINAZIONE

Se la scelta di considerare l'embrione *in vitro* come essere umano e quindi meritevole di tutela da parte del legislatore può essere comprensibile, non altrettanto può dirsi rispetto a tutta una serie di obblighi e divieti di cui la legge n. 40 del 2004 è corredata (il divieto di creare un numero di embrioni superiore a tre e nello stesso tempo l'obbligo di un unico e contemporaneo impianto, il divieto di crio-conservazione, il divieto della diagnosi pre-impianto) che garantiscono senza dubbio una posizione giuridica preminente all'embrione rispetto al diritto alla salute della donna e al diritto all'autodeterminazione procreativa per le coppie con "minori chances"¹⁴ riproduttive, in contrasto, pertanto, con la conclamata *ratio* ispiratrice della legge¹⁵. Del resto, i limiti imposti dalla legge n. 40 del 2004 hanno avuto conseguenze rilevanti sul comportamento delle coppie italiane incrementando di fatto il c.d. "turismo procreativo" verso quei paesi europei le cui discipline sulle tecniche di riproduzione sono di gran lunga più permissive e creando, peraltro, un'ulteriore discriminazione a scapito di quelle coppie che non possono permettersi di emigrare altrove¹⁶.

E ciò almeno sino a quando non è intervenuta la Corte costituzionale che, se in una prima fase ha optato per una pronuncia di inammissibilità che ha sollevato non poche critiche da parte della dottrina¹⁷, in un secondo momento, nel dichiarare l'ille-

13 M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. Dir.*, 2004, n. 3, *Id.*, *La questione dell'embrione op. cit.* Ad avviso dell'A. non sarebbe ancora compiuto il processo di maturazione in base al quale la tutela apprestata al feto possa estendersi automaticamente all'embrione; ciò sia con riferimento all'assenza di un riferimento univoco nella Costituzione sia dall'esame della giurisprudenza costituzionale nonostante il mutamento a favore di una tutela della vita umana sin dall'inizio.

14 Sottolinea come la Corte abbia più volte posto l'accento sui limiti posti dalle acquisizioni scientifiche in continua evoluzione alla discrezionalità legislativa, G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*, in *www.forumcostituzionale*, 20/5/2009.

15 M. R. MARELLA, *La logica e i limiti del diritto* op. cit. L'A. sottolinea come le scelte del Legislatore segnano nella legge in questione una inversione di tendenza nel modo di intendere le libertà personali e i rapporti tra individuo e Stato colpendo la libertà di autodeterminazione degli individui e come le stesse dimostrino in realtà un vero e proprio sfavore rispetto al ricorso alle tecniche di procreazione assistita. Si evidenzia, peraltro, come l'attenzione che il Legislatore ha inteso riservare all'embrione non venga in realtà supportata dal complesso delle disposizioni normative.

16 S. ROSSI, *"La fecondazione assistita-Rassegna di giurisprudenza"* in *www.personaedanno.it*, 5/5/2010. I dati giungono a considerare quasi 50.000 coppie che dopo la legge 40 del 2004 si sono recate all'estero per sottoporsi alle tecniche di fecondazione assistita privilegiando la Spagna che rimane la meta più gettonata.

17 Cfr Corte Costituzionale 9 novembre 2006, n. 369 con nota di L. TRUCCO, *La procreazione medicalmente assistita al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 2007, v. A. MORELLI, *Quando la Corte*

gittimità di alcune tra le norme più significative della legge in questione, ha sostanzialmente sovvertito l'impianto della stessa e, come è stato efficacemente affermato, ha determinato "il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita"¹⁸, eliminando alcuni limiti irragionevoli della disciplina.

Uno dei punti tra i più controversi della normativa in esame riguardava l'applicazione di un rigido protocollo, applicabile indistintamente a tutte le donne; tale questione, che aveva provocato numerose critiche da parte dei medici, è stata risolta infatti dalla giurisprudenza costituzionale con la nota sentenza n. 151 del 2009¹⁹ che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, c. 2 della legge n. 40 del 2004, laddove la stessa aveva previsto il divieto di creare più di tre embrioni e contemporaneamente l'obbligo di destinare questi "ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre". Nello stesso tempo, la Corte ha stabilito l'illegittimità costituzionale del terzo comma del medesimo articolo nella parte in cui non aveva previsto che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, dovesse essere effettuato senza pregiudizio alla salute della donna. In tal modo la Corte ha realizzato un adeguato bilanciamento degli interessi in gioco attraverso un dispositivo di tipo additivo, di modo che l'interruzione definitiva del trattamento, che il legislatore aveva limitato esclusivamente a cause di salute eccezionali e imprevedibili, fosse esteso anche ad altre (non solo eccezionali e imprevedibili), ampliando così le ragioni di sospensione del trattamento e confermando di fatto l'importanza del giudizio del medico nella scelta del protocollo maggiormente idoneo rispetto al singolo caso in esame, l'unico in grado di individuare il limite degli embrioni da impiantare al fine di assicurare un serio tentativo di procreazione nel rispetto della salute della donna e dell'embrione²⁰.

La Corte, di fronte ad una questione costituzionalmente così controversa, ha deciso di intervenire evidenziando in primo luogo l'importanza della valutazione medica a

decide di non decidere, in *Quad. cost.*, n. 1, 2007, 154 e ss. che evidenzia come la scelta della Corte costituzionale sia in definitiva quella "di non entrare nel merito di una questione particolarmente sentita dalla società civile e sulla quale sarebbe risultato estremamente difficile assumere una decisione non controversa".

18 G. DI GENIO, *Il primato*. op.cit.

19 Corte Cost. 8 maggio 2009, n. 151, *Foro it.*, 2009, I, 2301. "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".

20 Per i commenti successivi alla sentenza si v. D. CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra "detto" e "non detto"*. *Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004* in www.giurcost.org. Nell'esaminare la sentenza sulla procreazione medicalmente assistita l'A. ripercorre l'iter logico seguito dalla Corte Costituzionale che pur svolgendo il proprio ruolo di giudice delle leggi e di garante dei diritti fondamentali, interviene "con la scure della declaratoria d'incostituzionalità laddove proprio non poteva farne a meno"; S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)*, in www.forumcostituzionale.it 19/9/2009; L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in *Giur. it.*, 2010, 281 ss. Cfr. L. VIOLINI, *Note minime ad una decisione problematica*, in M.E. D'AMICO, I. PELLIZZONE, (a cura di) *I diritti delle coppie infertili*, Milano 2010, p.191 e ss.

fronte di un protocollo rigido imposto a livello legislativo, facendo così cadere “la contrapposizione artificiosamente istituita dal legislatore tra la posizione dell’aspirante madre e quella degli embrioni, tra la vita di questi e la salute di quella, che, al senso comune, prima ancora che alla considerazione scientifica, appaiono l’espressione di beni sì distinti, ma intrinsecamente convergenti verso un progetto comune: la nascita di un nuovo essere umano”²¹.

Sembra opportuno sottolineare come dopo la sentenza del 2009, e più precisamente nei due anni successivi, su richiesta del Governo, l’Istituto Superiore di Sanità ha provveduto alla raccolta dei dati provenienti dai centri di procreazione assistita che hanno visto aumentare le percentuali di successo nell’ottenimento delle gravidanze²². L’annullamento del divieto dell’impianto obbligatorio di tre embrioni e di conseguenza la possibilità di conservare gli embrioni per un successivo impianto ha consentito, peraltro, la riduzione delle gravidanze gemellari e una maggiore tutela per la salute della donna, prima costretta a sottoporsi più volte alle stimolazioni ormonali a causa del divieto di congelamento degli embrioni con ripercussioni di non trascurabile rilievo sulla sua salute di cui la più grave e anche la più frequente è la c.d. sindrome da iperstimolazione ovarica.

Pernangono, tuttavia, diversi problemi interpretativi che riguardano in particolare il divieto alla diagnosi preimpianto sugli embrioni e l’impossibilità per le coppie portatrici di malattie genetiche di accedere alle tecniche di fecondazione, problemi che meriterebbero una riflessione più approfondita, ma sui quali è indispensabile soffermarsi se pur brevemente.

La questione del divieto di diagnosi preimpianto, tecnicamente possibile con la selezione degli embrioni in cui vi siano gravi patologie genetiche e l’impianto dell’embrione sano, è un tema sul quale la giurisprudenza si era già espressa attraverso un’interpretazione della legge progressivamente più aperta, realizzando un diverso e più equilibrato contemperamento degli interessi in gioco²³ ed una lettura “costituzionalmente orientata” della normativa, in particolare degli artt. 13 e 14 della l. n. 40/2004. La diagnosi preimpianto, com’è stato efficacemente evidenziato, “sebbene

21 Sul significato e gli effetti espliciti dalla sentenza della Corte nella materia della procreazione medicalmente assistita si v. M. MANETTI, *La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, in www.costituzionalismo.it, 28/05/2009. Sull’importanza della sentenza in relazione al ripristino della “dignità dei medici, e insieme quella delle donne” si v. M. ANIS, *Ritorno al futuro*, in www.personaedanno.it 2/4/2009.

22 Cfr. “*Quei duemila bambini in provetta nati grazie alla Corte Costituzionale*”, in *La Repubblica*, 13/03/2012. Al contrario va detto come nei primi anni di applicazione della legge questa avesse fatto moltiplicare le gravidanze gemellari (4,5% con il 35% di trigemini) in cui i rischi e le complicazioni di vario genere sia per le madri che per i nascituri aumentano e senza considerare che a questi si aggiungono le complicazioni conseguenti alle eventuali embrioiduzioni quali tecniche di riduzioni fetali. Così C. FLAMIGNI, *La fecondazione...* op. cit. 1450 e ss.

23 M. R. SAN GIORGIO, *Le problematiche di inizio vita: la procreazione assistita*, in www.donnemagistrato.it, 2008.

Cfr. M. D’AMICO, *I diritti contesi*, Milano, 2008, 56 ss.; I. PELLIZZONE, *Fecondazione assistita e interpretazione costituzionalmente conforme: quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Giur. cost.*, 2008, 552 ss.

impiegata al precipuo fine di ridurre il rischio di trasferimento e l'eventuale impianto di embrioni affetti da affezioni cromosomiche o genetiche che portino alla nascita bambini malati, consentirebbe, a prestare ascolto ai suoi più accaniti detrattori, una forma di eugenetica "passiva"²⁴. Sull'illegittimità di tale previsione esplicitata dalle linee guida del d.m. 4 agosto 2004, pur mitigata dalle linee guida di cui al d.m. 11 aprile del 2008 che prevedono il divieto delle sole diagnosi preimpianto a finalità eugenetica, è stato decisivo l'intervento del Tar Lazio sez. III quater, 21 gennaio 2008, n. 398 che ne ha disposto l'annullamento nella parte riguardante le misure di tutela dell'embrione ed in particolare la previsione secondo la quale "ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'art. 13, c 5, dovrà essere di tipo osservazionale". Quest'ultima previsione sarebbe in contrasto, peraltro, con la stessa disciplina legislativa che consente altresì "la ricerca e la sperimentazione e gli interventi necessari per finalità terapeutiche e diagnostiche se volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione"²⁵.

La diagnosi preimpianto, in definitiva, per le sue finalità conoscitive, non diversamente dalle diagnosi prenatali, costituisce una normale forma di monitoraggio, alla stregua della buona pratica clinica, la cui mancanza può dar luogo a responsabilità medica. Emerge quindi la necessità di riadattare la disciplina al fine di pervenire a una maggiore chiarezza su diverse questioni che ancora rimangono sostanzialmente irrisolte anche dopo l'intervento (in parte) risolutivo della giurisprudenza costituzionale e dopo le decisioni²⁶ di alcuni Tribunali che hanno ammesso la legittimità della diagnosi preimpianto alle coppie portatrici di malattie genetiche²⁷.

Anche la presentazione delle nuove e più recenti linee guida, uno degli ultimi provvedimenti presentati dal Governo Berlusconi, ripropone lo stesso divieto negando la possibilità di accesso alla procreazione a quelle coppie affette da patologie geneticamente trasmissibili che, pur non affette da sterilità o infertilità, con la predetta dia-

24 Sul punto cfr.. S. AGOSTA, *Dal mero restyling all'integrale riscrittura giurisprudenziale: più rassicurante e disteso il nuovo «volto» del divieto di diagnosi preimpianto sull'embrione*, in *www.forumcostituzionale.it*, 9/5/2011.

25 S. ROSSI, *La fecondazione assistita. Rassegna di giurisprudenza*, in *www.personaedanno.it*, 5/5/2010. Nel ripercorrere la giurisprudenza sul tema riguardante la procreazione assistita si evidenzia come nello stesso provvedimento "il Tar del Lazio, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 32 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 2 e 3 della l. n 40/2004, nella parte in cui prevede, ai fini della procedura della procreazione assistita, la formazione di un numero limitato di embrioni, fino a un massimo di tre, da impiantare contestualmente, e vieta la crioconservazione di embrioni al di fuori delle limitate ipotesi ivi previste".

26 A tale proposito, anche per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali ivi contenuti, si veda la ricostruzione di G. CASABURI, *Procreazione medicalmente assistita: disco verde giurisprudenziale alle coppie non sterili e non infertili*, in *www.personaedanno.it*.- L'analisi riguarda il provvedimento emanato dal TRIBUNALE DI SALERNO- 9 gennaio 2010 2009- EST. SCARPA che oltre a consentire la diagnosi preimpianto, autorizza l'accesso alle tecniche di procreazione ad una coppia fertile portatrice di malattie genetiche. L'A. sottolinea, peraltro, "una certa confusione tra due piani, in realtà diversi, pur se complementari: quello del divieto di diagnosi preimpianto e quello delle limitazioni all'accesso alle tecniche di p.m.a." sia nel ricorso che nella motivazione. Cfr TRIBUNALE DI BOLOGNA, Sez. I, 29 giugno 2009, in *Giur. merito*, 2009, fasc. 12, 3000 ss.

27 Sul punto S. ROSSI, *La fecondazione*. op. cit.

gnosi possono evitare il rischio concreto di mettere al mondo bambini gravemente malati²⁸. Va detto, peraltro, come nella maggior parte dei paesi europei le coppie fertili ma portatrici di patologie genetiche possono ricorrere alla PMA e di conseguenza alla diagnosi preimpianto. La stessa legislazione tedesca, tra le normative più restrittive, ispirata esplicitamente alla tutela dell'embrione, consente attualmente tale tecnica al fine di individuare una possibile patologia genetica.

Una recentissima decisione della Corte EDU²⁹ ha messo nuovamente in discussione il sistema legislativo italiano in materia di diagnosi preimpianto rilevando l'incoerenza della legge n. 40/2004 rispetto alla legge n. 194/1978 che consente altresì l'interruzione della gravidanza³⁰. Quest'ultima normativa, come già evidenziato in precedenza, finisce per realizzare un più ragionevole bilanciamento tra la tutela della salute della donna e quella del feto. La questione ha origine in un ricorso alla Corte EDU da parte di una coppia fertile, ma portatrice di fibrosi cistica, concernente l'impossibilità di accedere alla diagnosi preimpianto degli embrioni³¹. La Corte EDU ha

28 Criticamente sulla decisione del giudice di Salerno si v. C. TRIPODINA, *Sul come scansare la briglia...* in op. cit. L'A. contesta l'operato del giudice che "fingendo di porsi nel solco costituzionalmente orientato del diritto vivente già affermatosi, tracciato però con riguardo alle sole coppie sterili o infertili, e avanzando la necessità di non lasciare privi di tutela i diritti costituzionali della donna alla salute e "al figlio, per di più sano" (sic!) – ha deciso di ignorare la tassatività della legge che precludeva in modo evidente questa possibilità, scrivendo l'ennesima storia d'indifferenza al testo normativo. Peraltro, così facendo, il giudice di Salerno, se ha garantito quello che egli riteneva un diritto alla coppia che ricorreva di fronte a lui, ha privato tutte le altre coppie nella medesima condizione della possibilità di vedere affermato quello stesso diritto in via generale".

29 Corte EDU, I sez, caso Costa-Pavan c. Italia, ric. 54270/10 del 28.08.2010 -in <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-112992>. La Corte richiama un documento pubblicato dal Comitato per la Bioetica del Consiglio d'Europa che fornisce indicazioni riguardanti la diagnosi preimpianto e le questioni giuridiche ed etiche nei differenti paesi europei.

<Le document de base sur le diagnostic préimplantatoire et prénatal publié par le Comité directeur pour la bioéthique (CDBI) du Conseil de l'Europe le 22 novembre 2010 (CDBI/INF (2010) 6) >

c) *Utilisation du D.P.I.: «Le recours au D.P.I. pour des indications médicales a été demandé par des couples qui présentaient un risque élevé de transmission d'une maladie génétique spécifique d'une particulière gravité [...] et incurable au moment du diagnostic. Ce risque avait souvent été identifié sur la base d'antécédents familiaux ou de la naissance d'un enfant atteint de la maladie. De nombreuses indications monogéniques répondent actuellement à ces critères justifiant une prise en charge par D.P.I. comme: la mucoviscidose, la dystrophie musculaire de Duchenne, la myotonie de Steinert, la maladie de Huntington, l'amyotrophie spinale infantile et l'hémophilie.»*

«Dans les pays où le D.P.I. est pratiqué, il est devenu une méthode clinique bien établie pour analyser les caractéristiques génétiques d'embryons issus de fécondation in vitro et pour obtenir des informations permettant de sélectionner les embryons à transférer. Le D.P.I. est principalement demandé par les couples, porteurs de caractères génétiques susceptibles d'entraîner chez leurs descendants des maladies graves ou des décès prématurés, qui souhaitent éviter le déclenchement d'une grossesse qui pourrait ne pas parvenir à terme ou les placer devant le choix difficile d'une éventuelle interruption en cas de détection d'un problème génétique particulièrement grave.»

30 Così la Corte (§ 64) "le système législatif italien en la matière manque de cohérence. D'une part, il interdit l'implantation limitée aux seuls embryons non affectés par la maladie dont les requérants sont porteurs sains; d'autre part, il autorise ceux-ci d'avorter un fœtus affecté par cette même pathologie".

31 La coppia, dopo avere avuto una figlia affetta da fibrosi cistica ed un aborto determinato dall'accertamento della stessa malattia nel feto, chiede di sottoporsi alla diagnosi preimpianto al fine di procreare evitando il rischio di concepire un altro bambino affetto dalla suddetta malattia e, pertanto, si rivolge

rilevato la violazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sulla tutela della vita privata e familiare precisando che «il diritto di una coppia a concepire un figlio e a far uso a tal fine della procreazione assistita dal punto di vista medico rientra nell'ambito dell'art. 8, in quanto tale scelta è chiaramente un'espressione della vita privata e familiare». La decisione della Corte europea della quale si attendono le motivazioni appare di grande rilievo sia perché rileva l'incoerenza della controversa normativa sulla PMA, sia perché censura in modo esplicito il divieto alla diagnosi preimpianto per contrasto con la legge sull'aborto terapeutico³². Si tratta di una questione già posta dai giudici di merito che più volte hanno evidenziato la contraddizione tra una normativa che consente "l'aborto terapeutico proprio nei casi in cui una diagnosi preimpianto avrebbe potuto evitare quel concepimento"³³. Appare evidente come proprio per le coppie non sterili e non infertili, ma affette da patologie geneticamente trasmissibili, la diagnosi preimpianto "trovi il suo migliore senso"³⁴.

III. IL DIVIETO DI FECONDAZIONE ETEROLOGA: LA PRONUNCIA CEDU E LA SUA RILEVANZA NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

Dalla breve disamina della tematica della procreazione medicalmente assistita si può evidenziare come emergano tutta una serie di difficoltà legate alle risposte che la scienza è o non è in grado di dare, alle complesse operazioni di bilanciamento tra opposti valori e interessi dei soggetti coinvolti e più in generale al comune sentire rispetto ai temi "eticamente sensibili". I problemi si complicano ulteriormente quando ci si sposta in una dimensione diversa e su di un terreno meno "fertile", per utilizzare un termine che ci sembra pertinente, rispetto ai limiti irragionevolmente imposti dal legislatore del 2004 e sin'ora esaminati.

alla Corte di Strasburgo che decide in favore della coppia condannando lo Stato italiano al risarcimento dei danni morali e delle spese legali sostenute.

32 A tale proposito si v. G. BALDINI *Limiti di accesso della coppia fertile alla PMA e PGD e violazione della Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo: ancora una condanna per l'Italia. Note a margine della Sentenza della Corte EDU del 28.08.2012*, in www.personaedanno.it, 6/9/2012, il quale sottolinea come da tempo si era sostenuto con forza l'argomento 'dell'antinomia normativa' tra L. 40 e L. 194. "Solo oggi però con tutta la sua autorevolezza la CEDU riprende la questione e la pone al centro del proprio ragionamento di censura della legge sulla PMA con ogni effetto consequenziale su altre 'questioni aperte': legittimità della PMA c.d. eterologa, divieto assoluto di sperimentazione sull'embrione, irrevocabilità del consenso". La conclusione cui giunge l'A. con riferimento alla decisione CEDU evidenzia come il problema non si ponga esclusivamente "sotto l'aspetto della congruità e proporzionalità tra il mezzo impiegato e il fine perseguito (come nella vicenda attinente la PMA c.d. eterologa) quanto anche sotto il profilo della compatibilità e coerenza logica di due previsioni che non trovano ragioni per coesistere in un medesimo sistema posto che rappresentano soluzioni normative espressione di un bilanciamento di interessi inconciliabile. Il risultato cui si perviene può ben qualificarsi in termini di antinomia normativa".

33 Così S. RODOTÀ, *Ora liberi dalle ideologie*, in *la Repubblica*, 29 agosto 2012.

34 F. BUZZI, G. TASSI, *La procreazione medicalmente assistita. Normativa, giurisprudenza e aspetti medico legali*, Milano, 2011, p. 183 e ss.

L'art. 4, comma 3, della l. n. 40 del 2004 vieta espressamente il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo³⁵. Si tratta di una tecnica che prevede l'utilizzo di almeno un gamete (spermatozoo o ovocita) esterno alla coppia ai fini della produzione dell'embrione e che rappresenta in alcune ipotesi di infertilità o sterilità gravi, l'unico metodo possibile ai fini della procreazione "quale aspirazione di una donna e di un uomo ad avere una discendenza" che "rappresenta una necessità, una caratteristica essenziale della condizione umana, sicché sussisterebbe un naturale e fondamentale diritto a procreare che come tale dovrebbe godere di protezione da parte dello Stato"³⁶. A fronte del divieto assoluto di ricorrere alla fecondazione eterologa la legge non ha fatto comunque corrispondere alcuna sanzione per coloro che decidessero di utilizzare questa metodologia di procreazione laddove consentita e disciplinata³⁷.

Tale tecnica, diversa e non configurabile come maternità surrogata³⁸, è ammessa e disciplinata in diversi paesi come ad esempio la Spagna e la Gran Bretagna e anche in quei paesi in cui le tipologie normative e giurisprudenziali non possono definirsi certo permissive come la Germania o la Francia³⁹. Tuttavia, la presenza di un esplicito divieto in tal senso non può certo stupire già per il solo fatto che la legge italiana sulla procreazione è considerata tra le più restrittive, sebbene sia stata in qualche modo riveduta e corretta dalla giurisprudenza esaminata in precedenza.

Anzi, da quanto sinora esaminato la previsione del divieto di qualunque forma di fecondazione eterologa di cui all'art. 4 della l. n. 40 del 2004 potrebbe essere considerata persino coerente rispetto alla disciplina nel suo complesso⁴⁰. E' pur vero che se si guarda alla finalità precipua della disciplina, ovvero quella di consentire alle coppie sterili o infertili di accedere alle tecniche di fecondazione assistita, si realizza di fatto una discriminazione nei confronti di quelle coppie che versano in condizioni di sterilità o infertilità irrisolvibili attraverso altre vie se non esclusivamente con la tecnica predetta⁴¹. Tuttavia, come già evidenziato, non è chi non veda come il ricorso alla fe-

35 Va ricordato che anche l'art. 4 è stato oggetto di valutazione in uno dei quattro quesiti referendari del 2005. Sulla disparità di trattamento tra la fecondazione eterologa, espressamente vietata e quella omologa consentita sia pure entro certi limiti si v. P. MEZZANOTTE, *Brevi note sui profili costituzionali della fecondazione eterologa (e del suo divieto)* in www.federalismi.it 14/7/2005.

36 C. CAMPIGLIO, *La procreazione medicalmente assistita nel quadro internazionale e transazionale* in *Trattato di Biodiritto* in op. cit. 1497 e ss.

37 La legge n. 40/2004 a fronte della violazione dei divieti predispone severe sanzioni amministrative e penali. L'utilizzo di gameti estranei alla coppia richiedente (c.d. fecondazione eterologa) è punito con una sanzione pecuniaria che va da 300.000 a 600.000 euro. (art. 12 c.1).

38 I. CORTI, *La maternità per sostituzione* in *Trattato...* op. cit. 1479 e ss.

39 G. DI GENIO, *Il primato...* op. cit. Sulle diverse discipline in materia si v. C. CASONATO- T.E. FROSINI, (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006.

40 Per un esame dei lavori preparatori sul divieto di fecondazione eterologa previsto dalla normativa italiana cfr. M. DELL'UTRI, *La fecondazione eterologa nel sistema dei diritti fondamentali*, in *Giur. merito* 2011, 2, p. 381 e ss.

41 S. CATALANO, *Ragionevolezza del divieto di procreazione assistita eterologa, fra ordinamento italiano e CEDU*, www.associazionedeicostituzionalisti.it 2 luglio 2010. L'A. rileva "una vera e propria contraddittorietà logica" rispetto alla *ratio legis* della legge n. 40 del 2004 e che il divieto alla fecondazione eterologa sembra delineare "un'ipotesi di incongruenza del mezzo rispetto al fine". Cfr. E. DOLCINI, *Strasburgo-Firenze-Roma: il divieto di fecondazione eterologa si avvia al capolinea?* in *Riv. it. di dir. e proc. pen.* p. 1425 e ss.

condazione di tipo eterologa sollevi inevitabilmente tutta una serie di problematiche che sono strettamente correlate al concetto di famiglia tradizionale di tipo esclusivamente biologica ed ai mutamenti che questa subisce in relazione ai progressi della scienza.⁴²

42 Sui limiti all'autoderminazione in ordine alle scelte procreative cfr. F. RIMOLI, *Laicità...op.cit.* Lo stesso evidenzia che non si tratta solo di un "problema sociale, spesso ignorato, della disastrosa clandestinità delle pratiche o all'accentuazione delle disuguaglianze cui certe scelte conducono (per cui, prevedibilmente, il "turismo procreativo" è oggi in Italia privilegio dei ricchi). Questa lesione del principio di eguaglianza si genera dovunque si sviluppi quello "shopping planetario dei diritti" di cui parla Rodotà, e dovunque si affermi la logica dei mercati globali nel suo aspetto deterioro, e una nuova forma di cittadinanza extranazionale di tipo prettamente censitario. Qui c'è anche la violazione evidente del principio di autodeterminazione che, corroborato da un'adeguata assunzione individuale di responsabilità, nella fattispecie in ordine alla scelta procreativa, deve essere invece ritenuto momento fondante dell'ordinamento democratico liberale, per noi alla luce (almeno) degli articoli 2 e 13 della Costituzione". Cfr. I. NICOTRA, *Anonimato del donatore e diritto all'identità personale del figlio nella procreazione medicalmente assistita*, in *Quaderni cost.*, 2002, 795 e ss.

Sulle posizioni assunte in merito alla fecondazione eterologa prima e dopo l'emanazione della disciplina cfr i pareri del Comitato Nazionale di Bioetica presso la Presidenza del Consiglio dei ministri. *La fecondazione assistita* del Comitato nazionale per la bioetica del 1995. Presidenza del Consiglio dei ministri. in http://www.governo.it/bioetica/pareri_abstract/abstract_fecondazione_assistita5.pdf "Nell'ambito dell'analisi giuridica, il CNB ritiene che il ricorso alle tecniche di procreazione assistita venga considerato lecito nel caso in cui a richiederlo siano coppie disponibili ad assumersi la responsabilità etica e giuridica genitoriale. Più problematiche sono considerate le fattispecie di fecondazione eterologa e i casi in cui la fecondazione stessa sia richiesta da una donna single o da una vedova, anche se con il seme del marito deceduto. Gravi problemi di liceità vengono sollevati rispetto alla maternità surrogata, in specie poi quando questa presuppone accordi di carattere commerciale. Il Comitato richiede inoltre delle indicazioni sul piano giuridico riguardo al destino degli embrioni soprannumerari, per evitare che divengano oggetto di commercializzazione e di non regolata sperimentazione. Dal punto di vista deontologico, il Comitato richiede di valutare la finalità terapeutica della fecondazione assistita, di curare l'acquisizione del consenso informato e di rispettare l'obbligo del segreto professionale. Quanto alla donazione dei gameti, il Comitato individua dei criteri per la selezione del donatore o della donatrice, sia dal punto di vista medico clinico che dal punto di vista psicologico e giuridico, e richiede la definizione di protocolli e standard di qualità per le strutture sanitarie in cui viene praticata la fecondazione assistita".

Cfr. *Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa*. del Comitato nazionale per la bioetica del 2011. Presidenza del Consiglio in www.governo.it/bioetica/pareri/abstract/abstract_diritto_conoscere_proprie_origini.pdf.

"Il CNB considera in senso generale nell'ambito di procreazione medicalmente assistita il problema etico della conoscenza della verità in riferimento alle modalità del concepimento e della propria ascendenza biologica.

Il documento ritiene raccomandabile che i genitori rivelino al figlio le modalità del suo concepimento attraverso filtri e criteri appropriati (proporzionalità, sostenibilità, rilevanza, attinenza, ecc.) anche con l'ausilio di una consulenza. Si raccomanda anche che al nato si riconosca sempre il diritto di accedere a quei registri dove sono conservati i dati genetici e la storia clinica dei datori di gameti, dato che trattasi di notizie a volte indispensabili per la sua salute".

"Negli anni '90 da parte degli ordinamenti giuridici vi è stata una propensione a stabilire che fosse conservato un assoluto anonimato fra donatore/ricevente/nato, salvo casi legati a ragioni mediche. Soluzione pensata in parte per le stesse ragioni giustificative del segreto, ma soprattutto in nome della tutela giuridica della famiglia sociale e al fine di escludere che il donatore potesse avanzare al riguardo un proprio progetto parentale con connessi diritti e pretese. Una scelta, quella dell'anonimato, che risulta analoga a quella fatta in altre situazioni giuridiche, come nelle adozioni di minori non riconosciuti

La questione che riguarda la fecondazione c.d. eterologa e il suo divieto nel nostro paese rappresenta una tematica ancora aperta che necessita di ulteriori approfondimenti soprattutto alla luce della recente decisione della Corte Costituzionale sul tema (ordinanza n. 150/2012). La Corte si è infatti pronunciata sulla questione di legittimità costituzionale sollevata dai Tribunali di Firenze, Catania e Milano relativamente al divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo sancita dalla legge n. 40 del 2004, restituendo gli atti ai giudici rimettenti per valutare la questione alla luce della sopravvenuta sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 3 novembre 2011 (S.H. e altri contro Austria), sulla medesima tematica.

La questione di legittimità sul divieto della fecondazione eterologa ha ricevuto certamente una spinta propulsiva dalla sentenza della Corte EDU, sez. I, 1 Aprile 2010, caso S.H e altri contro Austria (n. 57813/00)⁴³, chiamata a pronunciarsi sui ricorsi presentati da due coppie affette da gravi problemi di sterilità e con la quale la stessa ha condannato lo Stato austriaco a rimuovere il divieto contenuto nella normativa perché in contrasto con l'art. 8, riguardante il rispetto alla vita privata e familiare, e con l'art. 14, concernente il divieto di discriminazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁴⁴.

La legge austriaca che disciplina la procreazione assistita vieta sia il ricorso alla c.d. ovodonazione (donazione di ovociti) che quello alla fecondazione eterologa con seme maschile "in vitro" ammettendone altresì la fecondazione eterologa "in vivo". Dal che l'impossibilità per le coppie ricorrenti di sottoporsi alle tecniche di fecondazione eterologa dal momento che per una delle due coppie l'unica via consentita era rappresentata dalla donazione di gameti femminili a causa di sterilità assoluta della donna; nell'altro caso la soluzione da adottare era invece il ricorso alla donazione di seme maschile poiché affetto da sterilità era il marito. Sulla vicenda si era, peraltro pronunciata la Corte costituzionale austriaca che non aveva riscontrato vizi di legittimità della normativa. La differenza di regolamentazione tra la fecondazione eterologa "in vitro" e "in vivo" nella normativa austriaca trova il suo fondamento nel fatto che la donazione dei gameti maschili nella fecondazione in vivo è una pratica diffusa e non necessita di alcun intervento chirurgico.

La scelta di vietare la c.d. ovodonazione risiede nella necessità di scongiurare il rischio di una mercificazione dei gameti femminili oltre che di evitare trattamenti sanitari nocivi per la salute della donna ed infine il rischio di creare delle relazioni familiari "anomale". Tali motivazioni, avanzate dal Governo austriaco a sostegno delle proprie

alla nascita, ove si tende a separare nettamente la famiglia naturale da quella sociale e a mantenere il segreto sull'ascendenza biologica del nato nel caso in cui la madre invochi l'anonimato.

A seguito di un utilizzo sempre più diffuso della PMA nelle sue variegate forme e di un diverso sentire sociale, si riscontra una inversione di tendenza legislativa nei Paesi del Continente e fuori del Continente: quella di tenere in preminente conto la domanda del minore o di chi è divenuto adulto, una volta a conoscenza delle modalità del proprio concepimento, di potere accedere alle informative riguardanti i donatori".

43 In www.echr.coe.int.

44 M. D'AMICO, B. LIBERALI, (a cura di) *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte Costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, Roma, 2011.

scelte nell'ambito della disciplina, sono, come è stato efficacemente osservato, "quelle che hanno spinto altri paesi europei, fra questi il nostro, ad attestarsi su analoghe posizioni di divieto dell'eterologa nell'ambito della regolamentazione della PMA"⁴⁵. Un'interpretazione evolutiva dell'art. 8 della Convenzione ha consentito di poter attrarre nell'ambito convenzionale anche i rapporti tra genitori e figli nati a seguito di fecondazione eterologa. Infatti, nel caso di specie la Corte EDU ha riconosciuto che la fecondazione in vitro con ovulo di donatrice comporta l'instaurarsi di relazioni familiari atipiche, che sono ormai note agli ordinamenti giuridici già a partire dal momento in cui è stato accolto l'istituto dell'adozione⁴⁶.

La Corte EDU, in sintesi, ritiene irragionevole e discriminatoria la disciplina austriaca che vieta la donazione di ovuli, mentre consente il ricorso alla donazione di gameti maschili. Inoltre, ancora per la Corte, l'assenza di un approccio uniforme in campo di procreazione medicalmente assistita negli Stati contraenti consente agli stessi un ampio margine discrezionale in tema di regolamentazione di tali tecniche ma, una volta deciso di ammetterle occorre che la disciplina risulti "coerente" allo scopo che si intende realizzare. La dottrina del c.d. "margine di apprezzamento" elaborata dalla stessa Corte si basa sul principio di sussidiarietà e riserva, pertanto, agli Stati membri un margine di discrezionalità che consenta di tenere conto, caso per caso, delle singole tradizioni e della cultura del singolo Paese. Nel caso sottoposto al suo giudizio, tuttavia, la Corte EDU ritiene che le argomentazioni addotte dal governo austriaco per giustificare i divieti posti dalla disciplina sulla fecondazione assistita non siano proporzionate e ragionevoli rispetto agli obiettivi da raggiungere. La sentenza è stata approvata a maggioranza e contiene anche le opinioni dei due giudici dissenzienti che ritengono i divieti imposti dal legislatore austriaco proporzionati e altresì conformi all'art. 8 della Convenzione proprio in virtù di un ampio margine discrezionale che spetta agli Stati membri in una materia "eticamente sensibile" considerata anche l'assenza di uniformità tra gli ordinamenti degli Stati membri e l'assenza di un diritto positivo assoluto alla procreazione derivante dalla Convenzione europea⁴⁷.

In ordine alla rilevanza della suddetta pronuncia nell'ordinamento italiano, vale ricordare come, in seguito alla pronuncia della CEDU, il Tribunale di Catania (ordinanza 21 ottobre 2010) quello di Firenze (ordinanza del 13 settembre 2010) e quello di Milano (ordinanza 2 febbraio 2011) siano stati investiti di analoghi ricorsi e abbiano rimesso la questione relativa alla legittimità costituzionale del divieto di ricorrere alle tecniche di fecondazione eterologa alla Corte costituzionale. Occorre, tuttavia, rilevare anzitutto l'impossibilità di assimilare le discipline sulla procreazione italiana e au-

45 L. D'AVACK, *Sulla procreazione medicalmente assistita eterologa: il Tribunale di Firenze e quello di Catania rinviando la questione alla Corte Costituzionale*, in *Dir. Famiglia*, 2011, 1, p. 40 e ss.

46 C. CAMPIGLIO, *La procreazione medicalmente assistita nel quadro internazionale e transazionale in Trattato di Biodiritto...* op. cit 1497 e ss.

47 Il Governo tedesco è intervenuto a difesa del Governo austriaco evidenziando l'importanza della maternità biologica per la protezione del benessere dei bambini quale obiettivo precipuo del divieto di ovodonazione. Consentire altresì tale tecnica di fecondazione eterologa potrebbe compromettere lo sviluppo della personalità del bambino oltre a creare notevoli problemi nella ricerca della sua identità.

striaca posto che la prima pone un divieto tassativo sulle tecniche di fecondazione eterologa in generale. Pertanto, non dovrebbe ricorrere nel caso italiano quella "irragionevolezza" insita nella normativa austriaca che disciplina in modo differenziato le forme di fecondazione eterologa ammettendo esclusivamente la donazione di gameti maschili in "vivo" e negando le altre forme possibili⁴⁸. Sulla questione del contrasto tra una disposizione comunitaria CEDU e una norma del diritto interno circa gli effetti della sentenza CEDU S. H e altri c. Austria nell'ordinamento italiano, l'art. 46 della Convenzione esclude una diretta efficacia delle sentenze, anche definitive, e spetta agli Stati membri curarsi dell'esecuzione della sentenza all'interno del proprio ordinamento. A tale proposito occorre richiamare, pur brevemente, la soluzione prevista dalla Corte costituzionale con le sentt. nn 348/2007 e 349/2007 secondo le quali:

- a) le norme della Convenzione europea nell'ordinamento italiano hanno valore di norme interposte che devono essere rispettate in quanto integrano il contenuto degli obblighi internazionali che, in applicazione dell'art. 117 Cost., si impongono all'attività normativa dello Stato e delle Regioni, sempre che le norme della Convenzione non siano in contrasto con altre norme costituzionali;
- b) la CEDU ha una competenza esclusiva ad interpretare le norme della Convenzione e quindi queste devono essere applicate in Italia così come interpretate dalla Corte di Strasburgo;
- c) le norme interne vanno interpretate, per quanto possibile, conformemente alle norme della CEDU. Se questo esercizio non permette di risolvere il contrasto con la Convenzione, le norme interne di riferimento devono essere sottoposte all'attenzione della Corte costituzionale perché ne possa valutare l'incostituzionalità in relazione all'art. 117 Cost. Considerando dunque, ipoteticamente in senso restrittivo le norme CEDU come norme aventi lo stesso valore delle leggi ordinarie "con riguardo alle disposizioni della CEDU, questa Corte ha più volte affermato che, in mancanza di una specifica previsione costituzionale, le medesime, rese esecutive nell'ordinamento interno con legge ordinaria, ne acquistano il rango e quindi non si collocano a livello costituzionale". Secondo un *obiter dictum* contenuto nelle sentenze della Corte di Cassazione n. 10542 del 2002, n. 11096 del 2004 e n. 3033 del 2005, le sentenze CEDU hanno "natura sovraordinata" alle norme interne e il giudice nazionale ha "l'obbligo di disapplicare la norma interna in contrasto con la norma pattizia dotata di immediata precettività nel caso concreto"⁴⁹.

48 L. D'AVACK, *Sulla procreazione...* op.cit.

49 C. SALAZAR, *Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo, giudici, "affinità elettive" o "relazioni pericolose"?*, nel commentare le sentt. nn. 348 e 349 del 2007, osserva che i giudici comuni possono impugnare la legge di esecuzione della CEDU se la norma interna risulta maggiormente garantista di quella convenzionale; in caso inverso (ossia, qualora la norma della CEDU o anche gli orientamenti della Corte di Strasburgo appaiono offrire maggiore tutela ai diritti fondamentali), essi possono impugnare le leggi interne. Come si nota, in entrambi i casi, però, la tutela dei diritti "passa" dal necessario intervento risolutore della Corte costituzionale.

La decisione di “non decidere” definitivamente nel senso della illegittimità costituzionale del divieto di procreazione eterologa di cui all’art. 4, comma 3 della legge n. 40 del 2004 da parte della Corte Costituzionale⁵⁰, trova certamente il suo fondamento nel cambiamento di prospettiva con cui nel frattempo la Grande Camera EDU alla quale l’Austria aveva chiesto il riesame della sentenza ne ha stravolto in sostanza il contenuto. E’ sulla base di tale ultima decisione europea che i giudici rimettenti dovranno riesaminare la questione ed eventualmente risollevarla la stessa alla Corte costituzionale⁵¹.

IV. LA SENTENZA DELLA GRANDE CAMERA SUL CASO S.H. E ALTRI C. AUSTRIA

La Grande Camera della Corte EDU il 3 novembre del 2011 ha ribaltato la pronuncia della sentenza emessa nel 2010, ritenendo non lesive dell’art. 8 della Convenzione europea sul diritto alla vita privata e familiare le disposizioni della legge austriaca sul parziale e differenziato divieto della fecondazione eterologa⁵². La Grande

Cfr. sul tema A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, Relazione al Convegno del Gruppo di Pisa su *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Pisa 4-5 giugno 2010, in www.gruppodipisa2010.it.

- 50 Cfr a tale proposito R. BARTOLI, *La totale irrazionalità di un divieto assoluto. Considerazioni a margine del divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011,1, p. 90. L’A. nutre numerosi dubbi di legittimità costituzionale fondati sul diritto alla salute e alla libertà di autodeterminazione nonostante la difficoltà in relazione all’esatta definizione della fecondazione medicalmente assistita come vera e propria terapia. Ma anche ammettendo che non si tratti di un atto medico, “a maggior ragione il divieto finisce per rappresentare un’indebita ingerenza di un’autorità pubblica nella dimensione privata”.
- 51 Tra i vari commenti alla recente decisione della Corte costituzionale sulla fecondazione eterologa si v. S. RODOTÀ, *“Fecondazione assistita: lo spiraglio della Corte”*, in www.personaedanno.it 23 maggio 2012, il quale oltre a non ravvisare un orientamento del tutto negativo della Consulta in relazione alla richiesta di rimozione del divieto nell’ordinamento italiano ritiene, tra l’altro, non trascurabile che “il riferimento alla sentenza di Strasburgo e il suo necessario approfondimento non cancellano il fatto che la legittimità del divieto impugnato deve essere valutata alla luce dei principi fondamentali della Costituzione italiana. Principi che, questa volta, riguardano in particolare l’eguaglianza e il diritto fondamentale alla salute. L’eguaglianza è violata perché il divieto della fecondazione eterologa discrimina le coppie alla cui infertilità può essere posto rimedio solo con questa particolare tecnica, che offre loro la possibilità di rendere concrete le loro scelte procreative al pari di ogni altra coppia. La legge 40 sulla procreazione assistita, peraltro, è concepita come strumento per la «soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità e dalla infertilità umana», ed è dunque collocata nel quadro della tutela della salute. Poiché l’articolo 32 della Costituzione qualifica la salute come diritto «fondamentale», il divieto di accesso a determinate tecniche viola proprio questo diritto”.
- 52 Si veda il recente intervento di R. CHIEPPA, *Fecondazione eterologa e Corte europea CEDU.: Quali effetti vincolanti nel contrasto di interpretazione tra due decisioni ed altri profili processuali di costituzionalità*, in www.federalismi.it 2 maggio 2012, il quale sottolinea l’esistenza di “un solo ed unico giudicato, che possa produrre effetti e vincoli per gli altri giudici (nazionali di qualsiasi livello) ed è quello della Grande Chambre. La prima pronuncia del 2010, infatti, resta sostituita interamente dalla seconda decisione della Grande Chambre e non può essere più invocata e valere come base di un contrasto costituzionale, in quanto interposto riempimento del contenuto del vincolo nascente dall’art. 117 Cost., rispetto ad una norma interna di uno Stato aderente alla C.E.D.U. Secondo lo stesso, inoltre,

Camera imposta il suo ragionamento riconoscendo agli Stati in tale materia un ampio margine di apprezzamento tale da non poter per questo ritenere irragionevole la disciplina del legislatore austriaco di porre un divieto diversificato sulla fecondazione eterologa, atteso che la fecondazione *in vitro* suscitava, all'epoca dei fatti ovvero della pronuncia della Corte Costituzionale austriaca (1999), delicati interrogativi etici (con riferimento al rischio della mercificazione dei gameti, ai timori legati all'instaurazione di legami familiari atipici, alla dissociazione tra maternità genetica ed uterina, ecc.), in un contesto di rapida evoluzione scientifica. Questioni sociali e morali così complesse e delicate come l'utilizzo di gameti di persone esterne rispetto alla coppia impediscono la formazione di un consenso generale sulla materia.

Invero, il fatto che il legislatore austriaco ponesse delle limitazioni alla fecondazione eterologa "in vitro" ammettendo altresì la donazione di sperma a fini di fecondazione "in vivo" avrebbe dimostrato l'attenzione con cui si cercasse di conciliare le realtà sociali con le posizioni di principio su tale tema. Peraltro, la legge austriaca (così come quella italiana) non ha mai proibito ai suoi cittadini di recarsi all'estero per sottoporsi a pratiche di fecondazione negate in patria.

In ogni caso, la Corte EDU ha precisato che il suo non è un giudizio definitivo rammentando che i fatti esaminati risalgono al 1999, "allorquando il regime giuridico vigente rifletteva lo stato della scienza medica di allora ed il consenso sociale del tempo, mentre la procreazione assistita è materia che, più di altre, si presta alle influenze del fattore tempo e, cioè, ad evoluzioni scientifiche e giuridiche particolarmente rapide che richiedono un esame permanente da parte degli Stati membri della Convenzione europea"⁵³. Sembrerebbe che la Corte così facendo finisca "con il privare il proprio giudizio di una effettiva ed attuale consistenza rinunciando al ruolo di garante dei diritti fondamentali"⁵⁴.

"nell'ambito del potere di scelta dello Stato italiano deve essere tenuto presente che sulla materia della fecondazione eterologa non vi è un "consensus" generale europeo, né tantomeno un vincolo cogente essendo molteplici le soluzioni ammissibili. Altresì vanno rispettate le tradizioni appartenenti ad una cultura e all'ambiente sociale del singolo Paese, specie se confortate da garanzie costituzionali nei rapporti familiari e nei diritti dei nati. Di conseguenza deve essere considerata pienamente legittima (sul piano costituzionale interno e sul piano dei vincoli europei) l'esclusione, nella legislazione italiana, di riconoscimento, neppure in taluni casi c.d. eccezionali, di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo". Sulla improbabilità che il divieto di fecondazione eterologa sia in contrasto con il diritto alla salute cfr. G. ROCCHI, *Il divieto di fecondazione eterologa viola il diritto costituzionale alla salute?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it n. 2/2012 che nell'esaminare criticamente le ordinanze del Tribunale di Milano del 2/2/2011 e del Tribunale di Catania del 21/10/2010 rileva come "la prospettazione, propria solo dei Giudici italiani, della lesione del diritto costituzionale alla salute pare nascondere una buona dose di ipocrisia, di finzione che, nel procedimento davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è del tutto mancata da parte degli stessi ricorrenti e poi da parte della stessa Corte (in entrambe le articolazioni, Prima Sezione e Grande Camera)". "Il tema sotteso alla controversia sulla fecondazione eterologa" sarebbe allora unicamente "la posizione degli individui di fronte ad uno Stato democratico nel quale la limitazione della libertà personale deve essere limitata a casi eccezionali e giustificati".

53 In <http://www.governo.it/Presidenza/CONTENZIOSO/comunicazione/notizie/20111103.html>.

54 C. NARDOCCI, *La centralità dei Parlamenti nazionali e un giudice europeo lontano dal ruolo di garante dei diritti fondamentali* in www.formuncostituzionale.it 3 febbraio 2012.

Tale pronuncia richiama, peraltro, altre decisioni prese dalla Grande Camera in occasione “del bilanciamento tra il margine di apprezzamento, inteso come sfera di autonomia di ciascuno Stato nel determinare le scelte fondanti il proprio ordinamento costituzionale e il consenso esterno quando siano in gioco temi morali o etici”⁵⁵; si fa riferimento alla sentenza n. 30841 del 18 marzo del 2011, sul ricorso del Governo italiano contro la sentenza del 3 novembre 2009, con cui ha assolto l’Italia dall’accusa di violazione dei diritti umani per l’esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche⁵⁶; o ancora alla decisione 16 dicembre 2010 con cui la Grande Camera si è pronunciata in tema di aborto (nel caso A., B., C., contro Irlanda), riaffermando così “l’autonomia dei singoli Stati in tutte quelle scelte che vengono positivate in normative nazionali e che attengono a questioni fondamentali relative alla vita privata e ai diritti umani”⁵⁷.

V. LA DIFFICILE MA NECESSARIA RICERCA DI BILANCIAMENTI RAGIONEVOLI TRA LE RAGIONI DELLA SCIENZA E QUELLE DELL’ETICA E IL RUOLO INSOSTITUIBILE DEI PARLAMENTI NELLA REGOLAZIONE DELLE VICENDE DI INIZIO VITA

L’esame dei dati normativi e di alcune significative pronunce giurisprudenziali in materia di inizio vita conduce a sviluppare qualche considerazione di carattere generale sul ruolo che il diritto, e segnatamente il diritto di un ordinamento democratico costituzionale, può e deve avere nella definizione di temi bioetici.

Trova conferma, innanzitutto, l’assunto secondo cui i bilanciamenti che il legislatore deve compiere in tali ambiti devono risultare ragionevoli⁵⁸, il che val quanto dire che essi devono essere in grado di consentire la soddisfazione degli interessi meritevoli di tutela giuridica e, nel contempo, di impedire che si consumino sacrifici insostenibili dei valori costituzionali in campo.

55 D. TEGA, *Corte Europea dei diritti: l’aborto tra margine di apprezzamento statale e consenso esterno nel caso A, B e C contro Irlanda*, in www.forumcostituzionale.it 2 marzo 2011.

56 Nel caso di specie, nella pronuncia di primo grado della Corte Edu, proprio il margine di apprezzamento non era sembrato sufficiente ad escludere la sussistenza di una violazione dei diritti fondamentali da parte della legislazione nazionale.

57 Così L. VIOLINI, *La sentenza della Grande Camera: da Strasburgo un bilanciamento di diritti*, in www.scienzaevita.org n. 9, 14 novembre 2011.

58 Sul principio di ragionevolezza si v. A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in «*Diritto e società*», 2000, n. 4; G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; dello stesso A. si v. *Corte costituzionale e principio generale di ragionevolezza* in www.giuri.unibo.it, Bologna, 2 maggio 2012 (VI versione). La ragionevolezza rappresenta “lo strumento che permette di individuare il diritto valido attraverso complesse operazioni di mediazione tra la Costituzione, gli atti legislativi di attuazione e di sviluppo e i contesti applicativi. Per questo, non sembra azzardato ritenere la ragionevolezza come metafora dell’esperienza giuridica tipica dello stato costituzionale pluralista, nella quale si tratta propriamente di comporre continuamente un quadro di coerenza tra tutti i dati del giuridico: i fatti della vita, le norme positive, i principi fondamentali”; cfr. A. D’ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007.

D'altro canto, il conseguimento di tale obiettivo in campo bioetico appare molto difficile. In altri ambiti – si pensi, per tutti, alle questioni di fine vita –, i conflitti ideologici impediscono addirittura di giungere all'approvazione di una qualsivoglia disciplina, lasciando così alla giurisdizione il gravoso compito di rispondere, in modo inevitabilmente imperfetto e occasionale, alle tante istanze sociali emergenti in tale settore⁵⁹.

Anche per questo, deve concludersi che in materia di bio-diritto l'intervento normativo primario non può che essere quello del legislatore; come dimostra, infatti, l'esperienza delle decisioni della Corte di Strasburgo sulla normativa austriaca, in ambiti eticamente sensibili come quelli in esame le decisioni giudiziali sono fortemente condizionate dalla composizione del tribunale e dalle opzioni ideologiche ed etiche dei componenti il collegio giudicante.

Quando la disciplina da dettare presuppone opzioni fondamentali sui concetti di vita o di morte, si è troppo lontani dal modello di giurisdizione costituzionale neutra d'ispirazione kelseniana e i rischi di politicizzazione della giurisdizione medesima si fanno quanto mai concreti.

Nel caso delle questioni di inizio vita il legislatore italiano ha predisposto una disciplina che, tuttavia, come si è visto, presenta soluzioni fortemente discutibili e di dubbia costituzionalità. Tale disciplina costituisce, ciò nondimeno, una base di partenza, perfettibile sia attraverso gli interventi correttivi della Corte costituzionale, sia attraverso eventuali auspicabili aggiustamenti da parte dello stesso Parlamento. E' razionale prevedere che, sia a seguito delle decisioni giurisprudenziali, che a seguito dell'emersione di tali nuove istanze, le Camere provvedano alla formulazione di una disciplina quanto più aderente sia alle esigenze di talune coppie il cui desiderio (non quello di avere "un figlio a tutti i costi") legittimo ad una procreazione responsabile non debba invece scontrarsi con le connesse esigenze di tutela della fase iniziale della vita.

59 Cfr. P. FALZEA (a cura di) *Thanatos e Nomos, Questioni bioetiche e giuridiche di fine vita*, Napoli, Jovene, 2009.

