

Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato di Ricerca in Scienze Giuridiche

Ciclo XXXI

Curriculum in Diritto Privato e Comparato, del Lavoro e Tributario

PER UNA NUOVA LEGGE SULLA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA

Cristina Varano

Matricola 717455

Tutore: Prof. Giovanni Iorio

Coordinatore: Prof. Maurizio Arcari

ANNO ACCADEMICO 2017/2018

INDICE

Introduzione.....	pag 4
-------------------	-------

Capitolo I

Uno sguardo alla legge 19 febbraio 2004 n. 40 sulla procreazione medicalmente assistita

1. Premessa.....	pag 8
2. Alcuni concetti fondamentali.....	pag 10
2.1. Le pratiche connesse alla PMA.....	pag 12
3. Prima dell'entrata in vigore della L. 40/2004.....	pag 13
3.1. I lavori preparatori. Il Comitato Nazionale per la Bioetica.....	pag 17
3.2. Le linee guida per l'applicazione della legge.....	pag 21
4. La struttura della L. 40/2004.....	pag 23
4.1. I limiti imposti agli interventi di PMA.....	pag 24
4.2. I rapporti di filiazione.....	pag 29
4.3. I divieti e le sanzioni.....	pag 31
5. La legge n. 40/2004 come bersaglio di critiche trasversali.....	pag 34
5.1. Una legge cattolica?.....	pag 35
5.2. I rapporti con la legge n. 194/1978.....	pag 39
5.3. Raffronto fra adozione e PMA.....	pag 42
5.4. I limiti alla scienza. Il problema della Diagnosi Genetica Pre - impianto e dell'eterologa.....	pag 44

Capitolo II

La lenta riscrittura della l. 40/2004 alla luce degli interventi giurisprudenziali di merito, di costituzionalità ed europei

1. Il problema della configurabilità del <i>referendum</i> della legge n. 40.....	pag 49
---	--------

1.1. Il quesito integralmente ablativo. Ammissibilità dei <i>referendum</i> di abrogazione parziale.....	pag 53
2. Analisi delle richieste di <i>referendum</i> del 2005.....	pag 55
2.1. Corte costituzionale, sentenza n. 45 del 2005.....	pag 57
2.2. Le richieste di abrogazione parziale: premessa.....	pag 62
2.3. [segue] Corte costituzionale, sent. nn. 46, 47, 48 e 49 del 2005....	pag 65
3. Le decisioni della Corte. Valutazioni Critiche.....	pag 71
4. Il problema della diagnosi genetica pre – impianto sull'embrione.....	pag 75
4.1. Pronunce di merito.....	pag 81
4.2. La Corte costituzionale decide di non decidere.....	pag 86
5. La questione di legittimità costituzionale del divieto di produzione di embrioni in numero superiore a tre.....	pag 91
5.1. La declaratoria di incostituzionalità.....	pag 96
5.1.1. Gli effetti della pronuncia costituzionale sulla PGD.....	pag 103
6. Il controverso tema dell'accesso alle tecniche per le coppie portatrici di gravi malattie genetiche, ma fertili.....	pag 108
6.1. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo boccia L. 40/2004.....	pag 109
6.2. La Corte costituzionale apre l'accesso alla PMA alle coppie non sterili o infertili.....	pag 117
6.3. Illegittimità costituzionale dell'art. 13, co. 3, lett. B e co. 4, L. 40/2004.....	pag 123
6.4. Le nuove linee guida del 2015.....	pag 125
7. Il divieto di fecondazione eterologa. La decisione della Corte EDU.....	pag 127
7.1. Pronunce di merito: Firenze, Catania, Milano.....	pag 133
7.2. La restituzione degli atti ai giudici <i>a quibus</i>	pag 139
7.3. Corte costituzionale, sent. 162/2014: cade il divieto di fecondazione eterologa.....	pag 144
7.3.1. Le conseguenze pratiche della decisione della Corte costituzionale..	
.....	pag 150

Capitolo III:
Le questioni aperte e lo sguardo comparato

1. Premessa. Cosa resta della L. 40/2004.....	pag 157
2. Coppie <i>same sex</i> e fecondazione assistita.....	pag 159
2.1. Coppie omosessuali e turismo procreativo.....	pag 164
2.1.1. L. n. 76/2016 e riconoscimento normativo delle coppie <i>same sex</i>	pag 168
2.2. Il divieto di accesso alle coppie <i>same sex</i> è ancora attuale?.....	pag 173
3. L'utilità di una analisi comparata sul tema della PMA.....	pag 178
3.1. La fecondazione assistita in Europa. La Francia.....	pag 180
3.1.1. La normativa tedesca.....	pag 183
3.1.2. La legislazione spagnola.....	pag 186
3.1.3. Il Regno Unito.....	pag 188
3.2. La diagnosi genetica preimpianto in Europa.....	pag 190
3.2.1. La normativa spagnola, il Regno Unito e la Germania.....	pag 191
3.2.2. [segue] Portogallo e Francia.....	pag 194
3.3. Spunti per il legislatore italiano.....	pag 196
Conclusione: uno sguardo al futuro.....	pag 200
Riferimenti bibliografici.....	pag 209
Indice cronologico delle sentenze.....	pag 225

INTRODUZIONE

Viviamo in un periodo caratterizzato da grandi progressi scientifici e tecnologici, da innovazioni nella medicina e da profondi cambiamenti culturali, dall'esaltazione della scienza biologica e delle sue applicazioni alla vita di tutti i giorni.

Il progresso scientifico è ovviamente causa di nuovi problemi etici, perché crea nuove opzioni: nascere, vivere, avere figli, ammalarsi e persino morire sono stati a lungo meri eventi naturali, di cui prendere unicamente atto e che s'imponevano all'uomo, ma la scienza ha mutato tale prospettiva, dando luce a nuove opzioni d'azione¹ e, soprattutto, nuovi problemi giuridici ed interrogativi morali.

In particolare, le conoscenze tecniche che l'uomo sta scoprendo e perfezionando con il trascorrere del tempo, trovano campo di prova in uno degli ambiti più discussi del nostro secolo: la procreazione medicalmente assistita.

Le sempre più sviluppate capacità dell'uomo e le infinite possibilità di intervento offerte dalle nuove acquisizioni della scienza, hanno cercato infatti di dare risposta a due dei più sentiti problemi del nostro tempo: l'infertilità della coppia e la sterilità individuale². Per sterilità si intende, in particolare, l'incapacità di ottenere una gravidanza dopo un anno di rapporti sessuali potenzialmente fecondanti³; l'infertilità è invece l'incapacità di portare avanti la gravidanza fino all'epoca che garantisca la sopravvivenza del feto⁴.

La società quindi richiede inevitabilmente che il mondo della ragione e della scienza intervengano attivamente per ridurre il grave disagio conseguente

¹ F. Poggi, "Introduzione. Diritto, scienza e morale", in F. Poggi (a cura di), *Diritto e bioetica. Le questioni fondamentali*, p. 11.

² G. Sirchia, Prefazione a "La procreazione medicalmente assistita" di Fernando Santosuosso, 2004, p. VII.

³ M. L. Di Pietro, R. Minacori, "Il ricorso alle tecniche di fecondazione artificiale: un'analisi quantitativa", in E. Scabini e G. Rossi (a cura di), *Famiglia generativa o famiglia riproduttiva? Il dilemma etico nelle tecniche di fecondazione assistita*, 1999, p. 149. Il termine di un anno, previsto per qualificare l'incapacità di avere figli come sterilità, è stato desunto dai dati statistici relativi alla fertilità della popolazione generale e alle coppie che, apparentemente sane, ricercavano una gravidanza.

⁴ *Ibidem*, p. 150.

alla forte riduzione della potenzialità genitoriale⁵, le cui cause possono essere rinvenute nell'epoca tardiva del concepimento, nella mancata o tardiva diagnosi di un'eventuale patologia e durata dell'infertilità, nella frequenza dei rapporti sessuali, nello stress, nell'inquinamento ambientale e nelle condizioni lavorative non adeguate.

Inizialmente, però, si è ricorso all'aiuto della scienza senza una regolamentazione giuridica, inaccettabile in un settore così delicato e importante che coinvolge sia i desideri dei singoli, ma anche i diritti dei soggetti più deboli, gli embrioni. Questo ha necessariamente aperto problemi di natura giuridica, medica, etica.

La legge n. 40 sulla procreazione assistita approvata dal Parlamento il 19 febbraio 2004, è stata il risultato di un lungo e impervio *iter* da cui è derivata una sintesi delle diverse forze in campo, preoccupate per la libertà dei singoli da un lato, per i diritti del più debole e la sua regolamentazione dall'altro.

Tale legge giungeva in un periodo che vedeva l'Italia come unico Paese europeo a non aver dato regolamentazione ad un campo di tale rilevanza sociale. Nel decennio di vita, tuttavia, la L. 40/2004 è stata oggetto di un acceso dibattito, ha subito una domanda di ablazione totale e quattro *referendum* parziali, varie decisioni giurisprudenziali di merito e di legittimità che la disattendevano richiamandosi ai principi costituzionali e condanne dello Stato italiano da parte della Corte EDU.

Ciò, forse anche perché essa si apre con uno spiraglio di novità per quanto concerne i diritti delle coppie sterili alla procreazione medicalmente assistita, ma nei vari articoli crea limitazioni e divieti per cui, di fatto, la coppia sterile o infertile si scontra con impedimenti che rendono difficile – se non addirittura quasi impossibile – la realizzazione del loro desiderio di maternità e paternità.

In definitiva, tale normativa – a seguito dei vari interventi giurisprudenziali – è stata totalmente riscritta nei punti più qualificanti: la rigidità e chiusura nei confronti del contributo scientifico hanno portato ad un testo

⁵ U. Veronesi, "Prefazione", in M. de Tilla, L. Militerni, U. Veronesi (a cura di), *Fecondazione eterologa*, 2015, p. X. L'autore specifica che, come segnalato dall'Istituto Superiore di Sanità, si tratta di un fenomeno in crescita: alcuni studi epidemiologici hanno infatti dimostrato come la diminuzione delle nascite non sia dovuta esclusivamente a scelte sociali, ma che esista un reale incremento dei casi di infertilità e sterilità.

legislativo che non è stato in grado (né è tutt'ora) di garantire un adeguato livello di efficacia concreta e di coerenza rispetto alla delicatezza delle questioni in gioco e ai principi costituzionali oggetto del bilanciamento⁶.

La L. 19 febbraio 2004 n. 40 oggi, pertanto, non risponde più per intero al modello fortemente voluto dal legislatore e si avvia verso un progressivo sgretolamento degli istituti cardine che l'avevano ispirata⁷, sgretolamento che sta lentamente trasformandosi in un vero e proprio scardinamento dell'impianto strutturale della legge⁸: le regole in essa contenute non hanno retto il confronto dei principi costituzionali ed europei e una volta sradicate, diviene necessario fissarne di nuove.

Ciò che è ormai chiaro, è che il mutamento incessante che la scienza e la tecnologia hanno imposto alla società civile sta modificando – ed in parte ha già, di fatto, modificato – la percezione che l'individuo ha di sé stesso e delle cose che lo circondano e con questa i criteri ordinanti alle sottese relazioni intersoggettive⁹.

La pretesa di imporre regole rigide, espressione di una sola concezione, a scapito delle altre, porta a risultati deludenti; la legge n. 40/2004 ne costituisce esempio emblematico, in quanto il suo impianto normativo non ha retto al confronto con i principi costituzionali interni ed europei di riferimento e di conseguenza si è assistito ad un suo integrale stravolgimento e riscrittura da parte della giurisprudenza ordinaria, costituzionale ed europea¹⁰.

Le nuove tecnologie mettono in discussione l'efficacia degli strumenti e dei concetti che ci vengono dalla tradizione, dei paradigmi sui quali è ordinato il nostro sapere. Le scienze della vita richiedono di definire lo statuto del corpo e delle sue parti, di elaborare regole di appartenenza e di circolazione coerenti con i valori, con gli interessi in gioco, rispettose dei diritti delle persone.

⁶ M. Azzalini, "Introduzione", in M. Azzalini (a cura di), *La procreazione assistita dieci anni dopo*, 2015, p. 10.

⁷ F. D. Busnelli, "Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito", in *Riv. dir. civ.*, 2011, fasc. 4, pp. 459 ss.

⁸ M. Azzalini, *op. cit.*, p. 9.

⁹ G. Baldini, "Premessa" in G. Baldini (a cura di), *Persona e famiglia nell'era del biodiritto. Verso un diritto comune europeo per la bioetica*, 2015, p. 4.

¹⁰ G. Ferrando, "Introduzione", in G. Baldini (a cura di), *cit.*, p. 6.

Di fronte a questi interrogativi si avverte, come nel caso della procreazione medicalmente assistita, tutta l'inadeguatezza degli strumenti e dei concetti tradizionali, che vengono inevitabilmente di volta in volta messi in discussione e stravolti.

Capitolo I

Uno sguardo alla legge n. 40 del 2004

Sommario: 1. Premessa; 2. Alcuni concetti fondamentali; 2.1. Le pratiche connesse alla PMA; 3. Prima dell'entrata in vigore della L. 40/2004; 3.1. I lavori preparatori. Il Comitato Nazionale per la Bioetica; 3.2. Le linee guida per l'applicazione della legge; 4. La struttura della L. 40/2004; 4.1. I limiti imposti agli interventi di PMA; 4.2. I rapporti di filiazione; 4.3. I divieti e le sanzioni; 5. La legge n. 40/2004 come bersaglio di critiche trasversali; 5.1. Una legge cattolica?; 5.2. I rapporti con la legge n. 194/1978; 5.3. Raffronto fra adozione e PMA; 5.4. I limiti alla scienza. Il problema della Diagnosi Genetica Pre – impianto e dell'eterologa.

1. Premessa.

La prima bambina concepita grazie alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (d'ora in avanti, per semplificare, anche PMA), Louise Joy Brown, nacque il 25 luglio 1978 nei pressi di Manchester grazie ad una fecondazione *in vitro* messa a punto dal ricercatore britannico Dr. Robert Edwards¹¹: fu un evento senza precedenti, in quanto per la prima volta si era riusciti ad ovviare ai problemi di sterilità e trasmissione di malattie ereditarie; per tale motivazione, fu considerato il punto di avvio della progressiva modifica della configurazione dell'istituto “famiglia”, dei rapporti familiari e di quelli parentali.

Come ovvio, ciò suscitò innumerevoli dubbi ed interrogativi e per questo divenne evidente la necessità di una forma di legittimazione sociale e giuridica delle tecniche di PMA, perché esse rivoluzionano seriamente i confini di tutto quello che si credeva certo, fino a quel momento, con riguardo alla famiglia e

¹¹ Il dott. Edwards, in un'intervista inerente alla sua impresa, affermò che “il successo andò al di là del problema della fertilità, e riguardò l'etica del concepimento. Volevo capire chi fosse davvero al comando, se Dio o la scienza. Ho dimostrato che gli scienziati sono al comando”, in U. Veronesi, cit., p. X.

alle sue modalità di relazione¹². Ne sono scaturite infatti modificazioni dei ruoli sessuali, della coscienza della propria identità personale, dell'ambito in cui è possibile compiere scelte individuali su temi quali la nascita, la maternità e la paternità¹³.

La Legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita è intervenuta ponendo fine ad una situazione di intollerabile instabilità ed incertezza, formatasi a causa di un'insufficienza normativa¹⁴ senza paragoni in Europa¹⁵. Tale vuoto normativo era stato colmato, fino a quel momento, dal dominio dell'autonomia decisionale del singolo¹⁶ e ciò aveva dato vita ad un dibattito molto esteso che vedeva come parti principali le istituzioni giudiziarie, legislative, sociali e religiose.

Quando finalmente il legislatore italiano ha deciso di scendere in campo per dare una regolamentazione definitiva a questa materia, si è trovato di fronte a numerosi punti di riferimento e modelli interpretativi da vagliare, che lo hanno portato a varare quella che è stata da molti definita come una legge frutto del compromesso¹⁷. Da cosa partire?

¹² E. Maestri, *“Riproduzione artificiale e nuove famiglie: genitorialità o serialità riproduttiva?”*, in *Archivio giuridico di Filippo Serafini*, 2012, fasc. 1, pp. 110 – 111.

¹³ Il Regno Unito si dotò velocemente di leggi in tema di procreazione medicalmente assistita; come si vedrà più nel dettaglio nel Cap. 3, nel 1982 venne creata la Commissione Warnock, che adottò lo *“Human Fertilisation and Embryology Act 1990”*, la prima legge tesa a disciplinare la tematica della PMA in Inghilterra, e creò la *“Human Fertilisation and Embryology Authority”*. L'Atto del 1990 è stato poi sostituito dal *“Human Fertilisation and Embryology Act 2008”*, che tuttavia ne mantenne l'impianto. Il testo normativo del 2008, insieme allo *“Human Rights Act 1998”*, al *“Marriage (same sex) Act 2013”* (che ha riconosciuto il matrimonio tra persone dello stesso sesso), al *“Surrogacy Arrangements Act 1985”* (che sancisce l'illegittimità della commercializzazione della maternità surrogata), al *“Criminal Justice and Public Order Act 1994”* (che ha previsto il divieto di utilizzo di embrioni abortiti) ed allo *“Human Reproductive Cloning Act 2001”* (che sancisce il divieto di clonazione umana), costituiscono le fonti normative di rango legislativo che nel Regno Unito disciplinano la PMA in generale e la fecondazione eterologa in particolare.

¹⁴ Questa situazione di vuoto normativo venne da parte della dottrina addirittura soprannominata *“Far West procreativo”*, intendendo in particolare la situazione di apparente assenza di norme, che avrebbe consentito a medici e biologi di abbandonarsi alle sperimentazioni senza limiti. In realtà, come si vedrà nel corso del presente capitolo, non corrisponde al vero che prima dell'adozione della L. 40/2004 non esistessero norme disciplinanti la PMA; esse, però, non erano da sole sufficienti a regolare questo campo, che coinvolgeva diversi diritti tutelabili dall'ordinamento.

¹⁵ Per un'analisi delle principali normative europee, si rimanda *infra* al capitolo 3.

¹⁶ G. Tomarchio, *“Nascere sotto il codice: una riflessione giuridica sulla legge 40 per la procreazione medicalmente assistita”*, 2005, p. 13.

¹⁷ F. Santosuosso, *“La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40”*, 2004, p. 4.

Il presupposto è semplice: da molti anni in Europa la sterilità e l'infertilità sono in aumento e affliggono numerose coppie. L'aspirazione di esse ad avere un figlio può, però, in certi casi entrare in conflitto con la tutela della famiglia, con il rispetto dei valori costituzionali e con i diritti del soggetto più debole, l'embrione.

Alla luce di tali considerazioni, quando le scelte terapeutiche effettuate, anche se supportate da evidenze sperimentali e scientifiche ormai acquisite, incidono su tali diritti, l'intervento del legislatore è d'obbligo¹⁸.

La disciplina dettata da tale testo legislativo, tuttavia, è stata fortemente criticata, al punto che gli innumerevoli rimproveri che le sono stati mossi si sono ben presto tradotti in casi concreti, sottoposti all'analisi dei giudici di merito e amministrativi di tutto il territorio e, successivamente – ma anche parallelamente – sono mutati in quesiti referendari, in ricorsi al Giudice delle leggi e alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Questa legge, come si vedrà più approfonditamente nel secondo capitolo del presente elaborato, si è infatti scontrata con i principi generali del nostro ordinamento, con i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione e dalla CEDU, con la giurisprudenza della Consulta e della Corte EDU; nel corso del tempo, però, “i principi negletti [si sono presi] la rivincita”, “hanno ripreso il sopravvento, vuoi grazie all'interpretazione adeguatrice dei giudici di merito, vuoi grazie all'intervento della Corte costituzionale”¹⁹.

2. Alcuni concetti fondamentali.

Prima di inoltrarsi nell'esame dell'evoluzione della normativa italiana sulla PMA, risulta di fondamentale importanza chiarire qualche concetto base dal punto di vista tecnico, per dirimere i tanti dubbi che sorgono in ordine a questo complesso tema che si trova al limite del diritto, della medicina e della morale, in continuo divenire grazie alle sempre nuove frontiere raggiunte dal progresso dell'ingegneria genetica.

¹⁸ G. Sirchia, *op. cit.*, p. VIII.

¹⁹ G. Ferrando, “La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita”, in *Famiglia e diritto*, 2011, fasc. 5, p. 517 e 524.

Il processo riproduttivo della specie umana è molto complesso e può essere diviso in varie fasi: esso presuppone l'incontro di cellule germinali (i gameti) maschili (spermatozoi) e femminili (ovociti o anche oociti).

In particolare, con l'espressione "fecondazione artificiale" intendiamo i diversi fenomeni che hanno come comune denominatore l'intervento artificiale, biologico o medico, nella prima fase della riproduzione umana per integrare o sostituire comportamenti o forze naturali. Tale formula comprende i fenomeni della "inseminazione artificiale" e della "fecondazione extracorporea".

La prima è la tecnica più semplice e meno invasiva di PMA e consiste nell'introduzione del seme maschile nell'apparato riproduttivo femminile allo scopo di fecondarla, utilizzando mezzi diversi dal naturale rapporto sessuale. Essa si distingue in: "inseminazione artificiale omologa" (AIH), che utilizza i gameti di entrambi i coniugi; "inseminazione artificiale eterologa" (AID), che utilizza il seme o l'ovulo di un donatore; "inseminazione extramatrimoniale" (AIE), utilizzata per dare figli a coppie conviventi, a donne nubili o vedove, nonché alle coppie omosessuali.

La seconda, invece, è più complessa in quanto consiste nell'incontro dei due gameti *in vitro*, ossia al di fuori del corpo femminile, per poi procedere all'impianto nell'utero materno. Anche questa metodologia può distinguersi in vari procedimenti: la "fertilizzazione in vitro" (FIV-ET), che consiste nel porre i gameti in un terreno di coltura artificiale ed attendere che avvenga la fecondazione, per poi procedere al trasferimento in utero; la tecnica di "*Intra Cytoplasmic Sperm Injection*" (ICSI), un esempio di micromanipolazione che consiste nell'iniettare uno spermatozoo in un ovocita operando al microscopio con strumenti ad alta precisione; infine, la "*Gametes Intra Fallopian Transfer*" (GIFT), che consiste nel prelievo degli ovociti per via transvaginale o laparoscopica ed il successivo trasferimento dei gameti nelle tube di Falloppio.

Gli interventi di procreazione medicalmente assistita hanno maggiori possibilità di riuscita ove si disponga di più di un ovocita e pertanto, poiché normalmente uno solo di essi giunge a maturazione per ogni ciclo mestruale, per poter disporre di più di uno, è necessario ricorrere ad una terapia ormonale in grado di indurre un'ovulazione multipla.

2.1. Le pratiche connesse alla PMA.

Oltre alle pratiche di PMA in senso stretto, che sono volte a determinare l'incontro dei gameti, a facilitare o a produrre la fecondazione e qualora essa avvenga in laboratorio, a trasferirne il prodotto nell'utero della donna che sosterrà la gravidanza, esistono alcune tecniche che sono ad esse connesse: (i) la diagnosi genetica preimpianto, (ii) la crioconservazione di gameti ed embrioni, (iii) e la maternità surrogata.

Con la diagnosi genetica preimpianto (d'ora in avanti, PGD: *Preimplantation Genetic Diagnosis*), a livello pratico, è possibile analizzare le qualità genetiche degli embrioni concepiti *in vitro*, prima di procedere all'impianto nell'utero della donna, consentendo in particolare lo *screening* delle malattie genetiche in coppie a rischio ed il test per evidenziare eventuali anomalie cromosomiche.

A seguito di un'indagine genetica preimplantatoria, è possibile decidere se procedere o meno al trasferimento in utero degli embrioni, quali di questi trasferire per primi, quali conservare per un eventuale trasferimento successivo (mediante la tecnica della crioconservazione, una forma di congelamento dei gameti e degli embrioni formati in laboratorio, al fine di evitare di dover ricorrere a nuovi cicli di stimolazione ovarica e limitare il rischio di gravidanze plurime) e quali eliminare (in questo caso, si può parlare di selezione genetica degli embrioni).

Rientra infine nelle tecniche connesse alla PMA la pratica comunemente nota come maternità surrogata o "utero in affitto", attraverso cui le donne si prestano ad intraprendere e portare a termine una gravidanza, per partorire un figlio non per sé, ma per altri.

La surrogazione, nella sua forma tradizionale, può essere definita "parziale" quando il nascituro conserva un legame genetico con la madre surrogata, poiché vengono utilizzati gli ovociti di quest'ultima e la fecondazione avviene utilizzando spermatozoi del padre committente o di un donatore.

Invece, nella surrogazione c.d. totale (definita anche “maternità surrogata gestazionale”), il patrimonio genetico del bambino è il medesimo dei genitori committenti (o di uno soltanto, nell’ipotesi in cui sia stato utilizzato il gamete di un donatore) e la madre surrogata ha il compito di portare unicamente avanti la gravidanza, indotta con il ricorso alle tecniche della fecondazione in vitro.

3. Prima dell'entrata in vigore della L. 40/2004.

Prima dell'entrata in vigore della L. 40/2004 vi sono stati diversi tentativi di regolamentare la PMA e la prima proposta avanzata fu quella del 25 novembre 1958²⁰, presentata dai deputati Gonella e Manco della Camera dei Deputati, contenente un unico articolo nel quale veniva punita la donna che avesse consentito su di sé pratiche inseminative con seme non appartenente, anche solo parzialmente, al coniuge.

Pochi giorni dopo, i deputati Cossiga e Sarti proponevano un'interrogazione ai Ministri dell'Interno, della Giustizia e della Sanità²¹: desideravano rendere noto che sul territorio della Repubblica venivano messe in atto pratiche di fecondazione artificiale della specie umana; chiedevano se queste potessero essere ritenute contrarie al buon costume, alla tradizione giuridica del popolo italiano e ai principi generali dell’ordinamento; domandavano se le norme vigenti potessero essere ritenute sufficienti ad evitare eventuali danni e di conseguenza quali provvedimenti legislativi il Parlamento intendesse proporre e adottare.

Successivamente, nell’aprile del 1959, i deputati Riccio, Russo Spena e Frunzio presentarono una seconda proposta di legge, contenente cinque articoli²².

²⁰ Proposta di legge C. 585, 25 novembre 1958, art. 1: “La donna che permette su di sé, con seme totalmente o parzialmente non del marito, pratiche 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 datore di seme e chiunque su donna coniugata e consenziente compia atti idonei alla inseminazione artificiale”; in F. Buzzi e G. Tassi, *“La procreazione medicalmente assistita. Normativa, giurisprudenza e aspetti medico legali”*, 2011.

²¹ Interrogazione n. 744 del 3 dicembre 1958, in F. Santosuosso, *op. cit.*, p.24.

²² F. Santosuosso, *“La fecondazione artificiale nella donna”*, 1984, p. 9.

Nella legislatura seguente, il 29 maggio 1963, il deputato Riccio ci riprovò con un ulteriore testo.

Tutte queste iniziative, però, non pervennero ad alcuna conclusione positiva, così come tante altre presentate da quel momento in poi. Si arrivò inevitabilmente ad una situazione di stallo della quale non si intravedeva alcuna immediata via d'uscita.

Di fronte a questa disarmante prospettiva, il Ministro della sanità Degan negli anni '80 nominò una Commissione scientifica di esperti, presieduta da Fernando Santosuosso, la quale elaborò due proposte di legge: una limitata ai problemi della fecondazione omologa, l'altra concentrata sui più generali problemi della procreazione assistita²³.

Il lavoro predisposto da questa commissione e le due proposte di legge da esso scaturite, hanno contribuito a influenzare sia i lavori parlamentari successivi, sia l'emanazione da parte del Ministero di alcune Circolari in materia, le quali – prima dell'approvazione della L. 40/2004 – rappresentavano gli unici punti di riferimento in materia di PMA.

La prima di queste Circolari fu emanata dal Ministro Degan il primo marzo 1985²⁴ e conteneva la disciplina dei limiti e delle condizioni di legittimità delle pratiche di PMA nell'ambito del Servizio Sanitario Italiano: evidenziò la necessità di inquadrare il problema nel sistema delle garanzie costituzionali che tutelano i diritti inviolabili dell'uomo (art. 2), la famiglia (art. 29), la dignità e la salute della persona umana (artt. 3, 27, 32); stabilì i criteri per l'accesso alla PMA tramite il SSN; ne limitò l'accesso alle coppie sposate e vietò alcune delle pratiche.

²³ Presentate entrambe il 22 novembre 1985: *“Norme sui procedimenti non naturali per la fecondazione col seme del marito”* e *“Norme sulla fecondazione artificiale umana e sul trattamento di gameti ed embrioni”*.

²⁴ Circolare del Ministero della sanità n. 100, 18 ottobre 1985: *“Limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del Servizio sanitario nazionale”*. Per il testo completo v. G. Baldini e G. Cassano, *“Persona, biotecnologie e procreazione”*, 2002, pp. 550 – 552; M. Dogliotti e A. Figone, *“Procreazione assistita: Fonti, orientamenti, linee di tendenza”*, 2004, pp. 421 – 422.

La successiva Circolare Donat – Cattin del 27 aprile 1987 n. 19 (*Misure di prevenzione della trasmissione del virus HIV e di altri agenti patogeni attraverso il seme umano impiegato per la fecondazione artificiale*), si concentrò invece sulla raccolta e conservazione del seme e fu ripresa e integrata dalla Circolare De Lorenzo del 10 aprile 1992 n. 17 (*Misure di prevenzione della trasmissione dell'HIV e di altri agenti patogeni nella donazione di liquido seminale impiegato per la fecondazione assistita umana e nella donazione di organi di tessuto e di midollo osseo*).

Ciò che venne lasciato all'autonoma iniziativa dei medici fu la regolamentazione delle strutture private praticanti la PMA, almeno fino all'approvazione della L. 40/2004. Con un documento del 2 aprile 1995 la Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri espresse la propria preoccupazione per l'assenza di norme giuridiche in materia di PMA e sollecitò il Governo e il Parlamento affinché colmassero tale lacuna²⁵.

Pertanto, con un'ordinanza del 5 marzo 1997²⁶, il Ministro della Sanità impose ai centri che si occupavano di PMA di denunciarsi, comunicando i propri dati al Ministero stesso e all'Assessorato regionale (venne istituito infatti il Registro Nazionale Italiano di procreazione medicalmente assistita) e vietò qualsiasi forma di sperimentazione e intervento finalizzati alla clonazione umana o animale, remunerazioni per la cessione di gameti o embrioni ed ogni tipo di mediazione commercialmente finalizzata a questa cessione (i messaggi pubblicitari ad essa relativi, pertanto, furono vietati).

Nell'ottobre del 1997, la Commissione Affari Sociali della Camera dei Deputati diede poi l'avvio ad un esame approfondito del disegno di legge

²⁵ Per il testo del documento si veda http://leg13.camera.it/_dati/leg13/lavori/bollet/199801/0127/html/12/allegato.htm nonché G. Baldini e G. Cassano, *op. cit.*, p. 541. Le indicazioni fornite in tale documento furono successivamente inserite nel Codice di deontologia medica approvato dalla Federazione il 3 ottobre 1998, che stabiliva come fossero consentiti solamente gli interventi medici in materia di sessualità e procreazione finalizzati alla tutela della salute. Per il testo del documento, relativamente alla PMA, si veda M. Dogliotti e A. Figone, *cit.*, pp. 416 – 418.

²⁶ Ministero della Sanità, ord. 5 marzo 1997, “*Divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani*”, in www.salute.gov.it.

“*Disposizioni in materia di procreazione medicalmente assistita*”, nel testo unificato delle 17 proposte presentate e chiuso il 27 gennaio 1998²⁷.

Questo disegno di legge creò diversi problemi di carattere pratico: innanzitutto era necessario qualificare le tecniche di PMA, in particolare con riferimento alla loro valenza di pratica sostitutiva o riparativa. In proposito, il Codice di deontologia medica del 1995 recitava, all’art. 41, che “la fecondazione assistita ha lo scopo precipuo di ovviare alla sterilità al fine legittimo della procreazione”. Si riconosceva quindi l’azione sostitutiva, non riparativa e terapeutica, delle tecniche.

Il disegno di legge citato incontrò inoltre particolare resistenza a causa della previsione della possibilità di donare gameti, previo consenso informato dei donatori; ciò provocò non poche difficoltà organizzative, per esempio con riguardo alla necessità di mantenere l’anonimato dei donatori e contemporaneamente tutelare l’interesse del nascituro.

Nel frattempo, alla Camera – nella XIII legislatura – era stato presentato dall’On. Maretta Scoca ed altri il disegno di legge n. 414, contenente la proposta n. 4048 prospettata dall’On. C’è il 31 marzo 1998²⁸, recante la “*Disciplina della procreazione medicalmente assistita*”.

Nella XIV legislatura venivano ripresentate alla Camera sedici proposte di legge in materia e al Senato altre dodici. Le discussioni portarono ad un sorprendente coordinamento di tutte le proposte in un unico testo, il n. 1514, approvato alla Camera il 18 giugno 2002 con 268 voti a favore, 144 contrari e 10 astenuti. Al Senato, dopo numerosi incontri e audizioni, il testo venne discusso in aula e approvato definitivamente l’11 febbraio 2003.

La legge fu pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 19 febbraio 2004 ed è entrata in vigore il 24 febbraio dello stesso anno.

²⁷ Per un esame approfondito del disegno di legge, si veda A. Bompiani, “*La procreazione medicalmente assistita. Osservazioni sul disegno di legge unificato*”, in *Aggiornamenti sociali*, 1998, fasc. 49, pp. 449 – 462.

²⁸ F. Santosuosso, “*La procreazione medicalmente assistita: commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*”, cit., p. 25.

3.1. I lavori preparatori. Il Comitato Nazionale per la Bioetica.

Come già accennato, l'approvazione della L. 40/2004 è intervenuta a seguito di un travagliato *iter* parlamentare, caratterizzato da profonde divisioni e differenze di opinioni tra le forze politiche²⁹, che si possono rintracciare compiutamente nel corso degli stessi lavori preparatori della disciplina.

Nella proposta di legge n. 47 presentata alla Camera dal deputato Giancarlo Giorgetti il 30 maggio 2001, egli si focalizzava su tre aspetti ritenuti da lui fondamentali: l'embrione è un soggetto umano fin dalla fecondazione dell'ovulo; l'istituto familiare va difeso quale cellula fondamentale della società e centro della continuità della specie; è necessario proteggere il diritto del nascituro ad avere genitori che lo allevino, amino, educino e gli assicurino i mezzi necessari al sostentamento³⁰.

Il Deputato si soffermava in particolare sui requisiti di accesso alle tecniche di PMA e sui possibili rischi della fecondazione eterologa: sottolineava, in primo luogo, la necessità di una normativa che garantisse la provenienza delle donazioni e nello stesso tempo tutelasse il nato dalla moltiplicazione delle figure parentali; esprimeva poi una preoccupazione per il pericolo che, dall'utilizzo delle tecniche di PMA, potesse scaturire un disagio medico – psicologico sia del nato sulla propria identità, sia del donatore che sa di recidere qualsiasi rapporto con esso.

Il contributo dell'On. Giorgetti, da un lato ebbe il merito di aver focalizzato l'attenzione sulla tutela dell'essere umano, ma dall'altro non delineò sufficientemente i requisiti di accesso alle pratiche mediche.

Il deputato di maggioranza Dorina Bianchi, nella relazione della XII Commissione permanente presentata il 26 marzo 2002³¹, partiva invece da una prospettiva problematica: “negli ultimi anni la sterilità è aumentata a ritmi

²⁹ M. Sesta, “Procreazione medicalmente assistita”, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, 2004, p. 1.

³⁰ XIV LEGISLATURA - Scheda lavori preparatori Atto parlamentare, in <http://www.camera.it/>. In particolare, in tale relazione si afferma: “Che l'embrione umano sia soggetto umano in atto fin dal momento della fecondazione dell'ovulo materno è oggi una certezza scientifica, che nessun intelletto libero da condizionamenti può contestare di fronte all'evidenza”.

³¹ On. Dorina Bianchi, Relazione della XII Commissione permanente - Affari Sociali, <http://www.senato.it/>, nella quale si sottolineava in particolare che “non è possibile rinunciare a fissare regole chiare saldamente ancorate a principi fondamentali quale il rispetto della natura umana e i diritti dell'uomo”.

considerevoli e la scienza e la tecnologia hanno offerto nuove e ulteriori speranze e prospettive ponendo però rilevanti problemi sanitari, psicologici, etici e giuridici. Tali problemi sono stati già affrontati nella maggior parte dei Paesi del mondo che da tempo si sono dotati di una legislazione, mentre in Italia, continua ad esserci un vuoto legislativo che rende lecite tutte le tecniche conosciute”.

In questo contributo si faceva meno riferimento alla tutela dell’essere umano e ci si concentrava maggiormente sulla conciliazione tra il diritto alla salute da un lato e la scienza dall’altro. Il deputato Bianchi sosteneva come nel nostro sistema non esistesse un “diritto ad avere un figlio”, il quale non avrebbe quindi dovuto essere in alcun modo tutelato; ciò si sarebbe evinto dal fatto che le tecniche di PMA non costituiscono una terapia, bensì un sostegno alla coppia, in quanto con l’utilizzo di esse i soggetti sterili rimangono, di fatto, tali.

Per quanto concerne la fecondazione eterologa, la relazione sosteneva come il suo divieto trovasse fondamento nell’esigenza di garantire al nuovo nato dei diritti socio – psicologici, poiché l’impiego di gameti esterni alla coppia sterile o infertile avrebbe potuto provocare “la frammentazione delle figure parentali con danni per il nascituro di natura psicosociale derivanti dall’allontanamento dai modelli di genitorialità socialmente consolidati”³².

Un’altra testimonianza fondamentale del clima esistente al momento dell’approvazione della legge n. 40/2004, fu la Relazione dell’On. Maura Cossutta, deputato di minoranza, presentata il 26 marzo 2002³³, in cui si sosteneva la necessità di affacciarsi a questo argomento complesso con un’ottica laica, bilanciando il diritto alla libertà delle donne, che si trovava anche alla base della legge n. 194 del 1978 sull’aborto, con il diritto alla salute. In questa relazione si poneva in particolare evidenza la fondamentale relazione tra scienza e diritto, nonché tra scienza e diritto da un lato e scelte individuali dall’altro.

³² *Ibidem*.

³³ On. Maura Cossutta, Relazione della XII Commissione permanente – Affari Sociali, <http://www.senato.it/>.

La relatrice affermava che, poiché il diritto del singolo rispetto alla procreazione si configurerebbe come un evento di tipo relazionale, la legge avrebbe dovuto lasciare alla dinamica sociale la definizione di nuovi modelli di rapporto fra i sessi, dando ai singoli la piena responsabilità di risolvere eventuali conflitti etici.

Scrivendo in particolare la Cossutta: “La Camera dei Deputati e il Senato della Repubblica hanno elaborato testi legislativi che non solo a nostro avviso, non si pongono al passo con l’evoluzione ed il processo di modificazione sociale che hanno interessato in questi anni la società civile, ma anche addirittura hanno tentato di vanificare le conquiste democratiche, sociali e culturali, che in questi anni hanno prevalso nel comportamento della società. [...] Si è prodotto, dunque, proprio a partire dal disconoscimento della titolarità femminile nella riproduzione e del diritto all’autodeterminazione delle donne a decidere della propria maternità e del proprio corpo, un processo [...] che ha prodotto dal punto di vista legislativo testi di legge che hanno tentato di introdurre principi giuridici di una pericolosità senza precedenti”³⁴.

Tale contributo è da considerarsi di fondamentale importanza perché in esso si afferma l’esistenza, nel nostro ordinamento, del diritto ad avere un figlio, negato dall’On. Bianchi, derivato al contrario dalla legge sull’aborto, che tutelerebbe il complementare diritto a non avere un figlio.

In ultimo, vale la pena di soffermarsi sulla Relazione dell’On. Laura Cima³⁵, deputato di minoranza presso la XII Commissione permanente, che venne presentata sempre il 26 marzo 2002, incentrata su una prospettiva di particolare attenzione alla minaccia futura che avrebbe potuto derivare dal libero accesso alle pratiche di PMA: “Non tutto quello che si può fare si deve necessariamente fare. Il bisogno indotto di un figlio da fabbricarsi con i mezzi più artificiali, dipendente dalla tecnologia e dal mercato, sostituisce al desiderio il diritto alla maternità, al dono lo scambio, e costituisce spesso un inganno che alimenta un mercato molto remunerativo ma che porta [...] delusioni ad alti costi, vista la bassa percentuale di riuscita. Queste considerazioni di premessa sono

³⁴ G. Tomarchio, *op. cit.*, p. 27.

³⁵ On. Laura Cima, Relazione della XII Commissione permanente – Affari Sociali, <http://www.senato.it/>.

quelle che stanno alla base della cautela e del principio di precauzione, che deve guidare il legislatore nel normare materie così delicate come quella in oggetto, che riguarda il concepimento e la procreazione, che apre la possibilità di intervenire sul patrimonio genetico umano dei gameti e degli embrioni e che tocca le convinzioni più profonde di ciascuno”³⁶.

Il deputato di minoranza Cima poneva quindi sulla bilancia del dialogo parlamentare i pericoli che avrebbero potuto derivare da una legge che consentisse qualsiasi tecnica medica di procreazione assistita, senza limitazione alcuna.

Oltre al dibattito parlamentare occorre, anche seppur brevemente, richiamare la posizione espressa dal Comitato Nazionale per la Bioetica, istituito nel 1990 con decreto dell'allora Presidente del Consiglio dei ministri Giulio Andreotti³⁷, con il compito di consigliare il Governo, il Parlamento e le altre istituzioni pubbliche anche in vista della produzione di norme giuridiche e di favorire la corretta informazione dell'opinione pubblica sugli sviluppi della medicina e della biologia.

Tale Comitato si espresse in materia di PMA con un parere del 17 giugno 1994³⁸ e da tale documento trasparì la varietà delle posizioni, spesso non conciliabili, emerse nel corso dei lavori: tenendo ferme le considerazioni generali sulla materia, assunse una specifica posizione anche sul tema della possibilità di ricorrere alla donazione di gameti esterni alla coppia (a cui è dedicato uno specifico paragrafo)³⁹, soffermandosi in particolare sulla donazione di ovociti, su quella di embrioni e sull'anonimato del donatore.

Il documento del Comitato non fornì al legislatore indicazioni normative precise sulle questioni più problematiche ma ebbe il merito di individuare i punti

³⁶ G. Tomarchio, *op. cit.*, p. 28.

³⁷ Decreto 28 marzo 1990, in http://bioetica.governo.it/media/171852/decreto_istitutivo-28-marzo-1990.pdf.

³⁸ Comitato Nazionale per la Bioetica, “*Parere del C.N.B. Sulle tecniche di procreazione assistita. Sintesi e conclusioni*”, 17 giugno 1994, in <http://www.palazzochigi.it/bioetica/pdf/16.pdf>.

³⁹ *Ibidem*, p. 13.

maggiormente controversi e le diverse posizioni che su di essi si confrontavano, influenzando di fatto la disciplina successiva.

Alla luce dell'ingente materiale preparatorio alla legge n. 40/2004, si comprende il vivace dibattito che ha segnato tutto l'*iter* di proposta, discussione e approvazione di questo testo legislativo ed in particolare si desume l'antinomia tra la necessità di operare secondo il principio di precauzione ed il disappunto per una legge eccessivamente restrittiva della fondamentale libertà individuale, l'esigenza di bilanciare il rapporto tra diritto e progressivo avanzare delle scoperte scientifiche.

3.2. Le linee guida per l'applicazione della legge.

In seguito all'approvazione della L. 40/2004 ed in adempimento alle norme in essa contenute⁴⁰, sono stati adottati alcuni provvedimenti di carattere amministrativo, volti a completare il quadro normativo definito dalla legge, in parte anche modificandolo. Il legislatore, infatti, “preso atto della propria incapacità di regolare un fenomeno il cui tecnicismo e la cui scientificità, vista la continua evoluzione della scienza, richiedono un costante aggiornamento, utilizza la tecnica del rinvio ad atti diversi da quelli legislativi, capaci di offrire un adeguamento periodico della materia allo stato della scienza”⁴¹.

Lo strumento ritenuto più efficace per permettere un approccio idoneo alla materia venne individuato nel decreto ministeriale e, pertanto, il Ministro della salute Girolamo Sirchia il 21 luglio 2004 emanò quello contenente le linee guida per l'applicazione della L. 40/2004⁴², in adempimento a quanto previsto dall'art. 7 della legge stessa, il quale al co. 3 stabilisce che “il Ministero della salute, avvalendosi dell'Istituto superiore di sanità, e previo parere del Consiglio

⁴⁰ Ad esempio, l'art. 6, co. 3 della L. 40/2004 recitava che “la volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura, secondo modalità definite con decreto dei Ministri della giustizia e della salute”; l'art. 7, co. 1, affermava che “il Ministro della salute, avvalendosi dell'Istituto superiore di sanità, e previo parere del Consiglio superiore di sanità, definisce, con proprio decreto, da emanare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, linee guida contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

⁴¹ V. De Stefano, “*La disciplina della procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento giuridico italiano*”, in M. De Tilla, L. Militerni, U. Veronesi (a cura di), cit., p. 156 – 157.

⁴² Decreto del Ministero della salute, 21 luglio 2004 n. 15165, “*Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita*”, in Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, n. 191, 16 agosto 2004.

superiore di sanità, definisce, con proprio decreto, da emanare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, linee guida contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita”.

Generalmente, le linee guida in campo sanitario contengono raccomandazioni non vincolanti concernenti le pratiche mediche o le prassi basate sull'evidenza scientifica: in tema di PMA, invece, la L. 40/2004 ne sancisce all'art. 7, co. 2, la vincolatività per tutti i centri autorizzati.

Inoltre, tali linee guida, in svariate occasioni, non si limitano a disciplinare gli aspetti pratici delle tecniche di PMA, bensì ne disciplinano anche alcuni dal punto di vista giuridico, non circoscrivendosi alle mere indicazioni dirette agli operatori delle strutture autorizzate, bensì integrando il dettato legislativo fino a completarlo o addirittura ad aggirarlo, superandolo.

Come si vedrà più approfonditamente nel prosieguo, infatti, l'aspetto più rilevante delle linee guida del 2004 è stato quello di introdurre il divieto della diagnosi genetica preimpianto (PGD), disponendo una limitazione non contenuta invece nel testo normativo; per tale motivazione, sono state oggetto di ricorso di fronte al TAR, che dopo aver espresso inizialmente un parere ad esse favorevole⁴³, ha successivamente rivisto la propria posizione e nel 2008⁴⁴ ha invalidato il divieto, ritenendo che il Ministero della salute non avesse la facoltà di vietare quella pratica.

In data 11 aprile 2008, conseguentemente, il Ministro della salute Livia Turco emanò un decreto contenente le nuove linee guida per l'applicazione della L. 40/2004 che, recependo la decisione del TAR, non prevedevano più il divieto alle tecniche di PGD ed adottavano una definizione non letterale del concetto di “infertilità”, facendovi rientrare anche coloro che pur non essendo tali – anche solo parzialmente – sono tuttavia affetti da malattie virali sessualmente trasmissibili, la cui trasmissione può essere evitata attraverso la PMA.

⁴³ Con la sentenza del TAR Lazio, 09 maggio 2005, n. 3452, consultabile in www.giurcost.org.

⁴⁴ Con la sentenza del TAR Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398, consultabile su www.giurcost.org.

4. La struttura della L. 40/2004.

Nella stesura del testo normativo, come si è visto, il legislatore del 2004 si è trovato dinanzi ad alcuni pareri argomentati secondo i principi sanciti dall'ordinamento giuridico e altri che invece hanno dato voce alle sempre più numerose e preponderanti istanze di tipo sociale, riguardanti temi fondamentali quali l'emancipazione delle donne, il mutamento dell'istituzione familiare ecc., che sempre più stanno investendo il mondo del diritto.

Ogni legge sulla PMA contiene essenzialmente indicazioni, limiti e divieti, che vengono imposti alle scelte individuali e all'operato di medici e biologi, per mantenere bilanciato il rapporto tra libertà e progredire della scienza e della sperimentazione⁴⁵.

Il nostro testo di legge, in particolare, prevede una suddivisione in sette capi, ciascuno dedicato ad un aspetto diverso della materia:

1. principi generali;
2. accesso alle tecniche;
3. disposizioni concernenti la tutela del nascituro;
4. regolamentazione delle strutture autorizzate all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita;
5. divieti e sanzioni;
6. misure di tutela dell'embrione;
7. disposizioni finali e transitorie.

Più analiticamente, la L. 40/2004 si strutturava inizialmente in tre gruppi di norme: il primo, il più scottante dal punto di vista dell'opinione pubblica, riguardante i limiti entro i quali sono consentiti gli interventi di PMA; il secondo, di interesse prevalentemente civilistico, disciplinante i rapporti di filiazione derivanti dall'utilizzo di queste tecniche; il terzo, concernente le sanzioni.

⁴⁵ E. Dolcini, "Fecondazione assistita e diritto penale", 2008, p. 29.

Come si evince dall'art. 1, co. 1, essa si riservava di prendere qualsiasi decisione in tema, divenendo il limite assoluto delle condizioni e delle modalità di esecuzione della PMA. Tale comma infatti recita: “al fine di favorire la soluzione dei 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”⁴⁶.

Il riferimento ai diritti come fondamento delle norme contenute nella legge n. 40/2004 è molto esplicito, anche se manca una più completa elencazione di quali siano i diritti oggetto di tutela ed in particolare quali di essi vengano attribuiti al concepito, che viene *apertis verbis* definito un soggetto a cui vanno riconosciuti dei diritti, anche se non specificamente individuati.

Vediamo ora in dettaglio la struttura iniziale di questo testo legislativo, che è stato oggetto di dibattito fin dal primo momento della sua approvazione e sino ad oggi.

4.1. I limiti imposti agli interventi di PMA.

La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita definisce precisi limiti a tale pratica, limitandone la tecnologia in un periodo storico in cui la genomica e le biotecnologie hanno in realtà di gran lunga ampliato le sue possibilità tecniche⁴⁷.

La prima indicazione che si ricava dall'art. 1 comma 1 della legge 19 febbraio 2004 n. 40, è che essa riconosce uno spazio alla PMA soltanto quale strumento per “favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità e dall'infertilità umana”; ciò è però consentito “qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità”.

⁴⁶ Legge n. 40 del 2004, art. 1 comma 1. Attraverso tale norma, il legislatore chiarisce una volta per tutte la natura sussidiaria della PMA rispetto al concepimento naturale, nonché la sua accezione di trattamento sanitario.

⁴⁷ F. Gallo, “Procreazione medicalmente assistita e 'legge 40/04': evoluzione per via giurisprudenziale delle regole giuridiche tra corti nazionali, europee e internazionali”, in G. Baldini (a cura di), cit., p. 95 ss.

Il ricorso alle tecniche – limitate solo a quella più “semplice”, che prevede che siano utilizzati i gameti propri della coppia committente e che madre gestante e madre genetica coincidano – era quindi possibile solo qualora sussistessero due requisiti oggettivi da documentare con atto medico (la presenza di problemi riproduttivi derivanti da sterilità o infertilità e la mancanza di efficaci metodi terapeutici alternativi), in via unicamente sussidiaria.

Non era dunque consentito (perlomeno alla data di entrata in vigore della L. 40/2004) il ricorso alla PMA alle persone non sterili né infertili, neanche se portatrici di malattie genetiche gravi⁴⁸, mancando tuttavia la legge di definire in qualche modo la “sterilità” e l’“infertilità”, limitandosi soltanto sul punto a stabilire che le stesse dovessero essere certificate da atto medico.

Dal punto di vista soggettivo, invece, potevano ricorrere a queste procedure soltanto le coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambe viventi (art. 5): le coppie che intendevano sottoporsi ad interventi di procreazione assistita, pertanto, avrebbero dovuto dichiarare per iscritto di soddisfare tutti i requisiti.

I limiti alla PMA presenti nel testo iniziale della legge italiana, in ogni caso, potevano essere suddivisi anche a seconda che fossero o meno comuni alla totalità delle leggi in materia. Per esempio, facevano parte del primo insieme di disposizioni, il divieto di utilizzazione di gameti di soggetti deceduti (art. 5), di commercializzazione di gameti o embrioni (art. 12 co. 6), il divieto di interventi di clonazione (art. 12 co. 7), i quali erano già presenti in un fondamentale documento del Consiglio d’Europa del 1989, intitolato “Principi sui progressi delle scienze biomediche”.

Il divieto di clonazione era poi compreso nel Protocollo addizionale alla Convenzione di Oviedo, firmato a Strasburgo il 18 febbraio 1998, nel cui primo

⁴⁸ Tra i disegni di legge presentati in Parlamento nel corso della XIV legislatura, alcuni permettevano l’accesso alla PMA anche alle coppie che fossero portatrici di gravi malattie genetiche; solo due disegni, invece, consentivano libero accesso senza alcuna restrizione (il n. 1775 ed il n. 2984). Sul punto, in ogni caso, come già accennato nel paragrafo 3.2 del presente elaborato di ricerca, le Linee Guida adottate nel 2008 diedero un’interpretazione particolarmente ampia del concetto di infertilità, includendovi anche il rischio di trasmissione per via sessuale di malattie infettive, qualora lo stesso fosse totalmente evitabile con il ricorso alle tecniche di fecondazione assistita.

articolo si legge che “è vietato ogni trattamento finalizzato a creare un essere umano geneticamente identico ad un altro essere umano vivente o morto”⁴⁹.

Inoltre, su molti punti della procreazione assistita si pronunciava in Italia, in senso restrittivo, il Codice di deontologia medica del 1998⁵⁰, il quale prevedeva il divieto di attuare forme di PMA dopo la morte del *partner* e di ogni sfruttamento commerciale di gameti o di embrioni. Le manipolazioni genetiche dell’embrione erano invece escluse quando non finalizzate a prevenire o correggere condizioni patologiche⁵¹.

Possiamo poi individuare un secondo insieme di disposizioni, contenenti limiti alla PMA che non era scontato dovessero apparire nella legge n. 40/2004, in quanto non condivisi da tutte le leggi europee in materia.

Si tratta, ad esempio, della restrizione che il nostro testo legislativo operava con riguardo ai soggetti che possono accedere alle tecniche di fecondazione: l’art. 5 sostiene che possono ricorrervi solo “coppie maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile”, rimanendo di conseguenza escluse le persone sole e le coppie omosessuali (le quali non avrebbero comunque potuto accedere alla PMA, anche qualora non ne fosse stato esplicitato il divieto, in quanto la L. 40/2004 prevede anche l’impossibilità di ricorrere alla cessione di gameti ed alla surrogazione di maternità), i soggetti non conviventi e coloro che non si trovano in età potenzialmente fertile. Il sopracitato documento del Consiglio d’Europa, invece, non dettava limiti di età e restringeva il campo solo ai soggetti omosessuali,

⁴⁹ Estratto del Protocollo addizionale alla Convenzione di Oviedo, in A. Gentilomo, A. Piga, S. Nigrotti, *“La procreazione medicalmente assistita nell’Europa dei quindici. Uno studio comparatistico”*, 2005, p. 521 ss.

⁵⁰ Il testo del Codice di deontologia medica, nella versione del 1998, può vedersi in M. Dogliotti, A. Figone, *op. cit.*, p. 416 ss. In particolare, si vedano gli artt. 42 e 43. Art. 42: “Le tecniche di procreazione umana medicalmente assistita hanno lo scopo di ovviare alla sterilità. È fatto divieto al medico, anche nel 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) forme di fecondazione assistita dopo la morte del partner. È proscritta ogni pratica di fecondazione assistita ispirata a pregiudizi razziali; non è consentita alcuna selezione dei gameti ed è bandito ogni sfruttamento commerciale, pubblicitario, industriale di gameti, 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 prive di idonei requisiti”. Art. 43: “Ogni intervento sul genoma umano non può che tendere alla prevenzione e alla correzione di condizioni patologiche. Sono vietate manipolazioni genetiche sull’embrione che non abbiano finalità di prevenzione e correzione di condizioni patologiche”.

⁵¹ E. Dolcini, *op. cit.*, p. 31 ss.

senza soffermarsi sul requisito che gli eterosessuali dovessero essere uniti in matrimonio o convivere.

In ogni caso, molti paesi condividevano in parte la scelta italiana, come ad esempio la Francia⁵², mentre altri avevano optato per soluzioni più aperte, come la Spagna⁵³, che permette anche a donne sole o coppie omosessuali di accedere alla PMA⁵⁴.

Tra i molti problemi sollevati dalla legge n. 40/2004, comunque, quello che si può forse definire come il più dibattuto riguardava la possibilità o meno di eseguire diagnosi genetiche preimpianto sull'embrione in vitro: si è trattato di scegliere se conoscere in anticipo la presenza nell'embrione di alcune malattie gravissime e quindi rifiutarne il trasferimento, ovvero di accettarlo nella consapevolezza di quella patologia. La legge italiana ha inizialmente chiuso ogni possibilità offerta in tal senso dalla fecondazione assistita.

Il testo legislativo italiano, infatti, limitando l'accesso alle coppie sterili o infertili (art. 4, co. 1), escludeva – come già in precedenza accennato – le coppie che, seppur fertili, presentassero però un grave rischio qualificato di trasmissione di malattie gravi e/o inguaribili.

Il dilemma che si è posto il legislatore è stato: deve prevalere l'esigenza di porre un limite alla produzione di embrioni, oppure l'ulteriore possibilità di non impiantarli se presenti in essi gravi patologie o malformazioni, evitando quindi di dover pervenire ad aborti terapeutici in un secondo momento?⁵⁵

Le chiavi di questo temperamento si trovavano nei limiti previsti dall'art. 13 della legge alla ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione ed in parte nella norma (art. 14, co. 2 e 3) circa il numero di embrioni che era possibile di produrre e il periodo di crioconservazione degli stessi, concesso solo a motivo dello stato di salute della donna.

⁵² L. n. 2004/800 del 6 agosto 2004, consultabile in www.legifrance.gouv.fr.

⁵³ L. 26 maggio 2006, n. 14, consultabile in <http://www.boe.es/legislacion/legislacion.php>.

⁵⁴ Le principali normative europee in tema di procreazione medicalmente assistita verranno analizzate più approfonditamente *infra* nel capitolo 3.

⁵⁵ F. Santosuosso, “La procreazione medicalmente assistita: commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40”, cit., p. 97.

In particolare, l'art. 13, nei primi due commi, recitava: "è vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano. La ricerca clinica e sperimentale [...] è consentita a condizione che 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". L'art. 14, inoltre, vietava la crioconservazione e la soppressione degli embrioni, la quale non era permessa nemmeno al fine di ridurre il rischio di parto plurigemellare, stabilendo che "le tecniche di produzione degli embrioni [...] non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre".

Solo per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna, era possibile rimandare il trasferimento e quindi procedere alla crioconservazione degli embrioni non impiantati, ma tale situazione non doveva essere prevedibile al momento della fecondazione e l'impianto doveva comunque essere realizzato quanto prima.

Infine, un ultimo limite imposto dalla legge n. 40/2004, forse il più importante nel quadro generale dei principi etici, biologici, medici, sociali e giuridici che la PMA tocca nel suo evolversi, riguardava la donazione di gameti: a norma dell'art. 4, co. 3, "è vietato il ricorso a tecniche di procreazione assistita di tipo eterologo".

Alla base di questa disposizione vi era la scelta di privilegiare il "diritto del concepito a due genitori" rispetto al "diritto alla procreazione", entrambi dotati di fondamento nell'ordinamento, il primo nell'art. 1 della legge sull'aborto n. 194/1978 e negli artt. 29 e 30 della Costituzione, il secondo negli artt. 2, 3 co. 2 e 31 Cost⁵⁶.

Si trattava di un divieto assoluto, controcorrente nel panorama europeo⁵⁷: di regola, infatti, la maggioranza delle legislazioni è favorevole alla fecondazione

⁵⁶ F. Mantovani, "La fecondazione assistita tra il "diritto alla prole" e il "diritto ai due genitori", in *Ind. Pen.*, 1990, p. 416 ss.

⁵⁷ E. Dolcini, *op. cit.*, p. 52 ss.

di tipo eterologo, prevedendo l'autorizzazione sia alla donazione di sperma che a quella di ovuli, con alcune eccezioni che riguardano prevalentemente i secondi⁵⁸.

Per esempio, in Spagna la *Ley* n. 14 del 2006 non pone nessun ostacolo alla donazione dei gameti, tanto di spermatozoi quanto di oociti. In Francia, la coppia può ricorrervi quando la fecondazione assistita non potrebbe avere successo altrimenti, nonché nei casi in cui vi sia il rischio di trasmettere una malattia di particolare gravità al bambino o all'altro membro della coppia. Infine, in Austria, di regola possono utilizzarsi solo gameti dei coniugi o conviventi, ma è ammesso il ricorso a spermatozoi di terzi eccezionalmente, qualora il marito (o convivente) risulti sterile.

4.2. I rapporti di filiazione.

Il Capo III della legge n. 40 del 19 febbraio 2004, rubricato "Disposizioni concernenti la tutela del nascituro", contiene le norme che disciplinano lo stato giuridico del nato dall'utilizzo delle tecniche di PMA, il divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre ed i rapporti con le figure genitoriali.

Per quanto riguarda il primo aspetto, l'art. 8 recita: "I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stesso stato di figli legittimi o figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime [...]". Viene quindi disciplinato lo *status* giuridico del nato come figlio legittimo o riconosciuto⁵⁹, della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche di PMA.

Va notato tuttavia come la L. 40/2004 non preveda alcun automatismo tra il consenso formalizzato per iscritto alla PMA e l'attribuzione ai nati a seguito dell'intervento dello *status* di figli legittimi o naturali riconosciuti dalle coppie che hanno espresso quel consenso: esso può eventualmente valere come impegno irrevocabile delle coppie a riconoscere i nati, ma per l'effettiva attribuzione dello

⁵⁸ C. Flamigni, "La procreazione assistita", 2002, p. 121.

⁵⁹ È indispensabile ricordare, sul punto, che con Legge 10 dicembre 2012 n. 219, pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 17 dicembre 2012, n. 293, viene eliminata qualsiasi forma di discriminazione tra figli legittimi e naturali, nonché qualsivoglia riferimento a tale distinzione nelle norme dell'ordinamento giuridico italiano.

status rimane necessario un atto di riconoscimento o comunque una dichiarazione giudiziale.

Ciò che risulta evidente, quindi, è come la legge tuteli i componenti delle coppie dall'eventuale ripensamento dell'altro, ma non possa assicurare la certezza dello *status* giuridico del nato: una volta effettuato il trasferimento nell'utero, la donna ben potrebbe smettere di frequentare il centro autorizzato alla PMA; oppure ancora, non sottoporsi ad alcun accertamento, dichiarare fallito l'impianto e poi rivolgersi ad un normale ospedale per il parto.

Ma vi è di più: quali sarebbero le opzioni se il consenso fosse stato dato oralmente? O senza un'adeguata informazione? Non sembrerebbero sussistere motivazioni pregnanti che vietino l'attribuzione, anche in questi casi, dello *status* di figlio nato all'interno del matrimonio. Nulla in tal senso viene disposto, però, con riferimento all'eventualità di aggiramento dei requisiti soggettivi di accesso alla PMA e la coppia sia di conseguenza omosessuale, o di età inidonea: pare in questi casi ammessa la soluzione che tutela primariamente il nato e il suo necessario inserimento nel nucleo familiare socialmente accettato.

In tema di rapporti familiari, inoltre, ai sensi dell'art. 9: “Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'art. 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità [...]. La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata [...]. In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'art. 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi”.

In proposito a quanto affermato nel primo comma, la Corte Costituzionale nel 1998, con sentenza n. 347⁶⁰, aveva sostenuto che consentire l'azione di disconoscimento della paternità naturale, avrebbe potuto ledere in modo irreversibile le prerogative del figlio, il quale sarebbe stato privato per sempre della figura genitoriale maschile.

⁶⁰ Corte Costituzionale, sentenza 26 settembre 1998, n. 347, consultabile in www.giurcost.org.

Secondo quanto stabilito dalla Corte di Cassazione, con sentenza 11 luglio 2012, n. 1164⁶¹, invece, dall'art. 9 si evincerebbe, con ragionamento al contrario, la previsione di un nuovo caso in cui il disconoscimento poteva essere ammesso: si tratterebbe dell'ipotesi in cui il coniuge non aveva espresso preventivamente il proprio consenso, purché l'azione venisse esperita entro un anno dal momento in cui è venuto a conoscenza del ricorso a tale metodo di procreazione.

4.3. I divieti e le sanzioni.

A presidio dei molti divieti di cui la L. 40/2004 era disseminata⁶², il legislatore aveva predisposto un imponente trattamento sanzionatorio, limitando fortemente, per medico e paziente, le opzioni offerte dalla medicina.

Ciò che chi si appropria alla legge con uno sguardo attento nota immediatamente, è che destinatario delle sanzioni, in via esclusiva o comunque principale, è il medico che pratica il trattamento: tali imposizioni non si indirizzano infatti ai pazienti, i quali al più assumono in via subordinata il ruolo di concorrenti negli illeciti penali o amministrativi⁶³.

Questo perché, probabilmente, il legislatore ha ritenuto più efficace sanzionare gli operatori sanitari, perché meno inclini a “correre il rischio” di essere perseguiti, rispetto alle coppie che sono spinte dal desiderio di maternità e paternità e disposte a tutto pur di soddisfarlo.

Fin dal primo approccio con il paziente, pertanto, il medico che opera nel campo della procreazione medicalmente assistita si trova investito di doveri ed obblighi molto dettagliati, la cui violazione – anche solo parziale – comporta conseguenze sanzionatorie di non poco conto.

⁶¹ In *www.dirittoegiustizia.it*.

⁶² E. Dolcini, *op. cit.*, p. 55

⁶³ Non sono, ad esempio, previste sanzioni per la donna che rifiutasse di accettare il trasferimento nel proprio utero di uno o più degli embrioni prodotti con i suoi gameti e non esiste alcun potere coercitivo del medico o di altra autorità nei suoi confronti.

La legge, infatti, fa un uso particolarmente ampio tanto di sanzioni amministrative (pecuniarie o interdittive), quanto di quelle penali (detentive, pecuniarie o interdittive), entrambe caratterizzate da inusuale severità. Ciò, forse, anche contraddicendo l'obiettivo primario che la legge stessa si era posta e cioè quello di “favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità”.

In particolare:

- per chi applica tecniche di PMA in assenza di uno dei requisiti soggettivi di cui all'art 5, è comminata una sanzione pecuniaria da € 200.000 a € 400.000 (art. 12, co. 2);
- la carenza od omissione degli obblighi informativi di cui all'art. 6 previsti a carico del sanitario, fanno sorgere il diritto al risarcimento del danno da parte del paziente;
- colui che non opera in strutture autorizzate è sottoposto al pagamento di una somma che spazia da € 100.000 a € 300.000, mentre per chi omette di raccogliere il consenso di entrambi i membri della coppia la pena va da € 5.000 a € 50.000 (art. 12, co. 5 e 4);
- l'art. 12 co. 1 prevede, per il medico che pratica la fecondazione eterologa e quindi utilizza gameti estranei alla coppia richiedente, la sanzione pecuniaria amministrativa da € 300.000 a € 600.000;
- lo stesso articolo, al co. 6, prevede una multa da € 600.000 a € 1 milione, per chi realizza la surrogazione di maternità (che può assumere diverse forme, la più frequente è quella nella quale l'embrione deriva da materiale genetico dei coniugi, ma viene successivamente impiantato nell'utero di una “madre surrogata”), oltre alla reclusione da 3 mesi a 2 anni;
- per chi congela embrioni, invece, è contemplata la reclusione fino a 3 anni (art. 14, co. 1 e co. 6);
- chi effettua sperimentazioni su embrioni è sottoposto alla reclusione da 2 a 6 anni (art. 13, co. 1 e co. 4);

- coloro che producano embrioni per uno scopo diverso da quello di ottenere una gravidanza, saranno reclusi per un periodo che varia dai 2 anni e un giorno agli 8 anni (art. 13, co. 3 e co. 4);
- per chi realizza interventi di clonazione, l'art. 12 co. 7 prevede la reclusione da 10 a 20 anni.

Per quanto riguarda le sanzioni interdittive, spesso concorrenti con quelle pecuniarie o con le pene detentive, la legge stabilisce: l'interdizione perpetua dall'esercizio della professione sanitaria (art. 12, co. 7), la sospensione dall'esercizio della professione da 1 a 3 anni (art. 12, co. 9, art. 13 co. 5) e la revoca o sospensione dell'autorizzazione per la struttura a realizzare trattamenti di PMA (art. 12, co. 10).

Se compariamo il sistema sanzionatorio appena descritto con le pene comminate per alcuni reati comuni di gravità rilevante, contemplati dal codice penale, risulta evidente l'inusuale severità che ha mosso il legislatore⁶⁴. Per esempio, la sperimentazione sugli embrioni è punita con un massimo di reclusione di 6 anni, superiore a quello di 5 anni previsto per l'omicidio colposo (art. 589, co. 1 c.p.); la produzione di embrioni per scopi di ricerca è più grave del sequestro di persona (art. 605 c.p.), in quanto il massimo di reclusione è per entrambi di 8 anni, ma il minimo è di 2 anni e 1 giorno contro 6 mesi; colui che realizza un processo volto ad ottenere un essere umano da un'unica cellula di partenza (preludio della clonazione), è punito con la reclusione da 10 a 20 anni, mentre chi cagiona con dolo un'inondazione o una frana (art. 426 c.p.), o la caduta di un aereo (art. 428 c.p.), è recluso da 5 a 12 anni.

Il legislatore, infine, non ha sentito la necessità di dare specifiche precisazioni sugli organi legittimati ad eseguire i controlli, le ispezioni e denunce, nonché sui giudici competenti a giudicare le violazioni delle disposizioni della legge n. 40/2004, derivando questa individuazione dalla interpretazione di norme comuni⁶⁵.

⁶⁴ E. Dolcini, *op. cit.*, p. 56 ss.

⁶⁵ F. Santosuosso, *op. cit.*, p. 163.

Quali sono gli effetti delle scelte effettuate dal legislatore del 2004 in tema di sanzioni e divieti? Mettendo a confronto i risultati conseguiti dai centri italiani di fecondazione assistita nel 2003 e nel 2005, ossia immediatamente prima e dopo l'entrata in vigore della L. 40/2004, riscontriamo come: le gravidanze ottenute in seguito a fecondazione *in vitro* sono diminuite dal 24,8% del 2003 al 21,2% del 2005 (calo, quindi, del 3,6% con una perdita di oltre 1.000 gravidanze); è diminuita la probabilità che la gravidanza si concluda con un parto, in quanto gli aborti spontanei hanno avuto un incremento del 3%, passando dal 23,4% del 2003 al 26,4% del 2005; vi è stato un incremento del 1,6% dei parti plurimi (in particolare, trigemini)⁶⁶.

5. La legge n. 40/2004 come bersaglio di critiche trasversali.

La legge sulla PMA è stata oggetto di attente riflessioni ed aspre critiche fin dal primo momento della sua approvazione. Come testimoniato dal dibattito pubblico che ha accompagnato l'*iter* di approvazione di tale testo normativo, la sua elaborazione è stata il frutto di una precisa scelta ideologica, che è stata poi tradotta nelle singole norme giuridiche, facendo scivolare in secondo piano, se non addirittura inosservate ed ignorate, le obiezioni che gli esperti avevano sollevato circa la concreta praticabilità della normativa che ci si apprestava ad approvare⁶⁷.

In particolare, le maggiori preoccupazioni sono state rivolte alla natura religiosamente orientata delle disposizioni nel loro complesso, alle limitazioni che il legislatore ha ritenuto di dover prevedere circa la fecondazione di tipo eterologo, ad alcune modalità di quella omologa e infine all'articolata tutela dell'embrione, che viene a trovarsi spesso, se non quasi sempre, in contrasto con il progresso della scienza e della tecnica.

Analizzando nel dettaglio la maggior parte delle critiche mosse a questo testo legislativo, si comprende come la materia della PMA tocchi profondamente

⁶⁶ E. Dolcini, "Riflessioni di politica criminale", in M. Azzalini (a cura di), *op. cit.*, p. 206.

⁶⁷ A. Musumeci, "La legge 40/2004 tra giudici ordinari e Corte costituzionale", in M. Azzalini (a cura di), *cit.*, p. 73 ss.

principi biologici, medici, etici, sociali e giuridici: la L. 40/2004 è stata utilizzata come strumento per imporre una determinata concezione morale.

Viene da chiedersi, analizzandola nel dettaglio, quale sia stato l'intento che ha spinto il legislatore ad intervenire: la necessità di regolamentare un fenomeno in quanto relativamente nuovo nel panorama italiano, o l'opportunità di ristabilire un ordine che in qualche modo la libera autodeterminazione del singolo aveva contribuito a turbare?

Lo Stato afferma la propria sovranità attraverso l'emanazione di leggi, in questo caso disciplinando anche un vivere sociale: è entrato con prepotenza in tema di scelte riproduttive, introducendosi in questioni intime e private, che vengono poste inevitabilmente “sotto la luce della norma”⁶⁸.

La prudenza dovrebbe essere il principio ispiratore del legislatore, il quale invece in tema di PMA ha ritenuto necessario intervenire aggressivamente, stabilendo chi abbia o meno le caratteristiche idonee per procreare, nonché giustificando limiti e divieti sulla base dell'esigenza di tutela del nascituro.

5.1. Una legge cattolica?

Una delle prime critiche mosse alla normativa italiana in tema di PMA al momento della sua approvazione, è di carattere generale: si è sostenuto che questa legge sottintendesse un orientamento marcatamente cattolico e minasse le fondamenta dello Stato laico⁶⁹, come si professa essere quello italiano⁷⁰.

Secondo i fautori di questa tesi, l'idea di fondo che ha ispirato la legge n. 40/2004 sarebbe quella, frutto delle prese di posizione della gerarchia ecclesiastica, secondo cui “Solo Dio è il Signore della vita dal suo inizio alla sua

⁶⁸ F. Gallo, “*Procreazione medicalmente assistita e 'legge 40/04': evoluzione per via giurisprudenziale delle regole giuridiche tra corti nazionali, europee e internazionali*”, in G. Baldini (a cura di), cit., p. 118.

⁶⁹ G. Tomarchio, *op. cit.*, p. 33 ss.

⁷⁰ Art. 7 Costituzione italiana: “Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani. I loro rapporti sono regolati dai Patti Lateranensi. Le modificazioni dei Patti, accettate dalle due parti, non richiedono procedimento di revisione costituzionale”. Art. 8: “Tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge. Le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano. I loro rapporti con lo Stato sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze”.

fine”⁷¹, nonché quella che considera fondamentale il “principio di inscindibilità” del momento unitivo con quello procreativo che, insieme, costituiscono l'atto coniugale (l'incontro dei gameti *in vitro*, in sostanza, prescinde dal momento unitivo della coppia e pertanto la procreazione risulterebbe privata dal punto di vista morale della sua perfezione⁷²).

Sulla stessa linea, il 27 agosto 2007, il cardinal Ruini, nel dettare quella che – a suo parere – era la definitiva soluzione ai problemi etici sollevati dalla procreazione assistita, dall'aborto e dall'eutanasia, con sole otto parole aveva stabilito che “Dio è padrone della vita e della morte”. In uno Stato laico, però, risulta di certo scorretto imporre tale punto di vista a tutti i cittadini, credenti e non credenti.

Non si possono di certo nascondere le molte difficoltà che si pongono al lavoro del legislatore in questa materia; la questione è multiforme e fortemente invasiva della sfera individuale ed è necessario intervenire tenendo conto del fatto che si tratta di un campo dove l'esigenza etica è molto marcata. Non bisogna sottovalutare che la nuova normativa si traduce in una guida per le diverse ideologie presenti nella nostra società⁷³.

Orbene, secondo coloro che sostengono la non laicità della legge di cui si sta qui discutendo, diritto e morale dovrebbero costituire sistemi deontici completamente separati. Invece, se si analizzano gli interventi giurisprudenziali nel campo delle biotecnologie in generale ed in particolare sulla PMA, i confini di questi due campi risultano sempre a dir poco confusi, fumosi.

Nel nostro Paese, in particolare, la L. n. 40/2004 non sarebbe sensibile al modello separatista di cui sopra e soprattutto si presenterebbe come il risultato di un compromesso poco certo, caratterizzato da principi dogmatici⁷⁴.

⁷¹ Tratto dal “*Catechismo della Chiesa cattolica*”, n. 2258, 1988, www.vatican.va.

⁷² *Catechismo della Chiesa cattolica*, cit., n. 2373 – 2379.

⁷³ L. D'Avack, “*La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno stato laico*”, in *Il dir. di fam. e delle pers.*, 2004, fasc. 3 – 4, Pt. 2, p. 795 ss.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 812.

Si evince quindi, secondo questa tesi, che il modello etico – culturale italiano troverebbe non poche difficoltà nell'accettare i progressi della tecnica e della genetica ed a confrontarsi con i nuovi orizzonti scientifici.

Il mondo cattolico si è invece affannato a sostenere che la L. 40/2004 non fosse affatto ispirata da clericalismo, poiché “la dottrina morale della Chiesa cattolica è contraria alla procreazione medicalmente assistita in quanto sostituzione di quella naturale che si struttura all'interno del rapporto sponsale quale momento di co-operazione della creatura con il disegno della creazione divina”⁷⁵.

Pochi giorni dopo la pubblicazione del testo di legge, venne quindi fondato il Comitato Verità e Vita contro la L. 40/2004, il quale sosteneva il contrasto della normativa sulla PMA con gli insegnamenti del Magistero, tentando di scoraggiare il ricorso alle nuove tecnologie riproduttive che, invece di essere intese come strumento di allargamento della libertà individuale in tema di genitorialità, erano considerate come un'ingerenza nel normale processo naturale⁷⁶.

Tale presa di posizione non convinse affatto, in quanto da molti il nostro testo legislativo sulla PMA è stato definito “il massimo che il legislatore potesse fare, nell'attuale situazione di fatto, contro la fecondazione assistita. In altre parole, la legge è un modo per limitare i danni, da un punto di vista cattolico”⁷⁷.

Alla luce di quanto analizzato, il problema che sta alla base di tutto questo dibattito può forse essere ridotto all'individuazione del momento esatto in cui è possibile ravvisare l'inizio della vita umana: la legge sottolinea l'esigenza di tutela della vita già nella primissima fase, che viene racchiusa nel termine “embrione” e “concepito”⁷⁸, nominati fin dal primissimo articolo, ove addirittura li si innalza per la prima volta a soggetti i cui diritti devono essere ad ogni costo tutelati e protetti (diritti che, tuttavia, non vengono dettagliatamente elencati).

⁷⁵ A. Vitale, “Legge 40/2004: breve storia di un martirio giudiziario”, in UCCR – Unione Cristiani Cattolici Razionali, www.uccronline.it/2013/05/09/legge-402004-breve-storia-di-un-martirio-giudiziario/, 2013.

⁷⁶ M. Militerni, “Osservazioni conclusive: a dieci anni dal referendum abrogativo arriva la 'rivincita'”, in M. De Tilla, L. Militerni, U. Veronesi (a cura di), cit., p. 273.

⁷⁷ P. Tincani, “La legge 40 e la civiltà giuridica”, in M. Azzalini (a cura di), cit., p. 36.

⁷⁸ B. Mastropietro, “Procreazione assistita: considerazioni critiche su una legge controversa”, in *Il dir. di fam. e delle pers.*, 2005, fasc. 4, pt. 2, p. 1379 – 1420.

Questa tesi è stata ripetutamente enunciata dall’Autorità ecclesiastica. Ad esempio, nell’Enciclica *Evangelium vitae*, Giovanni Paolo II scrisse: “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”⁷⁹.

Se il legislatore italiano del 2004 si è mosso lungo questa strada, allora ha accettato di pagare un prezzo in termini di successo delle tecniche riproduttive, pur di garantire il massimo di tutela per l’embrione, in quanto “in uno Stato laico nessun divieto dovrebbe essere previsto [...] in assenza di un qualsiasi, comprovato danno sociale”⁸⁰.

Ma come risponde la comunità scientifica a tutto questo discutere dell’inizio della vita umana?

Si parta da quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza 18 febbraio 1975, n. 27: “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”⁸¹; il Giudice delle Leggi, quindi, affermò chiaramente che l’embrione non è persona, non ancora almeno.

La comunità scientifica si è da sempre schierata a favore di questa concezione, stabilendo che “esistono diverse posizioni concettuali che fanno riferimento a diversi stadi del periodo prenatale come momento d’inizio della vita umana individuale. Gli eventi considerati critici per il riconoscimento di questa qualità sono distribuiti sull’intero periodo di vita uterina. Secondo il criterio più o meno estensivo usato, essi possono variare dalla fecondazione, all’impianto iniziale o completo del prodotto di concepimento nell’endometrio, alla comparsa dell’attività cerebrale, all’acquisizione della capacità di vita autonoma, fino alla nascita”⁸².

⁷⁹ E. Dolcini, “*Fecondazione assistita e diritto penale*”, 2008, p. 96.

⁸⁰ E. Dolcini, “*La fecondazione assistita 'eterologa'. Una questione aperta*” in F. Poggi (a cura di), “*Diritto e bioetica. Le questioni fondamentali*”, 2013, p. 36.

⁸¹ Corte Cost. 18 febbraio 1975 n. 27, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1975, p. 117 ss.

⁸² C. Flamigni, “*Il libro della procreazione*”, 2003, p. 482.

Sembrerebbe quindi che il legislatore non sia partito dalle premesse proposte dalla scienza, ma abbia operato una scelta politica all'interno delle varie informazioni che da essa provengono.

Tuttavia, un legislatore rispettoso del valore della laicità dello Stato in cui opera, avrebbe forse potuto far propria una concezione etica, non perché suffragata dall'insegnamento della Chiesa, ma perché divenuta parte della coscienza giuridica complessiva⁸³.

Questo di certo non è accaduto nel nostro Paese, in quanto una scelta favorevole alla soluzione che vede la vita umana già all'atto dell'attivazione dell'ocita non è condivisa né dalla totalità, né tantomeno dalla maggioranza della comunità scientifica.

La legge è stata, infine, definita illiberale, perché regola “il modo in cui le donne e gli uomini decidono di riprodursi e di avere una prole, e cioè cosa appartiene a una dimensione strettamente personale di particolare delicatezza, e non un'attività materiale socialmente pericolosa”⁸⁴.

Verrebbero quindi infrante due norme fondamentali del nostro ordinamento giuridico: l'art. 5 del codice civile, che prevede la libera disposizione sul proprio corpo⁸⁵ e l'art. 3 della Costituzione, in quanto nel tutelare unicamente i diritti del concepito e dell'embrione si violerebbe il principio di uguaglianza.

5.2. I rapporti con la legge n. 194/1978.

La legge sulla PMA è stata ritenuta anche in contrasto con i principi su cui si regge la normativa sull'interruzione volontaria di gravidanza (L. 22 maggio

⁸³ E. Dolcini, *op. ult. cit.*, p. 103.

⁸⁴ A. Santosuosso, “*Per ricorrere al soccorso della tecnologia basta la sola certificazione di sterilità*”, in *Guida al diritto*, 2004, fasc. 3, pp. 29 – 33.

⁸⁵ Art. 5 Codice Civile: “Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume”. Art. 3 Costituzione italiana: “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

1978, n. 194)⁸⁶, poiché per la prima volta (ed innovativamente rispetto al nostro sistema giuridico fino a quel momento) includeva tra i soggetti coinvolti il concepito, che viene *apertis verbis* definito un soggetto cui vanno riconosciuti dei diritti non specificamente individuati.

Innanzitutto, si è evidenziato come essa vietasse la soppressione degli embrioni e la diagnosi genetica pre-impianto, volta a scoprire eventuali malattie dell'embrione (così da lasciare alla coppia la possibilità di decidere se non procedere al successivo impianto), ma non precludesse poi alla donna che si è sottoposta a fecondazione artificiale, di abortire; in astratto, cioè, l'opportunità di ricorrere all'interruzione di gravidanza anche dopo essersi sottoposti alla PMA, se la donna non voleva portare avanti quella gestazione (ad esempio, una volta scoperte, mediante diagnosi prenatale, eventuali malattie del nascituro), non viene meno, ma ciò a prezzo del fatto che, anziché non subire alcun intervento medico, ne subisce addirittura due⁸⁷.

Inoltre, secondo parte della dottrina, nella legge n. 194/1978 può essere rinvenuto il fondamento normativo del cosiddetto “diritto a non avere un figlio”; i fautori di questa teoria prendono spunto da ciò per sostenere che conseguentemente, dalla legge n. 40/2004, può essere ricavato il correlativo “diritto ad avere un figlio”⁸⁸, tramite un procedimento di interpretazione al contrario.

La Corte costituzionale è stata più volte chiamata a pronunciarsi su questioni di legittimità che, seppur indirettamente, ponevano in rilievo le scelte riconducibili alla procreazione ed al diritto di autodeterminarsi in questo ambito della vita privata e familiare, offrendo importanti indicazioni su tali profili, contribuendo in modo decisivo alla configurazione dei diritti sottesi. Durante il suo percorso, il Giudice delle leggi è giunto a riconoscere non soltanto le

⁸⁶ G. Tomarchio, *op. cit.*, p. 38.

⁸⁷ V. De Stefano, *op. cit.*, pp. 159 ss.: nella L. 194/1978 sull'interruzione volontaria di gravidanza, la tutela della salute psichica e fisica della donna viene ritenuta prevalente rispetto alla nascita del nuovo individuo, che diversamente dalla prima non è ancora persona. Nella L. 40/2004, a tal proposito, si assiste invece a un'inversione di tendenza e ad un cambiamento di prospettiva.

⁸⁸ G. Tomarchio, *op. cit.*, p. 39.

esigenze della procreazione, bensì anche un vero e proprio diritto a decidere se formare o meno una famiglia con figli⁸⁹.

In particolare, con la sentenza n. 162/2014 la Corte costituzionale definisce la scelta di avere o non avere figli quale diritto incoercibile, anche per le coppie totalmente sterili o infertili, poiché tale scelta rientra nella “sfera più intima ed intangibile della persona umana”⁹⁰.

Entrambe le summenzionate tesi sono state in ogni caso oggetto di replica: in particolare, si è sostenuto come ricorrere all’aborto successivamente all’utilizzo delle tecniche di procreazione, disattenderebbe la *ratio* stessa della legge sull’aborto; il ritenere, poi, che dalla legge n. 194/1978 possa evincersi il “diritto a non avere un figlio” e di conseguenza il riconoscimento del diritto opposto, poi esplicitato attraverso la L. 40/2004, non corrisponde affatto a ciò che il legislatore intendeva rendere giuridicamente rilevante.

A supporto di questa argomentazione vi sarebbe il primo articolo della stessa legge sull’interruzione di gravidanza⁹¹, che tutelerebbe la vita umana fin dal suo inizio e il cui scopo consisterebbe nell’eliminazione del conflitto esistente tra la vita del nascituro e la salute psichica della donna.

Non vi sarebbe perciò nessuna discrepanza fra le due leggi, le quali anzi apparirebbero coordinate in quanto entrambe poste a tutela del diritto della vita.

Tale argomentazione, tuttavia, non nasconde il vero problema che emerge per chi si approccia con attenzione alla legge italiana sulla PMA: quest’ultima esprime un modello di legislatore poco attento e ambiguo, che ha adottato le stesse tecniche di formazione già utilizzate trent’anni prima per la legge

⁸⁹ Ad esempio, la Corte costituzionale con sentenza n. 151/2009 (che verrà dettagliatamente analizzata nel Cap. 2 del presente elaborato), dichiarò l’illegittimità costituzionale dell’art. 14 della L. 40/2004, in tema di crioconservazione e limite alla produzione degli embrioni in numero superiore a tre, rilevando come vi fosse la necessità di un equo bilanciamento tra la tutela dell’embrione, la salute della donna ed alle esigenze della procreazione, qualificate dal Giudice delle Leggi quali “concrete aspettative di gravidanza”. La sentenza integrale è disponibile in www.giurcost.it.

⁹⁰ Corte costituzionale, 10 giugno 2014 n. 162, in www.giurcost.it. Per l’analisi dettagliata di tale pronuncia, si rimanda *infra* al secondo capitolo.

⁹¹ Art. 1 L. 194/1978: “Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio. L’interruzione volontaria della gravidanza, di cui alla presente legge, non è mezzo per il controllo delle nascite. Lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell’ambito delle proprie funzioni e competenze, promuovono e sviluppano i servizi socio – sanitari, nonché altre iniziative necessarie per evitare che l’aborto sia usato ai fini della limitazione delle nascite”.

sull'interruzione di gravidanza; entrambe enunciano principi etici, richiamano il diritto naturale.

Questo è probabilmente l'unico esempio di coordinamento tra i due testi, i quali hanno poi conseguenze assolutamente discrepanti ed a dir poco allarmanti: la disciplina dell'aborto era stata proposta con l'obiettivo di risolvere il grande problema sociale degli aborti clandestini; la legge sulla PMA, invece, per come è stata impostata dal legislatore, avrebbe potuto avere l'effetto contrario di condurre il fenomeno della PMA al di fuori di ogni controllo della legalità, venendo così meno i freni morali, sociali e scientifici che appaiono "l'unica reale barriera contro i rischi di una eugenetica perversa"⁹².

5.3. Raffronto fra adozione e procreazione assistita.

Spesso si è parlato del rapporto che sussiste tra l'istituto dell'adozione e quello della procreazione medicalmente assistita, chiedendosi, in sostanza, quale motivazione spingesse le coppie che non possono fare conto unicamente sulla riproduzione naturale, ad accedere alle forme di fecondazione artificiale, anziché invece intraprendere la strada dell'adozione, attraverso cui, tra le altre cose, si potrebbe contribuire all'eliminazione della situazione di abbandono in cui versa un bambino bisognoso di una famiglia.

Ciò è avvenuto, in particolare, con riguardo alla possibilità che il primo sia visto come opzione alternativa alla seconda, all'idea di estendere alla PMA le stesse condizioni di accesso richieste per le coppie adottive ed all'eventualità di destinare alla procedura di adozione gli embrioni residui e/o abbandonati in seguito alle tecniche di procreazione assistita⁹³.

In particolare, la Commissione nominata dal Ministro Degan nel 1984, propose una accurata normativa sui problemi della PMA, includendo in essa due interi articoli riguardanti la destinazione degli embrioni residui ed abbandonati a

⁹² U. A. Salanitro, "La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita", in *Famiglia – Rivista di Diritto della Famiglia e delle Successioni in Europa*, 2004, Fasc. 3, Pt. 1, p. 514.

⁹³ F. Santosuosso, *op. cit.*, p. 19 ss.

coppie disposte a garantire il loro sviluppo, mediante una sorta di adozione prenatale, sotto il controllo e l'assistenza del tribunale per i minorenni.

Nell'art. 16 co. 4 delle disposizioni transitorie alla proposta di legge n. 4048, presentata il 26 ottobre 1999 dall'on. Cè alla Camera dei deputati, venne previsto che le coppie dalle quali fosse derivata, per l'applicazione delle tecniche di PMA, la formazione di embrioni, potessero chiedere – nel termine di tre anni – il loro trasferimento nell'utero della donna.

Queste proposte sembravano ragionevoli, poiché risultava estremamente conveniente che alcuni embrioni residui e abbandonati dai genitori da cui provenivano i gameti, venissero destinati a coppie di coniugi che fossero disposte ad accoglierli come figli, anziché incorrere in inevitabile distruzione.

L'antico istituto dell'adozione, che è stato via via modernizzato, si fondava infatti sull'esigenza di dare una famiglia idonea ai minori che purtroppo non l'hanno.

Non è sostenibile, però, l'idea secondo la quale sarebbe superfluo ricorrere alla PMA dal momento che già l'adozione consente di avere discendenti; l'una non può, cioè escludere l'altra e ciò perché non può non riconoscersi che questo istituto costituisce spesso un mero ripiego, cui ricorrere qualora non sia davvero possibile avere figli derivanti biologicamente dalla coppia. Attraverso l'adozione, infatti, la donna non potrà affatto sperimentare la “maternità gestazionale” ed avvertire il legame che già all'inizio della gravidanza si instaura con il nascituro⁹⁴.

Infatti, in non pochi casi, la disponibilità ad adottare interviene soltanto una volta che si è tentata la procreazione medicalmente assistita; tra le cause della diminuzione del numero delle coppie adottive viene riscontrata anche la maggiore accessibilità ed efficienza della PMA, a fronte delle tempistiche (l'accesso delle coppie infatti è subordinato al soddisfacimento di una serie di rigidi requisiti), delle incertezze (sia giuridiche che pratiche) e dei costi

⁹⁴ A. Vesto, *“La maternità tra regole, divieti e pluritonalità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo”*, 2018, p. 19. Secondo l'autrice, la coppia che sceglie di intraprendere il percorso dell'adozione desidera appagare una diversa ed autonoma prospettiva genitoriale rispetto alla fecondazione eterologa.

dell'adozione internazionale (ma anche nazionale, la quale ormai riguarda un numero di minori di età davvero esiguo)⁹⁵.

In ogni caso, il medico, come previsto nell'art. 6 co. 1 della legge n. 40/2004, deve sempre prospettare alla coppia che richiede di accedere alla PMA, la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai sensi della L. 4 maggio 1983, n. 184 e successive modificazioni.

5.4. I limiti alla scienza. Il problema della Diagnosi Genetica Pre - impianto e dell'eterologa.

La legge è stata infine considerata lesiva dei diritti riproduttivi delle donne, in quanto (per lo meno nel suo impianto originario) vietava la fecondazione eterologa e la diagnosi genetica pre – impianto per individuare negli embrioni eventuali patologie, limitando inoltre a tre il numero degli stessi che potevano essere creati (e che dovevano essere impiantati contemporaneamente, stante il divieto di crioconservazione)⁹⁶.

Chiaramente, la L. 40/2004 perseguiva l'obiettivo della tutela della vita umana attuale (gli embrioni prodotti), e non quello della promozione della vita umana potenziale, ponendo appunto i numerosi precitati divieti alla produzione di embrioni, anche a fini riproduttivi.

Per quanto riguarda in primo luogo la diagnosi genetica pre – impianto (per semplificare, anche PGD), gli interessi che venivano in considerazione erano il desiderio della coppia ad avere un figlio da un lato e la necessità per il nascituro di venire al mondo nelle condizioni per lui più ottimali, dall'altro.

Alcuni sostennero che non era affatto ricompresa nella finalità della normativa sulla PMA, oltre a quella di superare le cause di sterilità e infertilità, anche quella di correggere gli eventuali difetti della procreazione.

La legge, in particolare, limitava la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione ai soli scopi terapeutici e vietava qualsiasi possibilità di una diagnosi precedente all'impianto che avesse fini, anche solo parzialmente, diversi

⁹⁵ P. Morozzo della Rocca, "Dove finirà l'embrione se il piano si inclina ancora?", in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, fasc. 3, pp. 142 – 143.

⁹⁶ G. Tomarchio, *op. cit.*, p. 40 ss.

da questi, costringendo la donna a ricevere nel proprio utero anche embrioni difettosi, con rischio di malformazioni del feto.

Questa scelta, secondo i sostenitori del divieto, discendeva dal rischio che dall'utilizzo di tale forma di analisi del materiale genetico, potesse scaturire una qualche facoltà di scegliere gli embrioni rispondenti alle caratteristiche più ottimali: su questa linea veniva quindi inizialmente⁹⁷ vietata ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti.

Cosa fare, tuttavia, qualora la diagnosi a scopo terapeutico (e quindi consentita) avesse avuto esiti fortemente negativi? La donna avrebbe proceduto ugualmente all'impianto, unico e contemporaneo, di tutti e tre gli embrioni prodotti e successivamente avrebbe eventualmente fatto ricorso alla possibilità dell'aborto terapeutico, previsto dalla legge n. 194 del 1978.

Non sarebbe stato quindi più semplice non effettuare l'impianto, così da evitare l'utilizzo dell'interruzione di gravidanza?

In realtà, ovviamente, se la donna avesse rifiutato l'inserimento dell'embrione, non di certo sarebbe potuta intervenire la forza pubblica: la L. 40/2004, non avrebbe potuto rendere coercibile il trasferimento in utero, senza incorrere in una palese violazione dell'art. 32 Cost., anche se forse, in subordine, avrebbe potuto disporre l'adottabilità di quelli rimasti in cosiddetto "stato di abbandono".

Ci si soffermi ora sul limite della produzione di embrioni in numero non superiore a tre: secondo le rilevazioni di alcuni medici specialisti del settore, tale disposizione (da cui discendono il divieto di crioconservazione e di successiva eventuale soppressione degli embrioni) comprometteva in concreto l'esito stesso del processo di procreazione medicalmente assistita, votandolo fin dall'inizio al fallimento e all'inefficacia⁹⁸, in quanto comportava una forte riduzione degli embrioni prodotti e crioconservati, che avrebbero potuto non essere mai trasferiti nell'utero materno.

⁹⁷ Divieto che è poi venuto meno, come meglio si vedrà *infra* nel cap. 2 del presente elaborato di ricerca.

⁹⁸ E. Dolcini, *op. cit.*, p. 92.

Nel caso in cui, poi, l'impianto *in vivo* (tramite il quale la fecondazione avviene direttamente nell'utero materno) non avesse dato esito positivo, per ricorrere alla fecondazione *in vitro* (con la quale l'incontro tra i gameti avviene, invece, in laboratorio mediante strumenti ad alta precisione) la donna avrebbe dovuto necessariamente intraprendere *ab initio* un nuovo doloroso percorso terapeutico, sottoponendosi ad ulteriori cicli di stimolazione ormonale e invasivi prelievi di ovociti.

Perché allora il legislatore ha previsto un limite così restrittivo? Si possono forse evidenziare due ordini di motivi: scongiurare un sistema di superproduzione che agevolasse la selezione eugenetica fra embrioni sani e difettosi; evitare che da una produzione troppo ampia di embrioni derivasse una accumulazione di quelli soprannumerari⁹⁹.

Appare però strano un legislatore che, nel tutelare il nascituro quale soggetto più debole e meritevole, di fatto poi limiti il numero di quelli che possono concretamente nascere¹⁰⁰.

Anche se la legge poneva un freno non alla misura totale di produzione di embrioni per ogni singola coppia, bensì per ciascun impianto (perciò il numero massimo di tre riguardava gli embrioni da impiantare contemporaneamente per ogni sessione e non quelli che la coppia poteva in generale produrre), si riscontrava comunque un mancato bilanciamento tra i due interessi costituzionalmente tutelati che si contrapponevano, quello della salute della donna ed i diritti dell'embrione.

In particolare, il dover svolgere più volte il procedimento di preparazione, prelievo e fecondazione, poteva provocare danni non indifferenti alla salute femminile: sindrome da iperstimolazione ovarica, rischi chirurgici per il prelievo di ovuli, rischi di fecondazione trigemellare e così via.

Sembrerebbe quasi che il legislatore si sia “trovato costretto a lasciare un minimo di disagi sopportabili alla donna desiderosa di avere figli, piuttosto che rischiare la distruzione di suo figlio, sia pure nella fase embrionale”¹⁰¹.

⁹⁹ Per un'analisi più approfondita di questo limite, attraverso lo studio delle sentenze della Corte costituzionale, si veda *infra* il secondo capitolo.

¹⁰⁰ F. Santosuoso, *op. cit.*, p. 91.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 92.

Sarebbe quindi stata più opportuna una formulazione del testo di legge più chiara, con riguardo alle norme che prevedono cosa è consentito fare e cosa non lo è: per esempio, è apparso del tutto assurdo che, una volta accertate patologie o carenze gravi di uno o più embrioni, questi dovessero comunque essere impiantati, pur sapendo che gli stessi potevano essere (e molto probabilmente lo sarebbero effettivamente stati) abortiti ai sensi della L. n. 194/1978.

Per ovviare al rischio di eccessiva produzione di embrioni o di selezione eugenetica, sarebbe stato invece sufficiente prevedere che gli embrioni sani residui formassero oggetto di un impegno serio della coppia ad utilizzarli per la procreazione di altri figli, oppure destinarli all'adozione di coppie disposte ad accoglierli come se fossero stati da loro stessi prodotti.

Per quanto riguarda, infine, le prime critiche mosse al divieto espresso nell'art. 4, co. 3 ("è vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo"), è necessario ribadire come tale tipologia di fecondazione è quella che viene realizzata utilizzando gameti estranei alla coppia coniugata o convivente che si sottopone agli interventi di procreazione medicalmente assistita.

Il legislatore del 2004 ritenne inizialmente prevalenti le motivazioni ad essa contrarie¹⁰².

Tale soluzione è condivisibile? Spesso l'aspirazione di una coppia ad avere un figlio non può essere soddisfatta né con la fecondazione omologa, né per difficoltà o impossibilità di accedere all'istituto dell'adozione. Alcuni sostengono che questo argomento non fosse sufficiente a giustificare il ricorso alla tecnica di PMA eterologa, non sussistendo, come già accennato, nel nostro ordinamento un diritto assoluto ad avere un figlio con qualsiasi mezzo.

Il secondo argomento utilizzato per sorreggere l'utilizzo della fecondazione eterologa in Italia era di carattere pratico: le coppie desiderose di avere un figlio non avrebbero esitato a recarsi all'estero per soddisfare la loro aspirazione, che nel loro Paese gli veniva preclusa mentre in altri era perfettamente lecita¹⁰³.

¹⁰² F. Santosuosso, *op. cit.*, p. 66 ss.

¹⁰³ B. Mastropietro, *op. cit.*, pp. 1379 – 1420.

Inoltre, si ricorreva a questa tecnica soprattutto perché l'insoddisfatto desiderio di avere un bambino può determinare stati patologici fisio – psicologici molto gravi, tali per cui nessuna terapia avrebbe potuto essere sufficientemente valida, se non quella di ottenere quanto desiderato con gameti estranei alla coppia. Ciò avverrebbe principalmente quando la sterilità è accertata in modo accurato e pertanto sia diagnostica una totale mancanza di spermatozoi o si verifici una precoce menopausa.

Queste sono solo alcune delle opinioni espresse in tema di fecondazione eterologa e già sono sufficienti a capire le difficoltà incontrate dal legislatore del 2004 nell'optare per la sua configurabilità o meno. Egli decise infine per la precisazione dei limiti di inammissibilità, prevedendo la non punibilità dei soggetti richiedenti ma non degli operatori sanitari che la ponevano in essere e per il riconoscimento di precise conseguenze giuridiche in riferimento ai rapporti di filiazione.

Restava tuttavia l'esigenza di favorire, a priori, la predisposizione di più efficaci strumenti per rimuovere le cause che sono alla base della richiesta di inseminazione artificiale eterologa, perfezionando di conseguenza altre leggi, come quelle sull'adozione e sull'interruzione di gravidanza.

Taluni, comunque, continuavano a sostenere che la previsione di un divieto assoluto non fosse supportata da argomentazioni e motivazioni soddisfacenti e rischiasse di produrre effetti ingiusti.

Capitolo II

La lenta riscrittura della l. 40/2004 alla luce degli interventi giurisprudenziali di merito, di costituzionalità ed europei

Sommario: 1. Il problema della configurabilità del referendum della legge n. 40; 1.1. Il quesito integralmente ablativo. Ammissibilità del referendum di abrogazione parziale; 2. Analisi delle richieste di referendum del 2005; 2.1. Corte costituzionale, sentenza n. 45 del 2005; 2.2. Le richieste di abrogazione parziale: premessa; 2.3. [segue] Corte costituzionale, sentenze nn. 46, 47, 48 e 49 del 2005; 3. Le decisioni della Corte. Valutazioni critiche; 4. Il problema della diagnosi genetica pre – impianto sull'embrione; 4.1. Pronunce di merito; 4.2. La Corte costituzionale decide di non decidere; 5. La questione di legittimità costituzionale del divieto di produzione di embrioni in numero superiore a tre; 5.1. La declaratoria di incostituzionalità; 5.1.1. Gli effetti della pronuncia costituzionale sulla PGD; 6. Il controverso tema dell'accesso alle tecniche per le coppie portatrici di gravi malattie genetiche, ma fertili; 6.1. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo boccia la L. 40/2004; 6.2. La Corte costituzionale apre l'accesso alla PMA alle coppie non sterili o infertili; 6.3. Illegittimità costituzionale dell'art. 13, co. 3, lett. B e co. 4, L. 40/2004; 6.4. Le nuove linee guida del 2015; 7. Il divieto di fecondazione eterologa. La decisione della Corte EDU; 7.1. Pronunce di merito: Firenze, Catania, Milano; 7.2. La restituzione degli atti ai giudici a quibus; 7.3. Corte costituzionale, sent. 162/2014: cade il divieto di fecondazione eterologa; 7.3.1. Le conseguenze pratiche della decisione della Corte costituzionale.

1. Il problema della configurabilità del referendum della legge n. 40.

Come in precedenza analizzato, la L. 40/2004 è stata contestata dalla gran parte del mondo scientifico, politico e del diritto. Non stupisce, quindi, che non

appena entrata in vigore sia iniziata, da parte del Partito Radicale, la raccolta firme per sottoporla a *referendum* abrogativo, sia parzialmente che nella sua interezza.

Le stesse polemiche che avevano circondato il testo legislativo, si sono poi riproposte con riguardo alle richieste di abrogazione, una totale e quattro parziali: esse vennero consegnate il 30 settembre 2004 all'Ufficio Centrale per il *referendum* presso la Corte di Cassazione la quale, con ordinanza del 10 dicembre 2004, ne affermò la conformità alla legge.

Per quanto riguarda in primo luogo l'ammissibilità delle richieste referendarie, essa è stata attribuita alla Corte costituzionale dalla L. cost. 11 marzo 1953, n. 1 art. 2¹⁰⁴, che la limita testualmente alla verifica del rispetto del secondo comma dell'art. 75 Cost, specificando altresì che le richieste referendarie non possono né devono vertere su una delle cinque materie per le quali la Costituzione ne vieta l'utilizzo (leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e indulto, di autorizzazione a ratifica di trattati internazionali)¹⁰⁵.

La Corte costituzionale, però, a partire dalla sentenza n. 16 del 1978¹⁰⁶ ha iniziato a dichiarare inammissibili le richieste di *referendum* anche per motivi diversi da quelli previsti, sostenendo la configurabilità di limiti impliciti o logico – sistematici all'utilizzo dell'istituto referendario; ha posto, cioè, le fondamenta di quella che sarebbe stata la successiva giurisprudenza in tema.

Questi limiti riguardano le materie oggetto dell'iniziativa referendaria, attengono alla struttura del quesito posto agli elettori o all'esito della eventuale abrogazione della normativa, o ancora concernono il rapporto delle norme oggetto del quesito referendario con quelle costituzionali sovraordinate.

¹⁰⁴ L. cost. 11 marzo 1953, n. 1, art. 2: "Spetta alla Corte costituzionale giudicare se le richieste di *referendum* abrogativo presentate a norma dell'art. 75 della Costituzione siano ammissibili ai sensi del secondo comma dell'articolo stesso. Le modalità di tale giudizio saranno stabilite dalla legge che disciplinerà lo svolgimento del *referendum* popolare". Quest'ultima legge citata è la 25 maggio 1970, n. 352.

¹⁰⁵ E. Lamarque, "I referendum sulla legge sulla procreazione medicalmente assistita", in *Famiglia e diritto*, 2005, fasc. 2, p. 195 ss.

¹⁰⁶ Il testo completo della sentenza si può trovare in www.giurcost.org.

È arduo quindi effettuare un pronostico sull'esito del giudizio di ammissibilità della richiesta, perché esso deriva dalla enunciazione – nel corso del tempo – di sempre nuovi motivi di inammissibilità, ulteriori e diversi rispetto ai quattro limiti impliciti appena elencati, contenuti nella sovra citata sentenza costituzionale.

Lo stesso estensore della sentenza del 1978, Livio Paladin, ha evidenziato un'incoerenza nei criteri di giudizio che la Corte costituzionale utilizzava di volta in volta per decidere delle richieste di ammissibilità. Egli demandava al Giudice delle Leggi il compito di “ripensare e sistemare i propri canoni valutativi, rendendone coerente l'applicazione”¹⁰⁷. Vi è, perciò, una sorta di “incertezza manifesta”¹⁰⁸ della giurisprudenza della Corte, in quanto è molto difficile compiere previsioni circa la conclusione dei giudizi di ammissibilità.

Per quanto concerne i *referendum* sulla materia oggetto di questa trattazione, essi riflettono forse lo spirito dell'istituto stesso, in quanto incarnano la lotta per la conquista di diritti civili e per la loro espansione, che la legge sulla PMA sembrerebbe reprimere, secondo una logica punitiva.

Tali richieste, infatti, oltre a porre in rilievo la possibilità che venisse modificata la normativa attraverso tale strumento di democrazia diretta, contribuirono a chiarire la portata della legge e, di conseguenza, del suo contenuto attraverso le decisioni della Corte costituzionale sulla loro ammissibilità.

La presentazione quasi contestuale di una domanda di ablazione totale del testo legislativo unitamente a quattro quesiti parziali, tutti sullo stesso oggetto, risponde ad una tecnica denominata “*plurireferendum*”¹⁰⁹, utilizzata per aumentare le possibilità di riuscita della consultazione referendaria (la stessa

¹⁰⁷ G. Monaco, “*Il referendum per l'abrogazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita di fronte al limite delle 'leggi costituzionalmente necessarie'*”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, fasc. 1, p. 351. Per l'intervento completo di Paladin, si veda “*Profili problematici della giurisprudenza costituzionale sull'ammissibilità del referendum*”, in *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Milano, 1998. In particolare, gli atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 5 e 6 luglio 1996.

¹⁰⁸ G. Azzariti, “*Il “modello” della sentenza n. 16 del 1978 e il carattere abrogativo del referendum: un ritorno al futuro?*”, p. 1, in www.costituzionalismo.it. Si tratta di un intervento svolto al Convegno “*L'ammissibilità del referendum sulla fecondazione assistita*”, organizzato dall'Associazione Luca Coscioni e dai Radicali italiani, il 10 dicembre 2004.

¹⁰⁹ A. Musumeci, “*I referendum e la legge sulla procreazione medicalmente assistita. Note a margine su un dialogo (impossibile) tra Parlamento, Corte costituzionale e corpo elettorale.*”, in www.costituzionalismo.it, pp. 6 ss.

tecnica era stata già utilizzata in passato, attraverso la proposta di tre congiunti *referendum* sulla legge n. 194/1978, in tema di interruzione volontaria di gravidanza).

L'intervento del corpo elettorale in un campo così controverso, è sembrata la soluzione migliore per decidere di una legge in forte disarmonia con le opinioni e le idee in tema. Voleva offrirsi agli elettori la possibilità di controbilanciare la connotazione etica esplicita di questo testo legislativo, con il mantenimento della laicità dello Stato e la sua connotazione pluralistica.

Possono, queste cinque richieste, essere considerate come lo strumento della riscoperta dell'istituto referendario?¹¹⁰

Secondo alcuni, la legge sulla PMA non sarebbe addirittura considerabile come il terreno adatto per una consultazione referendaria, a causa dei suoi contenuti scientifico – tecnici¹¹¹.

Il legislatore, però, nel normare questa materia così discussa, ha messo a tacere un dibattito che era ancora aperto nella stessa comunità scientifica, la quale, nell'approcciarsi al nuovo testo legislativo, ha riscontrato quindi vari problemi di carattere tecnico, tra cui un eccessivo sacrificio del “diritto a procreare”.

Di conseguenza, da questo punto di vista, tale consultazione non riguarderebbe più solo concetti tecnici e specialistici, bensì colpirebbe la libertà del singolo individuo di decidere quali debbano essere gli interventi consentiti alla scienza nel campo della salute.

Ci si domanda, tuttavia, se sia lecito che il legislatore si faccia arbitro di questioni scientifiche così controverse e se possa, il diritto, fissare una linea guida che la scienza debba necessariamente seguire¹¹².

¹¹⁰ G. Azzariti, *op. cit.*, pp. 4 ss.

¹¹¹ A. Musumeci, *op. cit.*, p. 7.

¹¹² M. Ainis (a cura di), “*I referendum sulla fecondazione assistita*”, 2005, p. XI.

1.1. Il quesito integralmente ablativo. Ammissibilità dei referendum di abrogazione parziale.

In primo luogo, in ragione di quanto detto finora, sembrerebbe che la prima richiesta di *referendum* abrogativo sulla legge n. 40/2004, quella di ablazione totale, fosse la più in linea con l'istituto referendario stesso; essa, infatti, poneva il corpo elettorale di fronte alla decisione di mantenere o eliminare il testo legislativo nella sua interezza, senza interventi di carattere manipolativo, rispettando i canoni di chiarezza e omogeneità previsti dalla anzidetta sentenza n. 16/1978¹¹³.

L'abrogazione totale rappresentava, quindi, l'opzione meno oppugnabile e più semplice: il Parlamento, in sostanza, attraverso l'approvazione della legge aveva operato una scelta politica precisa e gli elettori, di contro, dovevano poter decidere se sconfessare quella decisione oppure conformarvisi.

La maggiore critica rivolta all'abrogazione totale di un testo di legge, opposta anche alla prima richiesta di *referendum* sulla PMA, riguardava l'eterogeneità dei contenuti delle leggi. Non sembrava possibile, cioè, sottoporre una legge come la n. 40/2004 ad un'ablazione totale, in quanto essa accoglieva in sé una varietà di contenuti normativi inerenti alla materia regolata¹¹⁴.

Ciò, si rispondeva, è del tutto usuale: è la *ratio legis* a unificare quella pluralità di contenuti. In particolare, nella sentenza n. 68 del 1978, la Corte costituzionale sosteneva come, nell'esaminare una richiesta di abrogazione totale, non fosse possibile soffermarsi soltanto sulle affinità o sulle divergenze riscontrabili fra le singole disposizioni, ma fosse invece necessario esaminare anche i "raffronti fra i principi cui si informino nel loro complesso l'una o l'altra disciplina"¹¹⁵.

¹¹³ A. Musumeci, *op. cit.*, p. 7.

¹¹⁴ Per una disamina più dettagliata del criterio di omogeneità, si veda *infra*, § 2.1.

¹¹⁵ Corte costituzionale, Sent. 16 maggio 1978, n. 68 in www.cortecostituzionale.it, in particolare si veda il punto 3 del *considerato in diritto*.

L'art. 75 Cost, in ogni caso, prevede espressamente l'ipotesi dell'ablazione totale¹¹⁶ e l'art. 27 co. 1 della legge n. 352 del 1970 stabilisce che “al fine di raccogliere le firme dei 500.000 elettori necessari per il *referendum* previsto dall'art. 75 della Costituzione, nei fogli vidimati dal funzionario [...] si devono indicare i termini del quesito che si intende sottoporre alla votazione popolare, e la legge o l'atto avente forza di legge dei quali si propone l'abrogazione, completando la formula ‘volete che sia abroga’ la data, il numero e il titolo della legge o dell'atto avente valore di legge sul quale il *referendum* sia richiesto”.

Solo successivamente, nel secondo comma, contempla l'ipotesi – subordinata – che si richieda l'abrogazione parziale, per la quale è necessario l'inserimento del numero dell'articolo o degli articoli sui quali il *referendum* sia chiesto¹¹⁷.

Se con la richiesta di abrogazione totale si torna all'oggetto essenziale del *referendum*, è necessario domandarsi come debbano di conseguenza essere interpretati gli altri quattro quesiti posti sulla legge qui oggetto di analisi.

Si trattava di richieste formulate utilizzando la tecnica della manipolazione, con il risultato che attraverso di essi la Corte costituzionale trasformava, di fatto, il giudizio di ammissibilità del *referendum* in un giudizio di costituzionalità anticipato¹¹⁸.

Tale tipologia di *referendum* è stata elaborata dalla giurisprudenza costituzionale e dalla successiva dottrina per marcare un confine tra l'abrogazione vera e propria e l'innovazione referendaria e contengono in sé un grado più o meno elevato di manipolatività: incidendo cioè sul tessuto normativo, fanno sì che quello stesso oggetto, prima disciplinato in un modo, finisca per

¹¹⁶ Art. 75 Cost: “E' indetto *referendum* popolare per deliberare l'abrogazione, totale o parziale, di una legge o di un atto avente forza di legge, quando lo richiedono cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali. Non è ammesso il *referendum* per le leggi tributarie o di bilancio, di amnistia e di indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali. Hanno diritto di partecipare al *referendum* tutti i cittadini chiamati ad eleggere la Camera dei deputati. La proposta soggetta a *referendum* è approvata se ha partecipato alla votazione la maggioranza degli aventi diritto, e se è raggiunta la maggioranza dei voti validamente espressi. La legge determina le modalità di attuazione del *referendum*.”

¹¹⁷ L. 25 maggio 1970, n. 352, art. 27, co. 1 e 2, in www.giurcost.org.

¹¹⁸ G. Brunelli e A. Pugiotto, “Ritorno alle origini”, in Michele Ainis (a cura di), cit., pp. 47 ss.

essere trattato diversamente. Le norme oggetto di quesiti così modificativi, quindi, finiscono col dire il contrario di ciò che affermavano originariamente¹¹⁹.

Se si vuole conservare lo spirito del testo costituzionale, però, si dovrebbe riflettere con attenzione su quello che l'art. 75 Cost. afferma¹²⁰ ed alla luce di esso soffermarsi in particolare sull'ammissibilità o meno di un *referendum* di carattere manipolativo, che utilizza la tecnica del ritaglio.

La Corte costituzionale ha ammesso richieste referendarie di tale genere, con lo scopo di riabilitare la natura abrogativa del *referendum*: essi sono stati il frutto di una particolare stagione del nostro sistema politico durante la quale, tramite la tecnica del ritaglio, si sono potuti svolgere, ad esempio, i *referendum* in materia di sistemi elettorali.

In ogni caso, ciò che appariva sconcertante analizzando con attenzione i *referendum* sulla PMA, è come, essendone stati contestualmente proposti cinque, ne conseguiva una inevitabile sovrapposizione delle richieste di abrogazione parziale a quella totale: se il corpo elettorale li avesse accolti tutti, il risultato conseguito sarebbe stato una sorta di reviviscenza dell'effetto abrogativo totale¹²¹. Senza le parti censurate da tali richieste, in sostanza, la legge sarebbe stata comunque privata del suo contenuto sostanziale.

Riassumendo l'intricata giurisprudenza costituzionale, sia sulla PMA che in generale, viene proprio da pensare che “se il *referendum* è manipolativo, allora abbiamo dubbi sull'ammissibilità perché è manipolativo; se il *referendum* è sull'intera legge allora abbiamo dubbi sull'ammissibilità perché è sull'intera legge”¹²².

2. Analisi delle richieste di *referendum* del 2005.

Le cinque richieste di *referendum* aventi ad oggetto la L. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita furono dichiarate legittime, come già

¹¹⁹ G. Silvestri, “*Relazione di sintesi*”, *op. cit.*, p. 150.

¹²⁰ G. Azzariti, *op. cit.*, p. 3.

¹²¹ A. Musumeci, *op. cit.*, p. 8.

¹²² G. Silvestri, *op. cit.*, p. 147.

accennato, con ordinanza del 10 dicembre 2004, dall'Ufficio centrale per il *referendum* costituito presso la Corte di Cassazione.

Successivamente, nel corso della camera di consiglio tenutasi il 10 gennaio 2005 al Palazzo della Consulta, la Corte costituzionale dispose con ordinanza di dar corso all'illustrazione orale delle memorie depositate dai presentatori dei *referendum* e dal Governo, secondo quanto disposto dal terzo comma dell'art. 33 della legge n. 352 del 1970¹²³.

Consentì inoltre ulteriori integrazioni orali agli scritti presentati da soggetti interessati alla decisione sull'ammissibilità, i quali interventi avrebbero però dovuto essere rilevanti ai fini del giudizio.

In sede di decisione circa l'ammissibilità delle richieste referendarie non si discussero eventuali profili di incostituzionalità della legge in esame, in quanto venne unicamente svolta una valutazione inerente soltanto al rapporto tra l'oggetto dei quesiti e le norme costituzionali, cercando di valutare se il venir meno della disciplina avrebbe comportato o meno un pregiudizio ai precetti costituzionali stessi¹²⁴.

Dalla decisione di ammissibilità, quindi, non era lecito trarre conseguenze circa la conformità della normativa alla Costituzione e non potevano essere discussi, in quella sede, neppure potenziali profili di illegittimità costituzionale dell'eventuale normativa di risulta, derivante dall'effetto abrogativo dei *referendum*.

Sulle richieste qui accennate, il Giudice delle leggi si pronunciò il 13 gennaio 2005 con le sentenze nn. 45, 46, 47, 48 e 49, depositate il 28 gennaio dello stesso anno: la prima dichiarò inammissibile il *referendum* di abrogazione totale, mentre le altre riconobbero l'ammissibilità delle ipotesi parziali.

Queste pronunce erano molto attese data la delicatezza della materia di cui si occupavano e sono state accolte da tante polemiche quante avevano circondato la stessa approvazione della legge di cui trattano; critiche, queste, avanzate sia

¹²³ L. 25 maggio 1970, n. 352, art. 33: "Non oltre tre giorni prima della data fissata per la deliberazione, i delegati e i presentatori e il Governo possono depositare alla Corte memorie sulla legittimità costituzionale delle richieste di *referendum*".

¹²⁴ F. Felicetti e M. R. San Giorgio, "Osservatorio della Corte costituzionale", in *Corriere giuridico*, fasc. 3, 2005, pp. 420 ss.

dai fautori delle richieste sia dei loro avversari (e, di conseguenza, della legge argomento dei *referendum*)¹²⁵.

Tali *referendum* (ad esclusione, come ovvio, del primo), avevano ad oggetto l'abrogazione proprio delle parti normative ritenute incostituzionali dalla dottrina e che sono state infatti successivamente oggetto di svariati giudizi di legittimità costituzionale.

2.1. Corte costituzionale, sentenza n. 45 del 2005.

Come già anticipato, la richiesta di sottoporre a *referendum* abrogativo l'intera legge n. 40/2004 è stata giudicata inammissibile con la sentenza 28 gennaio 2005, n. 45¹²⁶, con la quale, senza entrare nel merito di un giudizio circa i profili di costituzionalità di singoli aspetti della legge, si considerava tale testo legislativo a contenuto costituzionalmente vincolato, che non poteva essere pertanto modificato o spogliato della sua efficacia senza che ne risultassero lese, a loro volta, le disposizioni costituzionali correlate.

È tuttavia d'obbligo qui una premessa. Con la sent. 26 settembre 1998. n. 347, la Corte costituzionale aveva segnalato l'illegittimità della situazione di vuoto legislativo che si era venuta a creare in tema di PMA, argomento considerato strettamente connesso a “plurime esigenze costituzionali”.

Essa denunciava la carenza di “garanzie per il nuovo nato [...] non solo in relazione ai diritti e ai doveri previsti per la sua formazione, in particolare degli artt. 30 e 31 della Costituzione, ma ancor prima – in base all'art. 2 Cost. – ai suoi

¹²⁵ C. Tripodina, “Corte costituzionale e referendum sulla procreazione assistita”, in *Democrazia e diritto*, 2004, fasc. 4, p. 219.

¹²⁶ Corte costituzionale, Sent. 28 gennaio 2005, n. 45, in particolare si vedano i P.Q.M: “La Corte costituzionale dichiara inammissibile la richiesta di referendum popolare per l'abrogazione della legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante ‘Norme in materia di procreazione medicalmente assistita’”, richiesta dichiarata legittima con ordinanza del 10 dicembre 2004 dall'Ufficio centrale per il referendum costituito presso la Corte di cassazione. Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 13 gennaio 2005.

diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità: diritti che è compito del legislatore specificare”¹²⁷.

È con questa pronuncia, quindi, che la Consulta espressamente etichettava come costituzionalmente vincolata la legge che, una volta approvata, avesse tutelato la condizione giuridica del nato mediante tecniche di procreazione assistita: tale testo legislativo fu, di conseguenza, il n. 40 del 2004, il primo ad aver dato una disciplina organica a questo tema.

Nella già citata sent. 7 febbraio del 1978, n. 16 la Corte costituzionale aveva affermato che “esistono in effetti valori di ordine costituzionale, riferibili alle strutture od ai temi delle richieste referendarie, da tutelare escludendo i relativi *referendum*, al di là della lettera dell’art. 75 Cost”. In questi valori si annoveravano “disposizioni legislative ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato, il cui nucleo normativo non possa venire alterato o privato di efficacia senza che ne risultino lesi i corrispondenti specifici disposti della Costituzione stessa”¹²⁸.

Inizialmente la Corte escludeva, però, che potessero rientrare nelle leggi “a contenuto costituzionalmente vincolato” quei testi legislativi i quali non realizzassero “che una fra le tante soluzioni astrattamente possibili per attuare la Costituzione”¹²⁹ (leggi c.d. a contenuto costituzionalmente necessario). A partire dagli anni ottanta, invece, essa gradualmente sfumava i confini di questa distinzione, riconducendo entrambe le ipotesi nel concetto di leggi a “contenuto costituzionalmente vincolato”.

Con la sent. 20 gennaio 2004, n. 25, infatti, la Consulta affermava che “la domanda referendaria [...] non riguarda [...] leggi a contenuto

¹²⁷ Corte costituzionale, Sent. 26 settembre 1998, n. 347, paragrafo terzo, terzo punto del *considerato in diritto*, in www.giurcost.org. In tale sentenza, pur dovendosi esprimere sulla questione di legittimità costituzionale relativa alla possibilità di esperire azione di disconoscimento di paternità qualora si fosse ricorsi alla fecondazione di tipo eterologo, la Consulta decise anche di specificare, nel ritenerla inammissibile, l'allora attuale situazione di carenza legislativa in materia.

¹²⁸ Corte costituzionale, Sent. 7 febbraio 1978, n. 16, paragrafo primo e quarto, terzo punto del *considerato in diritto*, in www.cortecostituzionale.it.

¹²⁹ Corte costituzionale, Sent. 3 febbraio 1987, n. 27, paragrafo primo, primo punto del *considerato in diritto*, in www.giurcost.org.

costituzionalmente vincolato o costituzionalmente necessarie”¹³⁰. Venivano così definitivamente poste sullo stesso piano le due categorie di leggi, senza più alcuna distinzione con riguardo all’ammissibilità del *referendum*.

Ritornando all’oggetto di questa trattazione, a fronte di quanto analizzato finora, si può comprendere, forse, la motivazione che portò la Corte al rigetto della richiesta di *referendum* abrogativo dell’intera legge n. 40/2004, rappresentando essa “la prima legislazione organica relativa ad un delicato settore, che negli anni più recenti ha costituito uno sviluppo correlato a quello della ricerca e delle tecniche mediche, e che indubbiamente coinvolge una pluralità di interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa”¹³¹.

Tuttavia, nonostante la coerenza della decisione con la giurisprudenza costituzionale in materia di *referendum*, ciò non significa che tale interpretazione debba essere necessariamente condivisa.

A questo proposito, infatti, nel momento della decisione, all’interno della Corte costituzionale si verificò una vera e propria frattura con riguardo, appunto, alla questione tecnico – giuridica della configurabilità della legge sulla PMA quale normativa “costituzionalmente vincolata”¹³².

Ne costituì ulteriore prova il fatto che la sentenza venne approvata non all’unanimità, bensì a maggioranza – 10 contrari e 5 favorevoli all’ammissibilità del quesito referendario – e che la stessa è stata inoltre redatta da un giudice diverso da quello relatore; tali circostanze rendono evidente anche a coloro che non fanno parte della Consulta, la presenza di una *dissenting opinion* rispetto alla decisione della maggioranza¹³³.

¹³⁰ Corte costituzionale, Sent. 20 gennaio 2004, n. 25, paragrafo secondo, secondo punto del *considerato in diritto*, in www.giurcost.org.

¹³¹ Corte costituzionale, Sent. 28 gennaio 2005, n. 45, paragrafo secondo, sesto punto del *considerato in diritto*, in www.giurcost.org.

¹³² A tal proposito occorre sottolineare come la Corte costituzionale non abbia indicato specificamente quale fosse il contenuto costituzionalmente necessario, facendo unicamente riferimento – nella sua motivazione – alla circostanza che la L. 40/2004 fosse la prima e unica normativa in materia di PMA.

¹³³ C. Tripodina, *op. cit.*, p. 222.

La sentenza n. 45 del 2005, inoltre, “deduce l’inammissibilità della richiesta referendaria in quanto [...] riguardante un complesso non omogeneo di norme (che vanno dal diritto di famiglia allo stato civile dei nascituri, alla organizzazione sanitaria, alla sperimentazione, alla ricerca scientifica, alla fecondazione assistita vera e propria), sicché la disomogeneità del quesito comporterebbe la coartazione della libertà decisionale dell’elettore”¹³⁴.

In questa prospettiva, la Corte affermava che – a discapito di quanto ingannevolmente recitava il suo titolo, “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita” – la legge n. 40/2004 in realtà non si occupasse di un’unica materia, bensì di più di una, tra le quali la PMA e la ricerca sugli embrioni.

Appariva lecito, alla stregua di quanto affermato dal Giudice delle leggi, domandarsi se potesse essere usato l’argomento secondo cui una legge che disciplina argomenti diversi, potesse conseguentemente mantenerli o rigettarli, mediante l’intervento del corpo elettorale, per parti separate.

La risposta sembrava essere negativa, in quanto nella citata sentenza era la Consulta stessa ad escludere il carattere disomogeneo della disciplina, affermando che gli articoli della legge “nel loro complesso, disciplinano analiticamente una molteplicità di differenti profili connessi o collegati alla procreazione medicalmente assistita”¹³⁵.

Infatti, “regolare diversi profili di un unico oggetto non significa [...] dar luogo ad una disciplina eterogenea”¹³⁶: si riteneva così possibile un quesito abrogativo totale avente ad oggetto un testo legislativo che si occupasse di disciplinare nella sua interezza una materia, mostrandosi così completo.

Ciò sembrava essere confermato dalle leggi di altri Paesi europei che disciplinavano con un unico testo normativo sia le tecniche di PMA che la ricerca

¹³⁴ Corte costituzionale, Sent. 28 gennaio 2005, n. 45, paragrafo terzo, punto C del *ritenuto in fatto*, in www.giurcost.org.

¹³⁵ *Ibidem*, sesto paragrafo del *considerato in diritto*.

¹³⁶ N. Zanon, “Memoria difensiva, redatta per i presentatori della richiesta di referendum popolare per l’abrogazione della legge 19 febbraio 2004, n. 40”, in M. Ainis (a cura di), cit., p. 208 ss.

sugli embrioni¹³⁷; a questi esempi, quindi, l'Italia si sarebbe solo conformata senza introdurre nulla di nuovo nel panorama legislativo in materia.

Nonostante ciò, la Corte ha comunque dichiarato inammissibile la richiesta di ablazione integrale, accogliendo invece le richieste parziali, le quali, come già accennato precedentemente e come si vedrà più nel dettaglio nei prossimi paragrafi, avevano ad oggetto parti estremamente qualificanti della normativa in esame e che, se accolte contemporaneamente, avrebbero conseguito il medesimo effetto di un *referendum* totale.

La sent. n. 45 del 2005 evidenziava, quindi, una problematicità del Giudice delle Leggi nell'utilizzare il criterio dell'omogeneità¹³⁸ perché, come si vedrà¹³⁹, i quesiti di abrogazione parziale sono stati accolti in virtù “della sostanziale omogeneità dell'intero testo normativo”¹⁴⁰. La motivazione dell'inammissibilità di una richiesta si capovolse, pertanto, inspiegabilmente nella motivazione dell'ammissibilità delle ulteriori quattro.

Il criterio della non eterogeneità venne introdotto, comunque, all'espresso scopo di rendere l'istituto referendario uno strumento di espressione della democrazia diretta nella sua accezione più genuina. Si trattava quindi di un parametro decisionale implicito – utilizzato forse troppo precipitosamente dalla Corte – che pareva essere quello più direttamente collegato ai principi costituzionali, in particolare l'art. 75, volto a salvaguardare appunto la sincera manifestazione della volontà popolare¹⁴¹.

In ogni caso, la sentenza n. 45/2005 fece solo un brevissimo accenno a questo canone di inammissibilità, senza darne una motivazione specifica e concentrandosi poi prevalentemente sulla natura costituzionalmente vincolata della normativa.

¹³⁷ A. Musumeci, *op. cit.*, p. 8.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 9.

¹³⁹ *Infra*, Par. 2.3.

¹⁴⁰ Corte costituzionale, Sent. 28 gennaio 2005, n. 47 e 48, paragrafo quarto, secondo punto del *considerato in diritto*, in www.giurcost.org.

¹⁴¹ B. Malaisi, “L'inimmaginabilità del referendum sulla legge n. 40 del 2004 tra la tutela minima ed il bilanciamento di interessi costituzionalmente protetti”, in M. Ainis (a cura di), *cit.*, p. 427.

Ci si è quindi chiesti se esistesse una gerarchia applicativa delle ragioni di ammissibilità; o forse, il solo accenno fatto avrebbe potuto significare che l'omogeneità del testo legislativo in esame veniva data per scontata.

La questione, in effetti, si riduceva al cercare di comprendere se la Consulta, impostando la sua trattazione del quesito di ablazione integrale da una diversa prospettiva, cioè quella dell'omogeneità del quesito invece che della natura costituzionalmente necessaria, sarebbe pervenuta allo stesso risultato, ossia il dichiararne l'inammissibilità, ovvero a quello opposto.

Sul punto, in dottrina sono molti gli studiosi che ritenevano proprio il criterio di omogeneità il più idoneo¹⁴² a sostenere la tesi dell'accettabilità dell'abrogazione totale della legge n. 40/2004.

Rimane dunque un dubbio per così dire 'amletico': quando, infatti, ci si trova di fronte alla prospettiva di un'abrogazione totale, l'elemento che unifica la generalità delle norme oggetto del *referendum* è dato dalla *ratio* della scelta del legislatore, dal suo comune principio ispiratore; l'ablazione popolare totale mira proprio a cancellare quella *ratio legis*. Lo stesso vale per i parlamentari che, chiamati alla c.d. terza lettura di un testo legislativo (quando ormai non sono più ammessi emendamenti e la sola decisione possibile si riduce all'approvazione o alla contrarietà) su di esso decidono.

È, forse, contraddittorio negare al corpo elettorale quanto, invece, è reso realizzabile per i suoi rappresentanti in Parlamento¹⁴³.

2.2. Le richieste di abrogazione parziale: premessa.

Come già più volte sottolineato, quattro furono i quesiti referendari ritenuti ammissibili dalla Corte costituzionale e, segnatamente:

¹⁴² Ad esempio, E. Lamarque, "Ammissibilità dei referendum: un'altra occasione mancata", in www.forumcostituzionale.it; dello stesso avviso è C. Tripodina, "Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", in *Diritto pubblico*, 2004, fasc. 2, la quale però l'associa anche al criterio della legge costituzionalmente necessaria.

¹⁴³ N. Zanon, *op. cit.*

- il *referendum* volto all’abrogazione delle norme poste a divieto dell’utilizzo degli embrioni soprannumerari a scopo di ricerca (sent. 46 del 2005);
- la richiesta mirante all’eliminazione del divieto di revoca del consenso all’impianto dell’embrione dopo la fecondazione dell’ovulo, dell’obbligo di non produrre più di tre embrioni da impiantare contemporaneamente, del divieto di ricorrere alla PMA per tutti coloro che sono portatori di patologie genetiche trasmissibili al concepito, ma che non presentano problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dall’infertilità umana (sent. 47 del 2005);
- il *referendum* che avrebbe abrogato le norme che pongono limiti all’accesso alle tecniche di procreazione assistita, al fine di tutelare i diritti del concepito (sent. 48 del 2005);
- il quesito volto alla cancellazione del divieto di fecondazione di tipo eterologo (sent. 49 del 2005).

Il corpo elettorale venne chiamato a votare tra il 12 e il 13 giugno 2005: purtroppo, nonostante il controverso tema della PMA necessitasse di una decisione definitiva, si registrò un fortissimo astensionismo nella partecipazione alla consultazione referendaria in tutto il paese, cosicché venne mancata di molto la soglia per il raggiungimento del quorum¹⁴⁴.

Tale fenomeno venne considerato un sintomo della grande “disaffezione dei cittadini nei confronti di un delicato istituto di democrazia diretta”¹⁴⁵. In questa sede, inoltre, l’astensione fu da molti ritenuta l’artificio al quale rifarsi nel desiderio di mantenere una normativa oggetto di *referendum*: ciò, di fatto, rappresenta (ed ha rappresentato) un ostacolo all’attività dei promotori dei quesiti

¹⁴⁴ N. Riva, “Diritti e procreazione medicalmente assistita. Un esame della normativa italiana”, 2012, pag. 72 ss. L’autore racconta come si recò al voto solo una percentuale degli aventi diritto compresa tra il 25,66% (quesiti 1 e 2) ed il 25,63% (quesito 4) e tra di essi la percentuale favorevole all’abrogazione della legge fu molto elevata, risultando favorevoli ai quattro *referendum* rispettivamente il 88,03%, 88,78%, 87,73% ed il 77,38% dei voti validi; significativo, secondo l’autore lo scarto di più del 10% dei consensi tra il quesito sulla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo e gli altri quesiti, a riprova del fatto che la messa in discussione del modello familiare tradizionale forse disturbava di più della violazione dei c.d. diritti dell’embrione.

¹⁴⁵ A. Musumeci, *op. cit.*, p. 14

referendari, i quali dovettero fare i conti con i propri avversari, che tentarono, con evidente successo, di convincere il corpo elettorale a non presentarsi alle urne.

In occasione dei *referendum* sulla PMA, in particolare, la tecnica della “non presentazione al voto” è stata adottata dalla Confederazione Episcopale Italiana: il cardinale Camillo Ruini, suo Presidente, esortò gli elettori cattolici a non recarsi alle urne per esprimere il proprio parere in materia¹⁴⁶.

In particolare, il 7 gennaio 2004 egli si oppose a modifiche peggiorative della legge e successivamente, tre giorni dopo, invocò l’astensione, considerandola la “via prevista dal legislatore italiano”; il 7 marzo dello stesso anno, chiese “grande compattezza contro il *referendum*”, assumendosi il compito di “illuminare le coscienze” degli elettori. Tutto ciò avvenne nonostante il D.P.R. 30 marzo 1957, n. 361¹⁴⁷ vietasse ai ministri di culto di fare propaganda in favore dell’astensione.

In ogni caso, come esplicitato nella sent. n. 46 del 2005, la decisione di ammissibilità di questi quattro quesiti referendari si basò sull’assunto che essi non riguardassero “le leggi per le quali l’art. 74, secondo comma, della Costituzione espressamente esclude il *referendum*” e fossero ossequiosi “dei limiti ulteriori che questa Corte, a partire dalla sentenza n. 16 del 1978, ha desunto in via interpretativa dal sistema costituzionale”¹⁴⁸.

Ulteriormente, essi colpivano, a parer del Giudice delle leggi, “aspetti specifici della disciplina della procreazione medicalmente assistita che rientrano nell’ambito della discrezionalità legislativa, cosicché la loro abrogazione non comporta il venir meno di una tutela costituzionalmente necessaria”¹⁴⁹.

La Corte continuava affermando come, per tali proposte di *referendum*, fosse possibile “escludere qualsiasi possibilità di 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

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 14.

¹⁴⁷ www.senato.it, si veda in particolare il titolo VII, art. 98.

¹⁴⁸ Corte costituzionale, sent. 28 gennaio 2005, n. 46, paragrafo quarto, punto primo del *Considerato in diritto*, in www.giurcost.org.

¹⁴⁹ Corte costituzionale, sent. 28 gennaio 2005, n. 47, paragrafo quarto, punto primo del *Considerato in diritto*, in www.giurcost.org.

divieto di clonazione degli esseri umani, cui si è data attuazione in Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145¹⁵⁰.

Infine, venne affermato come i quesiti oggetto di analisi potessero essere considerati omogenei, poiché dotati di “matrice razionalmente unitaria” e privi di “elementi di contraddittorietà che non siano risolvibili alla stregua dei normali canoni ermeneutici”¹⁵¹.

2.3. [segue] Corte costituzionale, sent. nn. 46, 47, 48 e 49 del 2005.

Procediamo ora con ordine all'analisi delle sentenze di ammissibilità delle richieste di *referendum* abrogativi parziali.

In primo luogo, l'Ufficio centrale per il *referendum* costituito presso la Corte di cassazione, con ordinanza del 10 dicembre 2004, ritenne conforme alla legge il primo quesito referendario parziale volto all'abrogazione delle norme poste a divieto dell'utilizzo degli embrioni soprannumerari a scopo di ricerca¹⁵².

Questa proposta, quindi, attraverso l'eliminazione dei limiti contenuti nell'art. 13¹⁵³, co. 2 e la rimozione dei divieti di clonazione mediante trasferimento di nucleo e crioconservazione, era diretta all'ampliamento delle possibilità di ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni con finalità

¹⁵⁰ Corte costituzionale, sent. 28 gennaio 2005, n. 48, paragrafo quarto, punto primo del *Considerato in diritto*, in www.giurcost.org.

¹⁵¹ *Ibidem*, paragrafo quarto, punti secondo e terzo del *Considerato in diritto*.

¹⁵² “Volete voi che sia abrogata la legge 19 febbraio 2004, n. 40, avente ad oggetto “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”, limitatamente alle seguenti parti: articolo 12, comma 7, limitatamente alle parole: “discendente da un'unica cellula di partenza, eventualmente”; articolo 13, comma 2, limitatamente alle parole: “ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative”; articolo 13, comma 3, lettera c), limitatamente alle parole: “di clonazione mediante trasferimento di nucleo o”; articolo 14, comma 1, limitatamente alle parole “la crioconservazione e”?”. A tale quesito venne attribuito il numero 2 ed il titolo “Procreazione medicalmente assistita – limite alla ricerca clinica sperimentale sugli embrioni – Abrogazione parziale”.

¹⁵³ Ricordiamo che l'art. 13 ai commi 2 e 3 recitava: “E' vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano. 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 e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative. Sono, comunque, vietati: a) la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla presente legge; b) ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo; c) interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreatici sia di ricerca; d) la fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa e la produzione di ibridi o di chimere”.

terapeutiche e diagnostiche, al fine di consentire alla ricerca scientifica l'utilizzo delle cellule staminali embrionali per lo studio di nuove possibili cure per malattie genetiche¹⁵⁴.

La Corte costituzionale, con sent. 28 gennaio 2005, n. 46, dichiarò ammissibile la richiesta referendaria analizzata ed in particolare sostenne come essa non coinvolgesse in alcun modo quelle leggi per le quali l'art. 75, co. 2, della Costituzione esclude espressamente la possibilità di *referendum* e fosse rispettosa dei limiti impliciti, i c.d. limiti logico-sistematici¹⁵⁵, che la Consulta stessa aveva desunto in via interpretativa dal sistema costituzionale, a partire dalla più volte menzionata sent. 16 del 1978.

A questo proposito, le disposizioni di legge oggetto del quesito non potevano essere ritenute a contenuto costituzionalmente vincolato o necessario, poiché esso si soffermava su aspetti specifici della disciplina che rientrano nella discrezionalità legislativa, cosicché la loro abrogazione non avrebbe potuto comportare il venir meno di una tutela, appunto, costituzionalmente necessaria.

Inoltre, il quesito non risultava neanche, a parere della Corte, 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, il cui art. 1 vieta solamente gli interventi diretti ad ottenere un essere umano geneticamente identico ad un altro, vivente o morto¹⁵⁶, i quali sarebbero risultati in ogni caso esclusi anche dall'eventuale normativa di risulta.

¹⁵⁴ Ferma restando, però, l'interdizione al compimento di processi volti alla creazione di un essere umano identico, per quel che riguarda il patrimonio genetico, ad un altro, in vita o morto.

¹⁵⁵ Si veda *supra*, il par. 1 del presente capitolo.

¹⁵⁶ Protocollo addizionale alla Convenzione di Oviedo, art. 1: "E' vietato ogni intervento che ha lo scopo di creare un essere umano geneticamente identico a un altro essere umano vivo o morto. Ai sensi del presente articolo, l'espressione essere umano "geneticamente identico" a un altro essere umano significa un essere umano che ha in comune con un altro l'insieme dei genomi nucleosi".

La Corte continuava poi affermando come la proposta referendaria presentasse il necessario carattere di omogeneità, in quanto tutte le singole parti del quesito erano da ritenersi coerenti ad una matrice ordinaria, ossia quella di tendere ad ampliare le possibilità di ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni umani con finalità terapeutiche e diagnostiche.

Infine, il Giudice delle leggi sostenne che “la normativa di risulta non presenta [...] elementi di contraddittorietà che non siano risolvibili alla stregua dei normali canoni ermeneutici”¹⁵⁷.

In secondo luogo, sempre con ordinanza del 10 dicembre 2004 l’Ufficio centrale per il *referendum* dichiarò conforme alle disposizioni di legge anche la richiesta¹⁵⁸ n. 3, volta all’aumento delle probabilità di successo della PMA e posta a garanzia della libertà di scelta nell’accesso alle tecniche, non considerando, quindi, eventuali problemi riproduttivi causati soltanto da sterilità o infertilità¹⁵⁹, al fine di tutelare sia la salute della donna che quella del nascituro, in ordine alla possibile trasmissione di malattie.

¹⁵⁷ Corte costituzionale, sent. 28 gennaio 2005, n. 46, paragrafo quarto, punto terzo del *Considerato in diritto*, in www.giurcost.org.

¹⁵⁸ Presentata il 13 luglio 2004 da quarantuno cittadini: “Volete voi che sia abrogata la legge 19 febbraio 2004, n. 40, avente ad oggetto “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”, limitatamente alle seguenti parti: art. 1, comma 1, limitatamente alle parole: “Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana”; articolo 1, comma 2: “Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità”; articolo 4, comma 1: “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 di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico”; articolo 4, comma 2, lettera a), limitatamente alle parole: “gradualità, al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari, ispirandosi al principio della”; articolo 5, comma 1, limitatamente alle parole: “Fermo restando quanto stabilito dall’articolo 4, comma 1”; articolo 6, comma 3, limitatamente alle parole: “fino al momento della fecondazione dell’ovulo”; articolo 13, comma 3, lettera b), limitatamente alle parole: “di cui al comma 2 del presente articolo”; articolo 14, comma 2, limitatamente alle parole: “ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre”; articolo 14, comma 3, limitatamente alle parole: “per un grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione”, nonché alle parole: “fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile?”. A tale proposta venne assegnato il n. 3 ed attribuito il titolo “Procreazione medicalmente assistita – norme sui limiti all’accesso – Abrogazione parziale”.

¹⁵⁹ In particolare, l’art. 4, co. 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 recitava: “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 medico.”.

Specificamente, il *referendum* proposto mirava: ad estromettere dai principi base della PMA quello della gradualità, sostituendolo con la minore invasività della tecnica¹⁶⁰; ad autorizzare la revoca del consenso dopo l'avvenuta fecondazione; a permettere interventi sia sull'embrione con finalità diagnostiche e terapeutiche, sia la creazione e crioconservazione di embrioni in numero superiore a tre¹⁶¹.

La Consulta decise di ritenere anche questa richiesta ammissibile, con sent. 28 gennaio 2005, n. 47, utilizzando essenzialmente le stesse motivazioni della sent. n. 46¹⁶² ed operando una specificazione ad essa ulteriore solo con riguardo al carattere omogeneo della proposta referendaria: individuò cioè una "matrice razionalmente unitaria" della stessa richiesta, consistente nella "rimozione di una serie di limiti all'accesso e allo svolgimento delle procedure di procreazione medicalmente assistita" al fine, quindi, di allargare l'effettiva operatività delle disposizioni della legge.

In terzo luogo, la sentenza di ammissibilità costituzionale n. 48/2005, aveva ad oggetto il quesito referendario n. 4¹⁶³ tendente¹⁶⁴ a: garantire l'accesso

¹⁶⁰ Il co. 2 dell'art. 4, infatti, affermava: "Le tecniche di procreazione medicalmente assistita sono applicate in base ai seguenti principi: a) gradualità, al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari, ispirandosi al principio della minore invasività".

¹⁶¹ Art. 14, co. 2: "Le tecniche di produzione degli embrioni [...] non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre".

¹⁶² Corte costituzionale, sent. n. 47, cit.: si veda il *Considerato in diritto*.

¹⁶³ "Volete voi che sia abrogata la legge 19 febbraio 2004, n. 40, avente ad oggetto "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", limitatamente alle seguenti parti: articolo 1, comma 1: "Al fine di favorire la soluzione dei 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"; articolo 1, comma 2: "Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito solo qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità"; articolo 4, comma 1: "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 di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico"; articolo 4, comma 2, lettera a), limitatamente alle parole: "gradualità, al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari, ispirandosi al principio della"; articolo 5, comma 1, limitatamente alle parole: "Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1"; articolo 6, comma 3, limitatamente alle parole: "Fino al momento della fecondazione dell'ovulo"; articolo 13, comma 3, lettera b), limitatamente alle parole: "e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo"; articolo 14, comma 2, limitatamente alle parole: "ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre"; articolo 14, comma 3, limitatamente alle parole: "per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione", nonché alle parole: "fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile"?". L'Ufficio centrale per il referendum attribuì a questa

alla PMA anche in casi diversi dalla soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità; escludere dai principi regolativi dell'applicazione della legge quello di gradualità; acconsentire a che il consenso potesse essere revocato dai soggetti anche dopo la fecondazione dell'ovulo; rendere possibili interventi sull'embrione aventi fini diagnostici anche diversi da quelli previsti dall'art. 13, co. 2¹⁶⁵, della legge; permettere la crioconservazione degli embrioni in ogni caso in cui non fosse possibile trasferirli nell'utero.

Ciò che distinse la precedente proposta di *referendum* dalla n. 4, fu che quest'ultima aveva ad oggetto l'integrale abrogazione dell'art. 1 della legge n. 40¹⁶⁶: eliminando tale norma, sarebbero conseguentemente venuti meno i limiti all'accesso alle tecniche di PMA e la finalità di assicurare la tutela dei diritti dei soggetti che vi avrebbero preso parte, concepito compreso.

La Corte costituzionale decise di ritenere anche questa richiesta ammissibile, utilizzando nel concreto le medesime motivazioni delle due precedenti sentenze, specificando in particolare come l'art. 1 fosse da considerare una norma a contenuto meramente enunciativo – e pertanto il suo venir meno non avrebbe incontrato ostacoli di ordine costituzionale – in quanto la vera e propria tutela dei soggetti coinvolti doveva essere ricavata dal complesso di tutte le altre disposizioni.

Circa il carattere omogeneo delle norme in esame, la Consulta ribadì anche in questa occasione che esse sono tra loro “intimamente connesse, anche in ragione della sostanziale omogeneità dell'intero testo normativo”; era inoltre “individuabile la matrice razionalmente unitaria del quesito stesso, oggettivamente riconducibile [...] alla rimozione di una serie di limiti all'accesso e allo svolgimento delle procedure” di PMA.

richiesta il n. 4 e decise di assegnarle il titolo “Procreazione medicalmente assistita – norme sulla finalità, sui diritti dei soggetti coinvolti e sui limiti all'accesso – Abrogazione parziale”.

¹⁶⁴ Corte costituzionale, Sent. n. 48, cit., si veda il *Considerato in diritto*.

¹⁶⁵ Art. 13, co. 2: “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 e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative”.

¹⁶⁶ Il quale recitava che “al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dall'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. Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità”.

Si è giunti infine all'analisi dell'ultima sentenza di ammissibilità costituzionale del quarto *referendum* di abrogazione parziale proposto con riguardo alla legge n. 40 del 2004.

Anche in questa sede, l'Ufficio centrale per il *referendum* dichiarò conforme alla legge il quesito¹⁶⁷ con il quale veniva prevista l'abrogazione di tutte le parti della normativa italiana che vietassero e sanzionassero il ricorso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, allo scopo di permettere la donazione di gameti da parte di soggetti estranei alla coppia, nei casi di sterilità o infertilità, o ancora di malattie ereditarie.

Le prime motivazioni addotte a sostegno dell'ammissibilità della proposta n. 5 ricalcarono quelle delle precedenti sentenze: non si trattava di una richiesta riguardante le leggi espressamente escluse dalla possibilità di *referendum* dall'art. 75 della Costituzione e non si poneva in contrasto con i principi sanciti dalla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 e dal relativo Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168.

La Corte costituzionale affermò inoltre come le disposizioni colpite dal *referendum* fossero strettamente connesse fra loro, formando un "autonomo e definitivo sistema"¹⁶⁸. Il quesito, pertanto, appariva omogeneo e non contraddittorio, in quanto tendente all'eliminazione di tutte (e quelle soltanto), disposizioni che attenessero alla procreazione di tipo eterologo – il divieto¹⁶⁹, le

¹⁶⁷ "Volete voi che sia abrogata la legge 19 febbraio 2004, n. 40, avente ad oggetto "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", limitatamente alle seguenti parti: articolo 4, comma 3: "E' vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo"; articolo 9, comma 1, limitatamente alle parole: "in violazione del divieto di cui all'art. 4, comma 3"; articolo 9, comma 3, limitatamente alle parole: "in violazione del divieto di cui all'art. 4, comma 3"; articolo 12, comma 1: "Chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall'art. 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 euro a 600.000 euro"; articolo 12, comma 8, limitatamente alla parola: "1"?". A questa richiesta venne attribuito il numero 5 e la denominazione "Procreazione medicalmente assistita – divieto di fecondazione eterologa – Abrogazione del divieto".

¹⁶⁸ Corte costituzionale, Sent. n. 49 del 2005, cit. Si veda in, particolare, il *Considerato in diritto*.

¹⁶⁹ L'art. 4, co. 3, recitava: "E' vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo".

sanzioni¹⁷⁰ e la causa di non punibilità¹⁷¹ – prive di contenuto costituzionalmente necessario.

La Consulta concluse la propria disamina affermando che il *referendum* in esame non poteva essere considerato di natura propositiva, in luogo di quella essenzialmente demolitoria, in quanto esso – in caso di esito positivo della consultazione – avrebbe semplicemente fatto venire meno un divieto, rendendo di fatto possibile una condotta fino a quel momento totalmente proibita.

3. Le decisioni della Corte. Valutazioni critiche.

Come è stato ormai più volte affermato, si è assistito alla presentazione, quasi contestuale¹⁷², di una domanda di ablazione totale della legge n. 40/2004 e di quattro quesiti parziali, tutti volti allo scopo di incrementare le possibilità di successo dell'abrogazione del testo legislativo, o di parti di esso.

La Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la richiesta di *referendum* totale, accogliendo dall'altro lato i quesiti parziali, i quali però erano tesi all'eliminazione di aspetti pregnanti e qualificanti della stessa normativa: (i) le limitazioni alla libertà di ricerca sugli embrioni; (ii) il divieto di fecondazione eterologa; (iii) l'obbligo di impianto di tutti gli embrioni prodotti (massimo tre) in un unico momento; (iv) il divieto implicito di accesso alle tecniche per coloro che, non affetti da sterilità o infertilità, sono portatori di malattie genetiche ereditarie; (v) l'equiparazione, sul piano giuridico, dei diritti della donna e quelli del concepito.

¹⁷⁰ Art. 12, c. 1: “Chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro”.

¹⁷¹ L'art. 12, co. 8 affermava: “Non sono punibili l'uomo o la donna ai quali sono applicate le tecniche nei casi di cui ai commi 1 [...]. Oltre al resto, nel punto secondo del paragrafo terzo del *Considerato in diritto*, la Corte specifica che la particolare ipotesi della maternità surrogata resterebbe esclusa dal voto popolare, in quanto contenuta in una norma specifica, l'articolo 12 comma 6, non colpito dal *referendum*”.

¹⁷² Va precisato che la richiesta di abrogazione totale è stata presentata in Cassazione, dai soli Radicali, il 13 aprile 2004; i quattro quesiti parziali, invece, sono stati proposti da uno schieramento composto sia da esponenti di diverse forze politiche, sia da associazioni del settore sociosanitario e sono stati depositati il 13 luglio 2004.

Di conseguenza, anche la sola ammissibilità di tutte richieste parziali rappresentava un buon traguardo, perché di fatto esse colpivano gli aspetti fondamentali della legge e ne esprimevano lo spirito: fu un “successo sia per il comitato promotore sia per quanti hanno manifestato apertamente, con validi argomenti scientifici, il loro dissenso verso una legge piegata ad un’opzione etica ben determinata, che mira, surrettiziamente, ad ostacolare il più possibile l’accesso alle tecniche”¹⁷³.

Criticabile risulta, in quest’ottica, l’assunto posto alla base dell’inammissibilità del *referendum* di abrogazione totale: esso giocava sul carattere ineliminabile della legge n. 40/2004, dovuto al fatto che essa si configurava come la prima legge organica in tema di PMA e coinvolgeva una pluralità di interessi costituzionali¹⁷⁴. Ciò non risultò però vero nelle decisioni di ammissibilità degli ulteriori quattro quesiti, che in concreto andavano a colpire proprio quegli stessi aspetti della disciplina legislativa.

Inoltre, le richieste parziali vennero considerate dalla Corte ammissibili poiché omogenee nei contenuti, mentre la proposta totale venne esclusa senza però impiegare il medesimo canone di giudizio: se si rileggono, infatti, le sent. nn. 47 e 48 del 2005, la Consulta riconobbe che i quesiti in esse analizzati erano omogenei – negandone, poi, la potenzialità manipolativa.

Nella sent. n. 45/2005, si ritenne inammissibile l’ablazione totale del nostro testo legislativo, anche in quanto unica disciplina di una materia che coinvolgeva numerosi interessi costituzionalmente rilevanti: conseguenza di ciò, fu il considerare valido il livello minimo di tutela in tema di PMA offerto dalla legge n. 40/2004, perché si configurava come la prima ed unica disciplina intervenuta a regolamentarlo.

È proprio qui, però, che si evince l’incoerenza sia logica, sia giuridica, scaturente dall’insieme delle decisioni costituzionali: se, infatti, si leggono sistematicamente tutte e cinque le sentenze, si notano significative aporie.

¹⁷³ A. Musumeci, “Dall’ammissibilità del referendum abrogativo totale... All’ammissibilità dei referendum abrogativi parziali sulla legge in materia di procreazione medicalmente assistita”, in M. Aini (a cura di), cit., p. 515.

¹⁷⁴ Ciò è appunto affermato nel paragrafo sesto del *Considerato in diritto* della sentenza della Corte Costituzionale n. 45 del 2005.

La tutela minima offerta venne riconosciuta nella sentenza di inammissibilità costituzionale e successivamente negata e resa disponibile in sede di giudizio dei quesiti parziali.

Ci si deve chiedere quale delle due versioni avrebbe dovuto prevalere. “O i quesiti abrogativi parziali non vanno ad incidere su profili rilevanti della legge, e pertanto le corrispondenti norme non concorrono alla tutela degli interessi coinvolti nella regolamentazione, oppure la loro ammissibilità pregiudica in modo sostanziale la natura di legge costituzionalmente necessaria”¹⁷⁵.

In ogni caso, da quanto detto finora, si deduce che i *referendum* ammessi, dal punto di vista contenutistico, finirono per ledere la matrice sostanzialmente unitaria che si voleva a tutti i costi riconoscere alla legge n. 40/2004, lasciandola priva delle sue parti essenziali; senza di esse, infatti, tale testo normativo non avrebbe di certo avuto un significato che potesse considerarsi compiuto.

Con riguardo specificamente alla sent. n. 48 del 2005, essa considerò ammissibile la richiesta di abrogazione dell'intero art. 1 della legge, il quale assicurava i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito e da cui dovevano dipendere tutte le altre scelte eventualmente compiute dal legislatore sul tema.

Per taluni, questa disposizione celava l'implicito riconoscimento al concepito della capacità giuridica; ciò è nondimeno smentito dalla Corte costituzionale, la quale da un lato decise di non ammettere l'abrogazione totale della legge, in quanto reputata a contenuto costituzionalmente necessario, dall'altro affermò che “la norma presenta [...] un contenuto meramente enunciativo, dovendosi ricavare la tutela di tutti i soggetti coinvolti e, quindi, anche del concepito, dal complesso delle altre disposizioni di legge”¹⁷⁶.

Ne escluse, perciò, il carattere costituzionalmente vincolato, creando un'ulteriore aporia rispetto alle sue stesse precedenti decisioni.

¹⁷⁵ A. Musumeci, *op. cit.*, p. 523.

¹⁷⁶ Così si esprime la Corte costituzionale, nel paragrafo quarto, punto primo, del *Considerato in diritto* della sent. n. 48 del 2005.

Se tutti e quattro i *referendum* abrogativi parziali avessero raggiunto il *quorum* e fossero state accolte dal corpo elettorale, quello che ne sarebbe risultato avrebbe costituito tutto fuorché un bilanciamento degli interessi coinvolti dalla legge n. 40/2004¹⁷⁷: ne sarebbero discesi solo il diritto della coppia al figlio, il diritto alla ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione, il diritto alla clonazione.

Sarebbe venuta quindi meno, nella normativa di risulta, la tutela minima che la Corte costituzionale aveva posto come assunto di base dell'inammissibilità dell'ablazione totale, poiché i quattro *referendum* parziali sarebbero stati in grado, unitariamente, di “mutare sensibilmente l'impianto della nuova normativa, in quanto [rivolti] contro aspetti di centrale importanza”¹⁷⁸.

Si potrebbero riassumere quelle che sono state molte delle critiche alle decisioni del Giudice delle leggi in tema di ammissibilità costituzionale dei *referendum* analizzati, affermando che “l'incertezza destata dalla Corte risiede nel fatto che in tutte e cinque le pronunce le motivazioni sono le stesse, per la stessa disciplina, ma capovolte”¹⁷⁹.

Di fronte al fallimento dei *referendum* di abrogazione della L. 40/2004, si è forse confermata la legittimità di tale testo a ledere i diritti civili della coppia genitoriale, tutelati dalla Costituzione. Molti, infatti, furono i profili di incostituzionalità subito sollevati al riguardo:

- la relegazione delle tecniche di PMA a metodi terapeutici non consentiva l'accesso ai portatori di malattie genetiche che intendessero evitarne il trasferimento alla prole. Veniva quindi leso il principio di non discriminazione tra le coppie in relazione al diritto di procreare e alla salute (art. 3 e 32 Cost.);
- il limite di non produrre più di tre embrioni e il divieto di crioconservazione degli stessi si poneva in contrasto la tutela della salute della donna;

¹⁷⁷ G. Razzano, “Il diritto alla vita fra bilanciamenti e inviolabilità (il suggerimento salomonico di ‘dividere’ il bene conteso non accontenta chi lo considera ‘figlio’), in M. Ainis (a cura di), cit., p.636.

¹⁷⁸ M. Sesta, “Procreazione medicalmente assistita”, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, 2004, cit., p. 11.

¹⁷⁹ S. Silverio, “Spunti sulla tutela del ‘nascituro’”, in M. Ainis (a cura di), cit., p. 747.

- vietare la sperimentazione sugli embrioni, se non a scopo terapeutico su di essi, si trovava in contrasto con la libertà della ricerca scientifica (tutelata dall'art. 33, co. 1¹⁸⁰ della Costituzione) in quanto sarebbe stato possibile migliorare le condizioni di vita dell'umanità e scongiurare patologie ereditarie solo attraverso il progresso della genetica.

Sarà quindi ora necessario soffermarsi sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sui principali aspetti della legge n. 40 del 2004. Ogni qualvolta il Giudice delle Leggi abbia espresso una decisione in materia, infatti, tanto per dichiarare inammissibili le questioni sottopostegli, quanto nei casi in cui si sia pronunciato nel merito, non ha mai perso l'occasione per compiere rilevanti considerazioni sulle principali norme del nostro testo legislativo.

Tali interventi si sono resi necessari in un panorama di sentenze di merito caratterizzato da innumerevoli contrasti riguardanti l'interpretazione della normativa in esame, così importanti da richiedere l'ulteriore intervento della Corte Europea¹⁸¹, che con il suo operato ha di fatto influenzato il lavoro dei nostri giudici interni.

4. Il problema della diagnosi genetica pre – impianto sull'embrione.

“L'unico fine per cui gli uomini sono autorizzati, individualmente o collettivamente, ad interferire con la libertà di azione di ciascuno, è l'autoprotezione; l'unico motivo per cui il potere può essere legittimamente esercitato su qualsiasi membro della comunità civilizzata, contro la sua volontà, è quello di prevenire un danno agli altri. Il bene dell'individuo, sia fisico sia morale, non costituisce giustificazione sufficiente dell'interferenza. Un individuo non può essere costretto o impedito a fare qualcosa per il fatto che ciò sarebbe meglio per lui, o perché ciò lo renderebbe più felice, oppure perché agire così, almeno secondo l'opinione degli altri, sarebbe saggio o persino giusto. Queste

¹⁸⁰ Il quale recita: “L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento”.

¹⁸¹ In riferimento agli interventi europei, si veda *infra*, Par. 6.1.

sono buone ragioni per fargli qualche rimostranza, per ragionare con lui cercando di persuaderlo o di scongiurarlo, ma non per costringerlo o procurargli un danno quando agisce diversamente. Interventi di questo tipo si giustificano quando la condotta da cui si intende farlo desistere è ritenuta tale da nuocere a qualcun altro. [...] Per la parte che riguarda solo sé stesso, l'indipendenza dell'individuo è, di diritto, assoluta. Su sé stesso, sul proprio corpo e sulla propria mente l'individuo è sovrano”¹⁸².

Tale estratto sintetizza alcuni assunti, oggi consolidati, relativi al rapporto fra soggetto, salute e comunità: la salute attiene esclusivamente all'individuo, il quale autonomamente può scegliere se acconsentire ad un trattamento sanitario o meno. L'autorità pubblica non può obbligare nessuno a sottoporsi ad alcuna cura o pratica, se non nel caso in cui possa derivare un danno a soggetti terzi membri della collettività¹⁸³.

Nel nostro ordinamento vigono gli stessi principi, che sono considerati fondamentali, riconosciuti nel dettato costituzionale dall'art. 32¹⁸⁴, ossia quelli della tutela della salute del soggetto e del consenso informato relativo ai trattamenti sanitari.

Nell'ambito procreativo nel 1975 la Consulta¹⁸⁵, nel giudizio di legittimità costituzionale relativo all'art. 546 c.p., nella parte in cui puniva chi cagionasse l'aborto della donna consenziente (anche qualora fosse stata accertata la pericolosità della gravidanza per il suo benessere fisico e psichico), osservò che la giustificazione della condotta, altrimenti illecita, si fondava sulla “equivalenza del bene offeso dal fatto dell'autore rispetto all'altro bene che col fatto stesso si vuole salvare”. La stessa Corte aggiunse che “non esiste equivalenza fra il diritto

¹⁸² J. S. Mill, “*Sulla libertà*”, 2000, p. 55. La versione originale è intitolata “*On liberty*”, 1859.

¹⁸³ G. Rossini, “*E' legittimo predire e selezionare l'uomo? Argomenti pro e contro la legittimità della diagnosi genetica preimpianto*”, 2011, p. 26.

¹⁸⁴ Art. 32 Cost: “La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”. Tali principi si ritrovano anche: (i) nella nuova normativa sulla responsabilità medica, la L. 8 marzo 2017, n. 24, recante in particolare le “Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie”; (ii) nella L. 22 dicembre 2017, n. 219, recante le “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”.

¹⁸⁵ Corte costituzionale, 18 febbraio 1975, n. 27. Si veda in particolare il decimo capoverso del *Considerato in diritto*, in www.giurcost.org.

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"¹⁸⁶.

Con questa pronuncia, il Giudice delle Leggi pose i primi tasselli della "soggettivizzazione della salute"¹⁸⁷, affermando che solo al soggetto autonomo (in questo caso la madre) nella sua autodeterminazione spetta di valutare il suo stato di salute.

Con riguardo quindi al fenomeno procreativo sarebbe forse possibile sancire il principio secondo cui l'essere umano attuale e in grado di autodeterminarsi deve essere tutelato massimamente, a scapito di quello solo potenziale.

La PMA consente la formazione di embrioni al di fuori dell'utero materno e le tecniche biomediche permettono di esaminarli e valutarne lo stato di salute prima dell'impianto. La finalità della diagnosi genetica preimpianto (d'ora in poi, PGD: *Preimplantation Genetic Diagnosis*), a livello pratico, è quella di identificare tra gli embrioni creati quelli sani da trasferire nel corpo della donna, così impedendo l'eventuale trasmissione al nascituro della malattia, di cui i genitori potrebbero essere affetti.

Con l'emanazione della legge n. 40/2004, però, venne introdotto (per la prima volta, in quanto essa costituiva la prima normativa italiana in materia) con l'art. 13, co. 3, il divieto indiretto di procedere a PGD: "E' vietata ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti".

Tale disposizione si collegava all'art. 1 del medesimo testo normativo, nel momento in cui si affermava che, nell'utilizzo delle tecniche di PMA, era necessario tutelare "i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito".

¹⁸⁶ L'art. 546 c.p. recitava: "Chiunque cagiona l'aborto di una donna, col consenso di lei è punito con la reclusione da due a cinque anni. La stessa pena si applica alla donna che ha consentito all'aborto. Si applica la disposizione dell'articolo precedente: 1) se la donna è minore di anni quattordici o, comunque, non ha la capacità di intendere e di volere; 2) se il consenso è estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero è carpito con l'inganno". Tale articolo è stato abrogato dalla legge n. 194 del 1978.

¹⁸⁷ G. Rossini, *op. cit.*, p. 30 ss.

Si esprimeva qui un principio ben chiaro: la vita va salvaguardata sin dal suo inizio¹⁸⁸ e siccome l'embrione si configura come una possibilità di vita umana, esso rientra nella tutela.

Successivamente, l'art. 14, co. 2, prevedeva che “le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica [...] non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre”: anche qui si poteva ravvisare il rimando alla *ratio* a cui il legislatore del 2004 decise di conformarsi, in quanto la produzione di soli tre embrioni da impiantare contemporaneamente escludeva, nel concreto, la possibilità di procedere alla PGD.

L'art. 6, co. 3, della medesima legge, sancendo poi che il consenso prestato alle tecniche di PMA poteva essere revocato fino e non oltre, al momento della fecondazione dell'ovulo, stabiliva che gli embrioni dovevano essere impiantati nella donna senza possibilità di annullare la sua precedente autorizzazione. Si impediva, in sostanza, la selezione degli stessi.

Tale operazione era implicitamente esclusa anche dall'art. 14, co. 1: “è vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni [...]”; ciò perché, di fatto, la PGD può comportare l'eliminazione di uno o più embrioni e pertanto si ritenne di doverla – anche solo indirettamente – vietare.

Infine, l'art. 4, co. 1, prescriveva 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 infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o infertilità da causa accertata e certificata da atto medico”. In questo modo, si delimitava l'ambito di applicazione della PMA ai soli soggetti che presentassero sterilità o infertilità, escludendo coloro che fossero invece affetti da malattie geneticamente trasmissibili. Erano proprio questi ultimi, tuttavia, a trovare nella tecnica di PGD l'occasione di procreare evitando di trasmettere ai figli la patologia di cui erano portatori.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 79 ss.

Nel nostro testo legislativo, prevalse pertanto il principio della tutela della vita dell’embrione, quale che fosse il suo stato, su quello della salvaguardia della salute della donna e del suo interesse a non vedersi impiantati embrioni eventualmente malati.

Nella stessa legge n. 40/2004, però, vi erano alcune disposizioni che sembravano al contrario deporre a favore della configurabilità della PGD, tra cui in particolare:

1. l'art. 14, co. 5: “I soggetti [...] sono informati, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell’utero”; la contraddizione è evidente, in quanto un’informazione adeguata sulla salute degli embrioni ancora da trasferire poteva essere fornita agli aspiranti genitori soltanto attraverso la PGD, ad oggi la tecnica diagnostica più attendibile;
2. l'art. 14, co. 3, il quale stabiliva 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 realizzarsi il prima possibile”. Vi è stato chi ravvisava¹⁸⁹ in questa norma la necessità di tutelare primariamente la salute della donna: qualora si fossero verificati gravi problemi per la sua salute, doveva essere lecito crioconservare gli embrioni e di conseguenza ciò avrebbe potuto implicare la possibilità di analizzarli tramite PGD, entro un periodo di tempo molto limitato.

Da quanto detto finora, quindi, nella legge n. 40/2004 parevano convivere due serie di norme: quelle da cui si poteva dedurre il divieto di ricorrere alla diagnosi e quelle dalle quali invece, implicitamente, si rilevava una sua legittimazione; ciò, nonostante nel periodo di sostanziale *vacatio legis* la tecnica venisse comunemente praticata nei centri ospedalieri.

¹⁸⁹ F. Santosuosso, *op. cit.*, pp. 97 – 98.

Il risultato fu una disciplina piuttosto ambigua, “frutto di una tecnica legislativa basata su compromessi politici irrisolti, e deresponsabilizzata, finalizzata a far cadere unicamente sull’interprete qualsiasi responsabilità, relativa ai significati ultimi da attribuire al documento legislativo nella sua interezza”¹⁹⁰.

L'avversione alla pratica della PGD ricevette poi effettiva e chiara legittimazione per mezzo delle linee guida del 21 luglio 2004, che affermarono esplicitamente che “è proibita ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica. Ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati *in vitro*, ai sensi dell'art. 14, comma 5, deve essere di tipo osservazionale”.

La finalità sottesa alle tecniche di PGD venne pertanto ritenuta incompatibile con la *ratio* della L. 40/2004, in quanto lo scopo di analizzare gli embrioni per raggiungere un'adeguata informazione circa l'eventuale presenza di malattie genetiche collideva con l'impostazione della legge, atteso che la ricerca clinica e sperimentale sull'embrione era possibile solo per finalità di tutela dell'embrione stesso¹⁹¹.

Tuttavia, proprio il difetto di un'espressa enunciazione del divieto nella L. 40/2004 ha condotto la successiva giurisprudenza di merito a soluzioni diametralmente opposte: il ruolo assunto dai Tribunali fu assai rilevante in quanto, in un ordinamento che non prevede un ricorso diretto al Corte costituzionale, è a loro che venne domandato il compito di dare applicazione concreta alle disposizioni di legge, di valutare e selezionare eventuali questioni di legittimità costituzionale o di pervenire a interpretazioni costituzionalmente conformi delle stesse¹⁹².

¹⁹⁰ G. Rossini, *op. cit.*, p. 94.

¹⁹¹ V. De Stefano, *op. cit.*, p. 186.

¹⁹² B. Liberali, “*Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*”, 2017, pp. 172 ss.

4.1. Pronunce di merito.

La prima pronuncia giurisprudenziale di merito in tema di PMA giunse poco dopo l'entrata in vigore della legge n. 40/2004: si trattò dell'ordinanza del Tribunale di Catania del 3 maggio 2004¹⁹³, adito da due coniugi incapaci di procreare naturalmente e portatori sani di una grave malattia genetica chiamata beta-talassemia¹⁹⁴, di cui attualmente non esiste cura se non la prevenzione (consistente nell'evitare che nascano bambini ammalati).

La coppia in questione, dopo una serie di trattamenti sanitari e insuccessi procreativi, richiese al centro autorizzato l'effettuazione della PGD, precisando di voler poi impiantare solo gli embrioni risultati sani; tuttavia, nelle more, entrò in vigore la legge n. 40/2004 e di conseguenza il medico negò loro l'accesso alla tecnica, in quanto l'art. 14 di questo testo imponeva l'impianto, unico e contemporaneo, di tutti gli embrioni prodotti (senza distinzione tra sani ed affetti da eventuali patologie).

I coniugi decisero allora¹⁹⁵ di richiedere un provvedimento d'urgenza con funzione cautelare, chiedendo che si accertasse il loro diritto a che gli embrioni che “all'esito della diagnosi genetica di preimpianto [non risultassero affetti da] patologie genetiche, disponendo in attesa della definizione del giudizio di merito e in via incidentale dell'eventuale giudizio di legittimità costituzionale, la crioconservazione dei residui embrioni risultati malati”¹⁹⁶. La coppia rese noto che la donna avrebbe certamente fatto ricorso ad interruzione volontaria di gravidanza qualora, mediante indagine prenatale successiva all'impianto, il feto fosse risultato malato.

¹⁹³ Tribunale di Catania, sez. I Civile, Ordinanza 03 maggio 2004, *Famiglia e diritto*, 2004, fasc. 4, pp. 372 – 379. Per il testo completo si veda anche G. Rossini, *op. cit.*, pp. 127-143.

¹⁹⁴ La beta – talassemia, su base statistica, comporta per una coppia di portatori sani circa il 25% di probabilità di generare un figlio sano, il 50% di generare un figlio portatore sano e il 25% di generare un figlio malato. Se contratta, il soggetto dovrà sottoporsi per tutto l'arco della sua vita a continue trasfusioni di sangue e sarà necessario assumere farmaci per contrastare gli effetti nocivi provocati proprio dalle continue trasfusioni.

¹⁹⁵ Ai sensi dell'art. 700 c.p.c., che recita: “Fuori dai casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”.

¹⁹⁶ Tribunale di Catania, cit.

Essi, in definitiva, consideravano fondato il loro diritto alla PGD in quanto l'art. 14 della legge n. 40/2004 enunciava il divieto di soppressione dell'embrione "fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194": era un diritto della donna, pertanto, quello di conoscere quali embrioni destinare a non essere impiantati, in quanto malati, così come la legge n. 194/1978 le attribuiva la facoltà di interrompere anticipatamente la gravidanza in presenza di malformazioni del feto.

Il giudice di merito, in data 3 maggio 2004, decise tuttavia di rigettare la richiesta, per contrasto con le regole della appena approvata legge sulla PMA: in primo luogo, essa si esprimeva a suo parere in maniera risoluta sulla necessità di trasferire immediatamente, o non appena possibile, gli embrioni nell'utero della donna; l'aborto, inoltre, aveva carattere solo terapeutico, consentito in riferimento alle condizioni di salute psichica e fisica della madre, non del nascituro; infine, si ritennero non accoglibili le prospettate questioni di legittimità costituzionale dell'art. 14 co. 2 e 3 circa i diritti alla libertà, uguaglianza e salute sanciti dagli artt. 2, 3 e 32 Cost., in quanto non è in alcun modo espresso il diritto assoluto dei genitori di avere un figlio sano, né tantomeno un diritto assoluto di ciascuno alla salute.

È difficile, afferma il Tribunale, comprendere in che senso non soddisfare la pretesa di una coppia di produrre un numero indeterminato di embrioni da selezionare, conservando o eliminando quelli malati e impiantando solo quelli sani, violerebbe i principi di uguaglianza e di tutela della persona e il diritto alla salute intesa come integrità psicofisica. Con riferimento a questi ultimi due beni vale la pena di sottolineare come non faccia parte dei diritti della persona né della sua integrità psicofisica la possibilità di selezionare eugeneticamente i suoi figli¹⁹⁷.

Tali conclusioni furono raggiunte dal Tribunale tenendo primariamente conto dell'intenzione del legislatore, senza che tuttavia venissero effettuati i necessari riferimenti con altre disposizioni e principi fondamentali

¹⁹⁷ *Ibidem.*

dell'ordinamento, quali il diritto alla salute ed all'informazione relativa all'applicazione dei trattamenti sanitari¹⁹⁸.

Con riferimento alla tecnica della PGD, ulteriore sentenza che merita di essere qui analizzata fu quella del Tar Lazio del 5 maggio 2005, n. 3452¹⁹⁹, la quale rigettò il ricorso contro le Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita²⁰⁰, presentato da un'associazione di strutture sanitarie autorizzate, organizzatrice e rappresentante degli interessi collettivi di molti centri e singoli professionisti, che svolgono attività di PMA (la WARM: *World Association Reproductive Medicine*).

In particolare, la ricorrente contestava la legittimità di tale testo nella parte in cui prevedeva, in relazione all'art. 13 della legge n. 40/2004, che è proibita ogni indagine preimpianto a finalità eugenetica e che ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati *in vitro*, ai sensi dell'art. 14, comma 5, avrebbe dovuto essere di tipo unicamente osservazionale²⁰¹.

Tale disposizione avrebbe avuto infatti un contenuto molto più restrittivo rispetto a quello della legge di riferimento, in quanto in quest'ultima il divieto di ricorrere alla PGD era rilevabile solo indirettamente, poiché implicito. Venne quindi eccepita l'illegittimità costituzionale di tale norma in riferimento all'art. 32 Cost.: vi si ravvisava una "lesione del diritto alla salute della coppia, del concepito e dello stesso embrione, una manifesta lesione del principio di tutela della ricerca scientifica e dell'evoluzione della scienza medica di cui all'art. 33 Cost"²⁰².

Il giudice, come nella sentenza precedentemente analizzata, evidenziò invece la conformità costituzionale della L. 40/2004: in primo luogo, tali disposizioni non allargavano affatto l'indiretto divieto previsto nella legge n. 40/2004, né si discostavano dalla sua *ratio* di tutelare il concepito, poiché già l'art. 13 consentiva la sola ricerca che avesse finalità diagnostica e terapeutica, vietando qualsiasi forma di sperimentazione; in secondo luogo, il limite alla pratica medica era stato posto dal legislatore a tutela dell'embrione e al suo

¹⁹⁸ B. Liberali, *op. cit.*, p. 186.

¹⁹⁹ Consultabile in www.giurcost.org; si veda anche G. Rossini, *op. cit.*, pp. 183-187.

²⁰⁰ Emanate con Decreto Ministeriale del 21 luglio 2004.

²⁰¹ Tar Lazio, in G. Rossini, *op. cit.*, p. 183.

²⁰² *Ibidem*, p. 184.

diritto di essere curato efficacemente, rispettando però la sua dignità e integrità di essere umano; infine, non esisteva nel nostro ordinamento uno specifico diritto della coppia ad avere un figlio sano²⁰³ e quindi l'eugenetica non poteva astrarsi a metodo di efficacia superiore a quello naturale del concepimento, per consentire ai genitori di ottenere figli selezionati.

Fondamentale risultò pertanto, in quel periodo storico, la pronuncia del Tribunale di Cagliari, 16 luglio 2005²⁰⁴, ossia la prima sentenza che aprì uno squarcio nella legge n. 40/2004, rilevando la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, per contrasto con gli artt. 2, 3, 32 Cost., nella parte in cui non consentiva di accertare attraverso la diagnosi genetica preimpianto se gli embrioni fossero affetti da malattie genetiche, nel caso in cui tale omissione avesse comportato un accertato pericolo grave ed attuale per la salute psichica e fisica della donna.

Il fatto alla base di questa decisione coinvolgeva una coppia sterile e affetta da beta – talassemia, la quale si rivolse al Presidio ospedaliero pubblico di Cagliari per praticare un intervento di PMA; i coniugi, visto l'alto tasso di probabilità di trasmettere la malattia al feto ed i rischi gravi e attuali per la salute psico – fisica della donna nell'eventualità di un figlio malato, chiesero che il prodotto del concepimento *in vitro* venisse sottoposto a PGD per scongiurare la presenza in esso di questa grave malattia.

Di fronte al rifiuto del personale sanitario, i due aspiranti genitori si rivolsero al giudice e sostennero che la lettura dell'art. 13 operata dal dottore avrebbe dovuto essere ritenuta incostituzionale, poiché in aperta violazione dell'art. 32 della Costituzione; richiesero altresì al Tribunale un'azione cautelare per vedersi riconosciuto il diritto a procedere a PGD, al fine di evitare che l'attesa provocasse un pregiudizio sia alla salute psicofisica della donna che a quella degli embrioni provvisoriamente crioconservati.

²⁰³ L. Trucco, “*La procreazione medicalmente assistita al vaglio della Corte costituzionale*”, 2007, VII, pp. 1618 ss.; l'autore si domanda se si tratti davvero di un diritto ad avere un figlio sano o, piuttosto, di non avere figli sicuramente malati.

²⁰⁴ Per il testo completo si veda G. Baldini, in *Rassegna di diritto civile*, 2006, fasc. 3, pp. 785 – 792.

Il giudice di merito operò sul punto varie considerazioni²⁰⁵: risultava impossibile, a suo parere, non scorgere nell'art. 13 della legge 40/2004 alcune disposizioni contrastanti il diritto alla salute della donna, protetta dagli artt. 2 e 32 Cost. Ciò non significava, tuttavia, che la norma oggetto di censura non fosse coerente con il testo legislativo nella sua interezza e che il divieto di PGD non risultasse anche dal combinato disposto di altre parti di esso.

Nel momento in cui il divieto di PGD avesse creato un elevato rischio di compromissione della salute psicofisica della donna, grave e attuale, allora la questione di legittimità costituzionale sarebbe stata senza dubbio fondata.

Chiarita l'incoercibilità del trasferimento embrionario nell'utero della donna che opponesse a ciò un categorico rifiuto, il divieto assoluto di PGD avrebbe avuto come paradossale conseguenza quella di provocare un danno anche all'embrione, il quale, se crioconservato, sarebbe andato incontro al progressivo deterioramento biologico. Di conseguenza, nel bilanciamento di interessi della madre con quelli dell'embrione, dovevano prevalere quelli della donna.

Venne rilevata poi la non manifesta insussistenza del contrasto dell'art. 13 della legge n. 40/2004 con l'art. 3 della Costituzione: era, infatti, "pacificamente consentita nel diritto vivente la diagnosi prenatale" e veniva "ritenuta più volte sussistente dalla Corte di Cassazione la responsabilità del medico che non [avesse] fornito informazioni, ovvero [avesse] riferito informazioni errate, circa le condizioni del feto. [...] Ritenuto dunque in capo ai genitori il diritto, di cui nessuno dubita, all'informazione sulla salute del feto nel corso della gravidanza [...], non può negarsi l'esistenza di un'analogia posizione soggettiva nella fase della procreazione assistita che precede l'impianto"²⁰⁶. Altrimenti, a parere del Tribunale di Cagliari, si sarebbe andati incontro ad una discriminazione tra posizioni analoghe, in contrasto con l'art. 3 Cost.

²⁰⁵ *Ibidem*, pp. 796 ss.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 791.

4.2. La Corte costituzionale decide di non decidere.

Il Tribunale di Cagliari, come visto, ritenne di non poter definire il procedimento cautelare, se prima non fosse intervenuta una risoluzione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 della L. 40/2004: tale norma, infatti, per un verso risultava in contrasto con gli artt. 2 e 32, co. 1, della Costituzione e per un altro, con l'art. 3.

Nel primo senso, come si è detto, il divieto di diagnosi genetica preimpianto, precludendo di fatto alla donna la possibilità essere informata preventivamente delle condizioni dell'embrione, avrebbe rappresentato un concreto pericolo per la sua salute psicofisica, compromettendo altresì anche la difesa del prodotto del concepimento, poiché l'incertezza ne ostacolava il trasferimento nell'utero e ne prolungava la crioconservazione, visto il rifiuto della madre di ricevere l'impianto senza prima conoscere l'esito della diagnosi.

Ne sarebbe derivato, in caso di conflitto, uno sbilanciamento di interessi della madre e del nascituro ed uno scarso livello di protezione della prima²⁰⁷.

Nel secondo senso, venne prospettato un contrasto con il principio di uguaglianza, fondamentale nel nostro Paese: l'art. 13 della legge sulla PMA, infatti, poneva il divieto alla PGD, il quale però trovava scarsa giustificazione alla luce del fatto che le indagini genetiche sul feto nel corso della gravidanza erano e sono tutt'oggi lecite e vengono poste nell'ottica di una migliore tutela della maternità. Le situazioni, in altre parole, erano pressoché identiche, mentre il trattamento informativo riservato ai genitori veniva ingiustamente differenziato.

La Corte costituzionale, tuttavia, decise di dichiarare la questione inammissibile, omettendo così di svolgere il proprio sindacato sulla questione di legittimità sottopostagli, affermando che il divieto della diagnosi preimpianto discende non soltanto dalla norma censurata (art. 13) come comunemente interpretata, ma è desunto anche dalla interpretazione della legge alla luce dei suoi criteri ispiratori e dalla disciplina complessiva della procedura di procreazione medicalmente assistita disegnata dalla legge (in particolare, dalla

²⁰⁷ E. Palmerini, "La Corte costituzionale e la procreazione assistita", in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006, fasc. 6, pt. 1, p. 622.

disciplina della revocabilità del consenso solo fino alla fecondazione dell'ovulo, dal divieto di creazione di embrioni in numero superiore a quello necessario per un unico impianto, obbligatorio quindi per tutti gli embrioni, dal divieto di crioconservazione e di soppressione di embrioni)²⁰⁸.

La Consulta rilevò, quindi, l'infondatezza di una questione di legittimità costituzionale su una disposizione che era, a suo dire, desumibile anche da altre norme, diverse dall'art. 13 e dall'intero testo di legge.

“È una soluzione corretta dal punto di vista della giustizia costituzionale? O soltanto un *commodus discessus* processuale, per evitare di pronunciarsi su una questione scottante?”²⁰⁹

Domanda lecita, visto che anche se il divieto di PGD fosse stato desumibile da altri articoli della stessa legge, la Corte avrebbe potuto in ogni caso dichiarare quali fossero le altre disposizioni legislative, la cui legittimità veniva minata dalle conseguenze della decisione adottata²¹⁰.

Parti dell'art. 13 della legge n. 40/2004 erano già state comunque oggetto di decisioni della Corte stessa²¹¹, la quale in sede di giudizio di ammissibilità dei *referendum* abrogativi del nostro testo legislativo, aveva ritenuto di poter escludere la loro natura costituzionalmente vincolata o necessaria.

Nell'asserire ciò, si era giunti ad affermare implicitamente che vi erano parti della disciplina della PMA che potevano essere sanzionati singolarmente, senza che tutto l'intero sistema ne risentisse. Al contrario, nella sent. n. 45 del 2005²¹², la Consulta aveva dichiarato inammissibile il quesito di abrogazione totale della legge, sostenendo che esso andava a colpire la prima e unica

²⁰⁸ Corte costituzionale, Ord. 24 ottobre 2006, n. 369, quarto capoverso del *Considerato in diritto*, in www.giurcost.org.

²⁰⁹ A. Celotto, “La Corte costituzionale <<decide di non decidere>> sulla procreazione medicalmente assistita”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, fasc. 6, p. 3847.

²¹⁰ Tale facoltà è specificata nell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87: “La Corte costituzionale, quando accoglie una istanza o un ricorso relativo a questioni di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge, dichiara, nei limiti dell'impugnazione, quali sono le disposizioni legislative illegittime. Essa dichiara altresì, quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza della decisione adottata”. Per il testo completo della legge si veda www.giurcost.org. Esprime forti perplessità intorno alla disapplicazione dell'art. 27, A. 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 www.forumcostituzionale.it, 17 novembre 2006.

²¹¹ Ci si riferisce qui alle sent. n. 46, 47 e 48 del 2005, analizzate nel paragrafo 2.3 del presente capitolo.

²¹² Analizzata nel Par. 2.1 del presente capitolo.

legislazione organica relativa ad un settore delicato, considerata quindi a contenuto costituzionalmente necessario.

Il perché di questa digressione sull'ammissibilità dei *referendum* è presto detta: da un lato, infatti, la Corte decise di rimproverare il Tribunale di Cagliari per non aver impugnato l'intera legge; dall'altro, affermò che se il giudice *a quo* avesse così proceduto, avrebbe comunque dovuto dichiarare manifestamente inammissibile l'ordinanza di remissione, andando essa ad intaccare una disciplina costituzionalmente necessaria²¹³.

La Consulta decise, alla fine, di non entrare nel merito delle questioni prospettategli dal Tribunale di Cagliari, bocciando l'ordinanza per meri motivi processuali (l'erronea individuazione, cioè, dell'oggetto) e compiendo una valutazione solo formale. Avrebbe potuto, con ogni probabilità, agevolmente intervenire con una sentenza additiva nel verso indicatole dal giudice rimettente, invece di decidere di non decidere²¹⁴: ciò, però, avrebbe portato alla dichiarazione di illegittimità dell'intero testo di legge sulla PMA.

Nell'affrontare per la prima volta una questione di legittimità relativa alla disciplina della PMA, il Giudice delle Leggi decise di fatto di intraprendere una strada che, usando l'argomento dell'inammissibilità del ricorso incidentale senza approfondimenti nel merito, “comincia a ricorrere in maniera preoccupante nelle decisioni che riguardano i diritti delle persone nelle materie in cui il loro modo di vivere si intreccia con le tecnologie”²¹⁵.

Tuttavia, la coppia di coniugi di Cagliari non si arrese di fronte ad una pronuncia costituzionale così incompleta e incapace di scendere nel merito della questione prospettatagli e riportò il suo caso nuovamente di fronte al Tribunale sardo, prospettando ancora una volta una lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni di cui all'art. 13 della legge n. 40 del 2004 e affermando che, nel momento in cui la loro richiesta non fosse stata accettata, doveva essere sollevata un'ulteriore questione di legittimità costituzionale, per contrasto della richiamata norma con gli artt. 2, 3 e 32 Cost.

²¹³ C. Tripodina, “Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita (riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 369 del 2006)”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, fasc. 6, pp. 3853 – 3854.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 3857.

²¹⁵ S. Rodotà, “*Su Welby l'occasione mancata dei giudici*”, in *La Repubblica*, 18 dicembre 2006.

In primo luogo, il Tribunale di Cagliari rilevò la mancanza di un espresso divieto riguardante specificamente la diagnosi preimpianto nel nostro ordinamento, la quale non poteva essere considerata il frutto di una svista del legislatore, che meno abbia detto di quanto volesse²¹⁶. Di conseguenza, “la tesi della [illiceità] della stessa anche nei casi in cui sia finalizzata alla soddisfazione del diritto di cui all’art. 14, co. 5, appare censurabile anche con riferimento al principio di tassatività che caratterizza la materia penale ed in base al quale deve essere bandita ogni interpretazione che comporti un’estensione [...] dei comportamenti punibili con sanzione penale”²¹⁷.

Si cercò quindi di dare fondamento alla liceità dell’uso della PGD: non era infatti evincibile da alcuna norma della legge in esame il divieto di praticarla in qualsiasi situazione ed avendo i temi qui coinvolti avevano risvolti nell’ambito penale, non era possibile procedere per analogia, rintracciandolo in disposizioni diverse.

In secondo luogo, il giudice sardo sostenne che “per ricerca clinica comunemente si intend[e] 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. È già percepibile quanto detto concetto si distanzi da quello di mero esame clinico finalizzato alla diagnosi di uno stato patologico in funzione dell’informazione e della cura del singolo paziente”²¹⁸.

Pertanto, la ricerca sperimentale non indirizzata alla cura dell’embrione doveva essere vietata perché svolta con finalità prevalentemente scientifica; la PGD, invece, ha lo scopo di indagare lo stato di salute del prodotto del concepimento, nell’interesse della salute sua e della madre.

²¹⁶ Tribunale di Cagliari, Sent. 24 settembre 2007, n. 3336, capo primo, in *www.altalex.com*.

²¹⁷ *Ibidem*.

²¹⁸ *Ibidem*, capo secondo.

Nel concludere per l'ammissibilità della diagnosi preimpianto e nell'autorizzare la struttura sanitaria a procedervi, il Tribunale di Cagliari ruppe le righe²¹⁹ rispetto alle decisioni del passato, sia con riguardo alle precedenti pronunce di merito, sia all'unica ordinanza costituzionale.

Con questa sentenza si aprì la strada ad un fenomeno di "attivismo giudiziario, connotato dalla necessità di procedere all'affermazione di un diritto vivente diverso da quello che si era imposto immediatamente prima dell'intervento della Corte"²²⁰ ed all'ammissibilità della PGD in altri casi.

Identico a quello di sardo fu, infatti, l'*iter* argomentativo seguito dal Tribunale di Firenze²²¹, che riconobbe la possibilità di procedere alla diagnosi (ed anche di procedere alla crioconservazione degli embrioni eventualmente risultati affetti dalla patologia genetica), ad una coppia sterile e portatrice di estosi²²², una malattia geneticamente trasmissibile²²³.

Si prospettava a questo punto il problema di coordinamento di tali pronunce di merito con l'unico divieto espresso, relativamente alla PGD, contenuto nelle Linee Guida del 2004.

Con sent. 398 del 21 gennaio 2008, il Tar del Lazio²²⁴ decise il ricorso presentato dalla WARM – l'associazione dei centri e dei professionisti specializzati in attività di PMA – proprio contro il decreto ministeriale 21 luglio 2004, il quale aveva emanato le Linee guida alla legge n. 40/2004.

In particolare, il Tribunale romano annullò, in quanto illegittima per eccesso di potere, la previsione contenuta nelle Misure di Tutela dell'embrione secondo la quale "ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati *in vitro*, ai sensi dell'articolo 14 comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale".

²¹⁹ V. Pugliese, *op. cit.*, p. 78.

²²⁰ A. Musumeci, "La legge 40/2004 tra giudici ordinari e Corte costituzionale. Un dialogo difficile ma necessario", p. 82, in M. Azzalini (a cura di), *La procreazione assistita dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, 2015.

²²¹ Tribunale di Firenze, Ord. 17-19 dicembre 2007, in *Guida al diritto*, 2008, fasc. 3, pp. 53 ss.

²²² Tale patologia comporta un incontrollato accrescimento delle cartilagini e per essa vi è un rischio di trasmissibilità di circa il 50%.

²²³ Le pronunce di Cagliari e Firenze sono state oggetto di attenta analisi dalla dottrina specializzata. Si vedano in particolare: M. D'Amico, "Il divieto di diagnosi 'preimpianto'. Fra Corte costituzionale e giudici comuni sul problema postosi a Cagliari", in *Bioetica*, 2007, fasc. 4, pp. 121 ss.; G. Casaburi, "Procreazione assistita: il Tribunale di Cagliari dà luce verde alla diagnosi preimpianto", in *Corr. Merito*, 2008, fasc. 3, pp. 313 ss.; S. Della Bella, "La svolta: il Tribunale di Cagliari e il Tribunale di Firenze ammettono la diagnosi preimpianto", in *Fam. pers. succ.*, 2008, fasc. 5, pp. 426 ss.

²²⁴ Per il testo completo si veda www.giurcost.org.

Fermo restando, infatti, il divieto generale di sperimentazione sugli embrioni umani, mentre la legge consentiva la ricerca per fini diagnostici e terapeutici volti alla tutela della salute e dello sviluppo dell'embrione, le Linee guida riconducevano illegittimamente questa possibilità alla sola osservazione, pur essendo esse un atto amministrativo di natura regolamentare che non può disporre *contra legem*.

La facoltà di emanare una tale disposizione competeva, infatti, solo al legislatore.

Il TAR del Lazio si soffermò anche sul rapporto fra evoluzione scientifica e diritto²²⁵: dopo aver ricordato come la L. 40/2004 riconosceva al Ministero della Salute “il potere di adottare regole di alto contenuto tecnico e di natura eminentemente procedurale e non quello di intervenire, positivamente, sull'oggetto della procreazione medicalmente assistita che rimane consegnata alla legge” e dopo aver richiamato le considerazioni svolte in merito alla censura relativa alla omessa definizione di embrione da parte delle Linee guida, rileva che “allo stesso modo deve ritenersi che per quanto riguarda l'ambito oggettivo di delimitazione della disciplina della procreazione medicalmente assistita, il potere relativo non possa che competere 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”²²⁶.

5. La questione di legittimità costituzionale del divieto di produzione di embrioni in numero superiore a tre.

La sentenza del Tar del Lazio appena richiamata compì un passo ulteriore rispetto alle sue precedenti, intervenendo su uno dei punti nodali della legge n. 40/2004 sulla PMA.

²²⁵ B. Liberali, *op. cit.*, pp. 196 – 197.

²²⁶ Tar Lazio, sent. 398 del 21 gennaio 2008, cit.

Essa si configurò, infatti, come una sentenza di rimessione alla Corte costituzionale, in relazione alla legittimità dell'art. 14, co. 1, 2 e 3, che prevedevano che “è vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni [...]. Le tecniche di produzione degli embrioni [...] non devono crear[ne] un numero superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre”, nonché che “qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata 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”.

Il Tar individuò vari motivi di contrasto con la Costituzione, in quanto tale norma violerebbe sia l'art. 3, che il diritto alla salute sancito dall'art. 32.

Sotto il primo profilo, si configurava una disparità di trattamento tra le donne che decidevano di sottoporsi ad interventi di PMA: le pazienti non più giovani avrebbero avuto infatti bisogno di un numero di embrioni più alto rispetto a quelle più giovani, risultando, quindi, pregiudicate per motivi legati alla loro età. Inoltre, l'obbligo di impianto contemporaneo di tutti gli embrioni prodotti favoriva, nelle pazienti più giovani, la probabilità di gravidanze plurime.

Appariva in sostanza una norma “svincolat[a] da ogni valutazione sulla concreta possibilità di successo della pratica da effettuare”, che escludeva nel concreto “la possibilità di consentire l'accertamento delle molte variabili che accompagnano la vicenda della procreazione medicalmente assistita, quali ad esempio la salute e l'età della donna interessata”²²⁷.

Sotto il secondo profilo, le disposizioni in esame prevedevano pratiche che non bilanciano adeguatamente la tutela della salute della donna con la tutela dell'embrione²²⁸. Nel caso in cui l'impianto non avesse avuto il risultato sperato dagli aspiranti genitori, infatti, sarebbe stato necessario per la donna sottoporsi

²²⁷ C. Flamigni, “*Il secondo libro della sterilità. La fecondazione assistita*”, 2008, p. 723. L'autore continua sostenendo che “la predeterminazione del numero di embrioni producibili non tiene poi in alcun conto il fatto che nel caso della procreazione medicalmente assistita si è in presenza di un trattamento sanitario, cioè di una pratica terapeutica intesa a sopperire ad alterazioni dell'organismo e che pertanto il medico curante dovrebbe poter valutare ogni singolo caso sottoposto al trattamento”, p. 724.

²²⁸ Tar del Lazio, Sent. 21 gennaio 2008, n. 398, cit.

nuovamente a dolorosi cicli di iperstimolazione ovarica, con conseguenze invasive²²⁹ sul piano fisico e psicologico della paziente.

Inoltre, il limite di produzione di embrioni in numero non superiore a tre non permetteva di tenere conto delle variabili caso per caso e di fatto, in questo modo, la PMA si traduceva inevitabilmente in un “inutile sacrificio”: si ammette, insomma, non un affievolimento della tutela dell’embrione in presenza di un risultato possibile, ma un sostanziale sacrificio di esso a fronte di un risultato fortemente improbabile²³⁰.

Ne risultava, a parer del Tar del Lazio, mortificato l’embrione stesso, in quanto l’obiettivo reale della norma era quello di evitarne la crioconservazione e non di favorire la soluzione di problemi riproduttivi derivanti da situazioni di sterilità o infertilità.

“Il numero di embrioni impiantabili [...] non dovrebbe essere a priori stabilito dal legislatore, ma dovrebbe essere il frutto di valutazioni mediche strettamente legate al caso concreto, che tengano conto di una serie di variabili (età della donna, sue condizioni fisiche, ecc.) che inevitabilmente richiedono l’individualizzazione di ogni singolo trattamento”²³¹.

Risolvere i problemi riproduttivi o, per lo meno, tentare di farlo prospettando concrete aspettative di gravidanze, non dovrebbe consistere nel porre ostacoli che sembrano scoraggiare piuttosto che favorire il ricorso al trattamento di procreazione assistita, lasciando disattese le esigenze di chi, con grande dispendio fisico, psichico, nonché economico, è spesso spinto a cercare altrove la soluzione al proprio, condivisibile, progetto di genitorialità²³².

²²⁹ Ciò avverrebbe in aperto contrasto con uno dei principi della stessa legge n. 40 del 2004, e cioè quello della minore invasività, sancito dall’art. 4, co. 2, lett. a): “Le tecniche di procreazione medicalmente assistita sono applicate in base ai seguenti principi: a) gradualità, al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari, ispirandosi al principio della minore invasività”.

²³⁰ Tar del Lazio, Sent. 21 gennaio 2008, n. 398, cit.

²³¹ G. Grosso, “La crioconservazione degli embrioni: profili d’incostituzionalità della legge n. 40 del 2004”, in *Dir. di fam. e delle pers.*, 2008, fasc. 4, p. 2104.

²³² *Ibidem*.

Questa, quindi, era la situazione alla vigilia dell'intervento della Corte costituzionale²³³.

L'art. 14 della legge n. 40/2004 si collocava al centro della stessa e prevedeva, come visto, tre divieti ben precisi: la produzione di più di tre embrioni per ciclo di trattamento, la crioconservazione degli stessi e la loro soppressione.

Nello stesso anno della pronuncia del Tar Lazio, il Tribunale di Firenze emise due ordinanze (la prima del 11 luglio 2008, n. 323, la seconda del 26 agosto 2008, n. 382²³⁴) che costituirono i presupposti giudiziali per l'intervento della Consulta riguardante la sollevata questione di costituzionalità della norma citata.

Il fatto alla base della prima pronuncia riguardava la medesima coppia che nel 2007 si era rivolta al giudice fiorentino e da questo aveva ottenuto l'ordine di esecuzione della PGD. Nell'anno successivo, richiese che la diagnosi preimpianto accordatagli fosse accompagnata dal permesso di selezionare gli embrioni efficacemente e quindi di poterne produrre un numero uguale a sei, quantità ritenuta adeguata alla loro situazione specifica.

Inoltre, la donna richiese che il suo consenso potesse essere sempre suscettibile di legittima revocabilità anche dopo la fecondazione dell'ovulo e la conseguente produzione dell'embrione. Infine, venne domandata la crioconservazione degli embrioni risultati malati all'esito della PGD, in nome della tutela della salute psicofisica dell'aspirante madre; se, infatti, ciò non fosse stato possibile, ne sarebbe risultato violato l'art. 32 Cost.

Con l'ordinanza n. 323, il Tribunale fiorentino accolse la richiesta dei due coniugi solo in parte: autorizzare la produzione di un numero di embrioni idoneo al caso concreto, infatti, avrebbe significato sollevare una questione di costituzionalità – che al giudice adito risultava comunque rilevante e non manifestamente infondata – dell'art. 14, co. 1 e 2 della legge sulla PMA, per contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost.

²³³ M. Dogliotti, "La Corte costituzionale interviene sulla produzione e sul trasferimento degli embrioni a tutela della salute della donna", in *Famiglia e diritto*, 2009, fasc. 8 – 9, p. 762.

²³⁴ Per il testo completo si veda *Foro it.*, 2008, fasc. 11, cc. 3354 ss.

Il giudice di Firenze, quindi, riconobbe dal punto di vista costituzionale il diritto a creare embrioni nel numero necessario nel caso concreto e superiore eventualmente a tre, ritenendo tuttavia che la tutela fosse ostacolata dal testo legislativo in vigore. Detto in altre parole, “il diritto è accertato, ma non tutelabile”²³⁵ alla luce della nostra legge.

La non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità venne in questo modo esplicita²³⁶: i divieti previsti dall’art. 14 potevano avere conseguenze dannose sulla salute della donna, in quanto le molteplici stimolazioni ovariche comportavano l’utilizzo di trattamenti ormonali e di farmaci che potevano avere effetti collaterali fisici e psichici su di essa (si ledeva pertanto l’art. 32 della Costituzione); si ravvisava altresì un contrasto con l’art. 3 Cost, in riferimento al principio di ragionevolezza, in quanto la norma poneva sullo stesso piano posizioni soggettive che avrebbero meritato in realtà trattamenti diversi (doveva essere infatti necessariamente valutato il caso concreto, a seconda di indici quali l’età, le malattie ed il tipo di sterilità).

A conclusioni simili giunse lo stesso Tribunale di Firenze con l’ord. n. 382: il fatto alla base di tale pronuncia riguardava una coppia portatrice di patologie genetiche e procreative che si rivolse all’autorità giudiziaria affinché venisse loro riconosciuto il diritto ad accedere alla PGD e di produrre un numero di embrioni superiore a tre. Inoltre, essi richiesero di poter crioconservare gli embrioni prodotti e di avere la possibilità di revocare il consenso alla pratica di PMA anche dopo la fecondazione.

Furono i coniugi stessi a chiedere che venisse sollevata, in caso di mancato accoglimento delle loro richieste, una questione di legittimità costituzionale dei co. 2 e 3 dell’art. 14 della legge n. 40/2004 (divieto di produrre più di tre embrioni), per violazione con gli artt. 2, 3 e 32 Cost., del co. 1 dello stesso articolo (divieto di crioconservazione), per contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost. e dell’art. 6 co. 3 (irrevocabilità del consenso successivamente all’avvenuta fecondazione dell’ovulo), in quanto contrario agli artt. 2, 13 e 32 Cost.

²³⁵ R. Romboli, “*Il caso Englaro, la Costituzione come fonte immediatamente applicabile*”, in *Quaderni costituzionali*, 2009, fasc. 1, p. 91.

²³⁶ V. Pugliese, *op. cit.*, pp. 85 – 86.

Il Tribunale fiorentino riconobbe la non manifesta infondatezza delle questioni sollevate e, oltre a ribadire quanto già affermato nella precedente ordinanza e dal Tar del Lazio a proposito dei contrasti con gli artt. 3 e 32 Cost., individuò l'ulteriore violazione dell'art. 2. Infatti, le disposizioni in esame della legge sulla PMA oltraggiavano il valore costituzionale della dignità della persona nel momento in cui imponevano che la donna si sottoponesse a ripetizione a trattamenti ovarici invasivi e non sempre efficaci, pur di non sfiorare il limite dei tre embrioni²³⁷.

Ci si trovava di fronte a quella che, a seguito della decisione della Corte costituzionale (che verrà analizzata nel paragrafo che segue), avrebbe configurato una svolta giurisprudenziale dirompente²³⁸, in quanto l'art. 14 della legge n. 40/2004 veniva considerato la norma cardine del testo legislativo stesso.

Nel giro di pochi mesi e in non meno di tre casi, i giudici si trovarono a dover mettere in discussione la costituzionalità di tale disposizione, con riferimento ai principi inderogabili dell'uguaglianza, della ragionevolezza e del diritto alla salute.

Dopo questa sentenza, invece, coloro che avrebbero richiesto di poter accedere alle tecniche di PMA avrebbero avuto maggiori possibilità di successo e minori rischi per la salute di chi al trattamento si sottopone²³⁹.

5.1. La declaratoria di incostituzionalità.

Con la Sent. n. 151 del 2009 la Consulta dichiarò costituzionalmente illegittimi sia il limite della produzione di embrioni in numero non superiore a tre, sia l'obbligo di impianto contestuale degli stessi nell'utero della donna; il trasferimento, quindi, sarebbe dovuto avvenire senza pregiudizio alcuno per la sua salute.

²³⁷ E. Dolcini, "Embrioni nel numero strettamente necessario": il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, fasc. 2, p. 956.

²³⁸ E. Dolcini, "La lunga marcia della fecondazione assistita. La legge 40/2004 tra Corte costituzionale, Corte EDU e giudice ordinario", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, fasc. 2, p. 436.

²³⁹ G. Vaccari, "La sentenza n. 151/2009 della Corte costituzionale: sulla ragionevolezza scientifica di un intervento legislativo in materia di procreazione medicalmente assistita", in *Studium Iuris*, 2009, fasc. 11, p. 1175.

Si proceda con ordine. La Corte, inizialmente, rilevò come la pronuncia del Tar del Lazio n. 398 del 2008 e le ordinanze nn. 323 e 382 del Tribunale di Firenze, rappresentassero provvedimenti giudiziari che sollevavano questioni largamente coincidenti e ciò rendeva opportuna la riunione dei giudizi al fine della trattazione congiunta e della decisione con un'unica sentenza²⁴⁰.

Pertanto, decise di analizzare contestualmente la non manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale relative: al co. 2 dell'art. 14 della legge n. 40/2004, limitatamente alle parole “unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre”, in quanto contrastante con gli artt. 2, 3 e 32 Cost.; del co. 3 dello stesso articolo, poiché non prevedeva che il trasferimento degli embrioni dovesse essere sì realizzato non appena possibile, ma senza pregiudizio per la salute della donna; del co. 1 della citata disposizione, in quanto il divieto di crioconservazione degli embrioni si poneva in contrasto a quanto disposto dagli artt. 3 e 32 Cost.; infine, del co. 3 dell'art. 6, in quanto prevedeva l'irrevocabilità del consenso della donna una volta avvenuta la fecondazione dell'ovulo (si assisteva qui ad un contrasto con gli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost.).

In primo luogo il Giudice delle Leggi, presa visione di quanto esposto nelle sentenze di rimessione, asserì che l'art. 14 da un lato, tutelava primariamente la donna, perché prevedendo la possibilità di creare tre embrioni accettava la possibilità che due andassero dispersi (sancendo di conseguenza che la tutela dell'embrione stesso non è assoluta), dall'altro, però, tutelava primariamente l'embrione, a scapito dell'aspirante madre, perché il limite previsto rendeva quasi sempre necessario “il ricorso alla reiterazione [dei] cicli di stimolazione ovarica, ove il primo impianto non dia luogo ad alcun esito”²⁴¹ così comportando, di fatto, il rischio che insorgessero patologie a tale pratica connesse. Si rilevava qui una prima incongruenza ed in particolare un'irragionevolezza della norma in esame, censurabile pertanto alla luce dell'art. 3 Cost.

²⁴⁰ Corte costituzionale, Sent. 08 maggio 2009, n. 151, paragrafo secondo del *Considerato in diritto*. Per il testo completo si veda www.giurcost.org.

²⁴¹ *Ibidem*, paragrafo sesto, punto primo del *Considerato in diritto*.

Per quanto riguarda, poi, specificamente la prescrizione di produrre embrioni in numero non superiore a tre (art. 14, co. 2), la Corte ritenne come essa prevedesse un trattamento simile per situazioni soggettive cliniche che però sono tra loro del tutto differenti: ciò, avrebbe portato ad un'incoerenza e irragionevolezza nella risposta ai casi di volta in volta prospettati ai medici che si occupano di PMA e, di conseguenza, ad un'ulteriore violazione dell'art. 3 della Carta costituzionale.

“La previsione della creazione di un numero di embrioni non superiore a tre, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita, si pone, in definitiva, in contrasto con l'art. 3 Cost., riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e quello di uguaglianza, in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili”²⁴².

Successivamente, la Consulta dichiarò incostituzionale l'art. 14, co. 3, nella parte in cui non prevedeva che il trasferimento dell'embrione nell'utero dell'aspirante madre dovesse avvenire senza pregiudizio per quest'ultima: tale decisione, affermò la Corte, era la logica conseguenza della revisione parziale del co. 2.

In seguito, per quanto riguarda la sollevata questione di costituzionalità sull'art. 14, co. 1, che prevedeva il divieto di crioconservazione degli embrioni prodotti, il Giudice delle leggi la ritenne manifestamente inammissibile.

Di fatto, però, consentendo la produzione di più di tre embrioni, tale disposizione risultava comunque derogata, non valevole per tutti i casi che avrebbero potuto in concreto prospettarsi. Probabilmente la Corte preferì percorrere la via della derogabilità piuttosto che quella dell'abrogazione, in quanto la seconda avrebbe in futuro potuto esplicitarsi nella crioconservazione indiscriminata di un numero illimitato di embrioni, senza limiti di tempo²⁴³.

Da ultimo, venne dichiarata manifestamente inammissibile anche la questione di legittimità costituzionale sollevata relativamente all'art. 6, co. 3, della legge n. 40/2004, “nella parte in cui non consente, dopo l'avvenuta

²⁴² *Ibidem*.

²⁴³ G. Rossini, *op. cit.*, p. 346.

fecondazione dell'ovulo, la revoca della volontà all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita²⁴⁴, per difetto di motivazione sulla rilevanza nel giudizio *a quo*.

La motivazione di questa decisione risulta ad oggi ancora confusa: alcuni autori²⁴⁵ evidenziarono la contraddittorietà di questa previsione normativa, in quanto nel nostro ordinamento vigeva il principio dell'esclusione di qualsiasi trattamento sanitario obbligatorio. Anche in presenza di una dettagliata informazione sulla procedura, non era ipotizzabile che la donna potesse essere costretta, con l'intervento della forza pubblica o la minaccia di una sanzione pecuniaria, a procedervi se ha opposto un rifiuto.

L'art. 14, limitatamente a quanto finora esposto, in seguito a questa importantissima sentenza della Corte costituzionale risultava così formulato: “(1) È vietata la crioconservazione e la soppressione degli embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1979, n. 194. (2) Le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall'articolo 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario. (3) Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per documentata causa relativa allo stato di salute della donna è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile, senza pregiudizio per la salute della donna”.

La sentenza in esame venne quindi a configurarsi come il punto di arrivo di un percorso iniziato e portato avanti dalla giurisprudenza ordinaria e amministrativa, che ha reso possibile la progressiva demolizione di alcuni degli assunti fondanti della legge n. 40 del 2004 sulla PMA.

Le implicazioni di breve e lungo periodo di questa pronuncia costituzionale sono presto dette: con tale decisione si giunse ad affermare che alcune disposizioni del nostro testo legislativo si ponevano in contrasto con il

²⁴⁴ Corte costituzionale, Sent. 08 maggio 2009, n. 151, cit., paragrafo ottavo del *Considerato in diritto*.

²⁴⁵ Si veda, tra gli altri C. Casonato, “Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione d'impatto normativo della procreazione medicalmente assistita”, 2005, in www.forumcostituzionale.it, pp. 23 e ss.

fondamentale diritto alla salute, all'uguaglianza tra le donne e all'autonomia e discrezionalità tecnico – scientifica dei medici impegnati nei programmi di PMA.

Non è una novità; già in passato infatti tale legge era stata definita come “un testo arido e lacunoso, limitativo e per molti aspetti deprimente, suscettibile di impugnazione davanti alla Corte costituzionale per presunta violazione dei principi della Carta fondamentale, probabile oggetto di *referendum* abrogativo, e bersaglio delle iniziative comunitarie più progressive”²⁴⁶.

La Consulta, con la sent. n. 151, avvallò la fondatezza delle perplessità avanzate da tutti coloro che, fin dall'approvazione della normativa in esame, si erano posti in posizione estremamente critica²⁴⁷.

Nel complesso, ritenendo illegittimo il co. 2 (limitatamente alle parole “ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre”) e il co. 3 (con riferimento alla parte in cui non prevede che l'impianto debba avvenire senza pregiudizi per la salute della donna) dell'art. 14, la Corte rese effettivi, per le coppie che si sottoponevano alle procedure di PMA, i diritti alla salute, all'uguaglianza e alla dignità.

Inoltre, consentì al medico di riappropriarsi della discrezionalità che gli compete, nel valutare il numero di embrioni necessari nel caso concreto, affinché le probabilità di successo dell'impianto fossero le più alte possibili. Venne assegnato un ruolo preminente alla salute della donna, “intesa in ogni componente biologica, psicologica e sociale di cui è suprema sintesi la persona, corrisponde[n]te ad un diritto assolutamente inalienabile tale da esprimere una dimensione assoluta cui hanno accesso la potestà sanitaria e la ricerca scientifica”

²⁴⁸.

²⁴⁶ G. Alpa, “Lo statuto dell'embrione tra libertà, responsabilità, divieti”, in *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, (a cura di) Fondazione Veronesi – Fondazione Corriere della Sera – RCS Quotidiani S.p.a., 2005, p. 140.

²⁴⁷ Per l'esposizione di alcune critiche mosse alla legge 19 febbraio 2004, n. 40 si veda il precedente Cap. 1, Par. 5 e seguenti.

²⁴⁸ E. Turillazzi, “*Continua l'intervento demolitorio' operato dalla Corte Costituzionale alla legge 40/2004: tra dignità, uguaglianza, tutela della salute della donna e libertà conoscitiva della scienza medica*”, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2009, fasc. 3, pp. 768 – 769.

L'insieme dei divieti, osservò la Corte, non si poneva soltanto in contrasto con il diritto alla salute della madre, bensì anche con quello dell'embrione stesso, nel nome del quale, in realtà, erano stati in principio posti: ciò in quanto "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 [...]. E dunque, la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata alla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione"²⁴⁹.

Nella creazione degli embrioni, in ogni caso, rimase il limite dello "strettamente necessario": restava fermo, cioè, il divieto di utilizzarne un numero superiore allo scopo; tale cifra doveva quindi essere valutata alla luce di specifici accertamenti compiuti dal medico a seconda del caso concreto prospettato, in accordo con la volontà della paziente. "È l'alleanza terapeutica medico – paziente, insomma, che si riappropria della determinazione circa la migliore strategia da seguire per raggiungere l'obiettivo della procreazione assistita"²⁵⁰.

Più in particolare, rilevante conseguenza della pronuncia costituzionale riguardò, a questo proposito, il riconoscimento al medico dell'autonomia e della responsabilità che gli spetta e che, solo in tema di PMA, gli era stata tolta. Due medici di due ospedali milanesi si sono, infatti, così espressi: "noi siamo obbligati a produrre gli embrioni necessari a un serio tentativo", "la Corte ha rimesso nelle mani del medico quello che solo per la PMA era stato rubato, ma contemporaneamente ci ha dato un'enorme responsabilità. E noi ce la prendiamo volentieri"²⁵¹.

Per quanto riguarda, infine, il divieto di crioconservazione e soppressione degli embrioni, espresso dall'art. 14, co. 1, esso non venne intaccato dalla Corte, nonostante la declaratoria d'illegittimità dei due commi successivi avesse, nei suoi confronti, effetti tutt'altro che irrilevanti.

²⁴⁹ Così si esprime la Corte costituzionale, Sent. 08 maggio 2009, n. 151, cit., paragrafo sesto, punto primo del *Considerato in diritto*.

²⁵⁰ C. Tripodina, "La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la 'Costituzione che non vale più la pena difendere'?", in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, fasc. 3, p. 1699.

²⁵¹ I medici sono G. Ragni, dell'Ospedale Mangiagalli e P. E. Levi Setti, dell'Ospedale Humanitas. Le loro dichiarazioni sono riportate nel quotidiano *Corriere della Sera*, 27 maggio 2009, p. 9 e sono citate da E. Dolcini, "Embrioni nel numero 'strettamente necessario': il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004", cit., p. 960.

Infatti, nel momento in cui si dava la possibilità al medico di scegliere gli embrioni da impiantare, risultava scontato che gli altri dovessero essere sottoposti al procedimento di congelamento. Nonostante ciò, la Consulta non ha ritenuto che vi fossero le basi per una dichiarazione di invalidità, forse nel tentativo di evitare di destabilizzare l'intero assetto normativo ed ha preferito percorrere la via della deroga, mantenendo intatta la sua “operatività nei confronti delle parti private e di un loro eventuale, arbitrario, ripensamento, ma non vige, ex art. 32 Cost., nei confronti del medico, nella misura in cui la sua decisione di non procedere all'impianto degli embrioni, lungi dall'essere arbitraria, può e deve essere dettata esclusivamente da considerazioni di natura sanitaria”²⁵².

Siamo di fronte, in definitiva, ad una sentenza che fa finalmente breccia in una legge che da sempre è stata al centro di aspri dibattiti critici per la sua rigidità ed eccessiva valenza sanzionatoria; è riuscita a smantellare una delle previsioni più odiose della legge, riaffermando così l'esigenza di tutela dell'embrione, riconosciuto meritevole dal legislatore e bilanciandola con la salute della donna²⁵³.

Dopo di essa, fiorirono infatti le pronunce giurisprudenziali di merito²⁵⁴ e le questioni di legittimità costituzionale²⁵⁵ di ulteriori parti del nostro testo legislativo.

²⁵² S. Agosta, “Dalla consulta finalmente una nuova risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)”, in www.forumcostituzionale.it.

²⁵³ A. Musumeci, “La legge 40/2004 tra giudici ordinari e Corte costituzionale. Un dialogo difficile ma necessario”, in M. Azzalini (a cura di), cit., p. 88.

²⁵⁴ Ad esempio, vale la pena di essere ricordata l'ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009, che verrà analizzata *infra* nel par. 5.1.1.

²⁵⁵ Nel 2010 la Corte costituzionale è intervenuta con l'ordinanza del 12 marzo, n. 97, in www.giurcost.org, con la quale ritenne manifestamente inammissibili le questioni di legittimità costituzionale, sollevate dal Tribunale di Milano, degli artt. 14, co. 1, 2, 3 ultima parte (nella parte in cui impone il divieto di crioconservazione degli embrioni soprannumerari e la necessità dell'unico e contemporaneo impianto) e dell'art. 6, co. 3 ultima parte (in quanto prevede l'irrevocabilità del consenso da parte della paziente all'impianto degli embrioni creati), per contrasto con gli artt. 2, 3 e 32 Cost.

5.1.1. Gli effetti della pronuncia costituzionale sulla PGD.

Come si è più volte sottolineato, l'ammissibilità o meno nell'ordinamento italiano della diagnosi genetica preimpianto è stata una delle questioni più dibattute e controverse: si è posta l'attenzione, nei paragrafi che precedono, sulle sentenze di merito e costituzionali che su di essa si sono soffermate. Quello che risulta interessa a questo punto, è il chiedersi se la summenzionata decisione del Giudice delle Leggi abbia avuto qualche effetto sulla sua illegittimità, non essendovisi soffermato esplicitamente.

Nell'accogliere le questioni di costituzionalità riguardanti i co. 2 e 3 dell'art. 14 (facendo pertanto venir meno il limite di tre embrioni e asserendo che l'impianto degli stessi nell'utero materno dovesse avvenire senza pregiudizio alcuno per la donna che si sottopone al trattamento), essa compì un difficile bilanciamento tra il diritto alla salute dell'aspirante madre e la tutela dell'embrione, ridisegnando l'equilibrio tra diritti ed interessi costituzionalmente rilevanti.

Da questa operazione, alcuni autori²⁵⁶ hanno evinto un'apertura in tema di PGD, in quanto nel momento in cui si era voluta rendere lecita la produzione di un numero indefinito di embrioni (ovviamente, sempre determinato da una valutazione medica non discrezionale), si presupponeva che i soprannumerari dovessero essere crioconservati.

Inoltre, il cadere di questo divieto andava a costituire un importantissimo aiuto per il personale sanitario: esso avrebbe avuto, da quel momento, la possibilità di produrre un numero di embrioni sufficiente affinché la diagnosi avvenisse nelle modalità più idonee al raggiungimento dello scopo, con anche maggiore possibilità di riuscita della tecnica di PMA stessa, avendo selezionato per l'impianto i prodotti di concepimento che non presentavano patologie genetiche.

²⁵⁶ Si veda, ad esempio, S. La Rosa, "La diagnosi genetica preimpianto: un problema aperto", in *Famiglia e diritto*, 2011, fasc. 8 – 9, pp. 844 ss.

Solo al medico spetta infatti la scelta in ordine alla migliore pratica medica per il caso concreto e, quindi, la decisione – oltre al numero strettamente necessario di embrioni da creare per un concreto e serio tentativo di ottenere una gravidanza – circa anche l'esecuzione della diagnosi genetica preimpianto²⁵⁷.

Ulteriormente, la Corte compì un bilanciamento tra la tutela della salute della donna e quella dell'embrione, che propendeva per la prima: di conseguenza, sembrava potersi affermare che dalla sent. 151/2009 si potesse evincere la liceità della PGD, in quanto volta a tutelare la salute psicofisica della donna che si apprestava a sottoporsi alle tecniche di PMA.

Com'è noto, infatti, tale pratica costituiva (e costituisce tutt'oggi) uno strumento indispensabile per consentire alle coppie portatrici o affette da malattie genetiche, di poter avere figli sani: essa ha finalità conoscitive, che nulla hanno a che fare con l'utilizzo che si farà in seguito delle informazioni in questo modo ottenute.

Così come le diagnosi prenatali, svolta durante il corso della gravidanza (per esempio, l'amniocentesi), essa rende note le condizioni di salute dell'embrione, permettendo alla futura madre di operare una scelta consapevole, consentendole di esercitare il diritto all'autodeterminazione in riferimento al proprio stato psico – fisico²⁵⁸. Non si tratta, pertanto, di strumenti di selezione eugenetica che si traducono nella selezione delle persone²⁵⁹.

Tale orientamento di apertura che dall'interpretazione della sentenza costituzionale scaturiva, non venne smentito dalla successiva giurisprudenza di merito, la quale però limitò in ogni caso l'ammissibilità della PGD ai soli casi in cui vi fosse una formale richiesta da parte di coppie sterili o infertili che, a norma della legge n. 40/2004, avevano il diritto di accedere alle tecniche di PMA.

²⁵⁷ B. Liberali, *op. cit.*, p. 200.

²⁵⁸ G. Ferrando, "Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale", in *La nuova giur. civ. comm.*, 2009, fasc. 11, pt. 2, pp. 523 ss.

²⁵⁹ Ciò è espresso dall'art. 3, co. 2, della Carta di Nizza: "Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere rispettati: [...] il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare quelle aventi come scopo la selezione delle persone [...]".

Pronuncia fondamentale a questo proposito, fu l'ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009²⁶⁰: una coppia di Firenze si rivolse ad un centro di PMA di Bologna, in quanto, dopo aver avuto un figlio nel 1999 per via naturale, da due anni non riusciva a concepire un altro figlio²⁶¹; chiese pertanto di poter accedere alle tecniche di PMA, dichiarando però la disponibilità a dare il consenso al trasferimento dell'embrione soltanto nel caso in cui venisse scongiurata la presenza in esso di patologie, tramite la diagnosi genetica preimpianto, rifiutatagli tuttavia dal centro specializzato²⁶². La coppia ricorse, quindi, al Tribunale, che autorizzò con ordinanza la diagnosi e la fecondazione.

La *ratio decidendi* di tale decisione, in primo luogo, risultò essere il riferimento alla sentenza costituzionale del 2009, la n. 151: venne infatti stabilito un nesso tra la possibilità di effettuare la PGD e l'esigenza che il trasferimento degli embrioni avvenisse senza pregiudizio per la salute della donna.

Infatti, a parere del Tribunale, la legittimità della diagnosi preimpianto trovava saldo fondamento nella decisione della Corte costituzionale, ove, con le note declaratorie di illegittimità, ha posto chiaramente in primo piano la tutela della salute fisica e psichica della madre che, opinando diversamente, sarebbe stata esposta al rischio derivante da interruzioni di gravidanza, o prosecuzioni patologiche della stessa, in caso di embrione portatore di gravi malformazioni o malattie genetiche, ovvero conseguente da plurime stimolazioni ovariche²⁶³.

In secondo luogo, il tribunale bolognese affermò che la PGD era ammissibile anche in quanto un divieto sarebbe stato irragionevole e incongruente col sistema normativo se posto in parallelo con la difesa pratica della diagnosi prenatale, altrettanto invasiva del feto, rischiosa per la gravidanza,

²⁶⁰ Tribunale di Bologna, Sez. I Civ., ord. 29 giugno 2009, in *Giurisprudenza di merito*, 2009, fasc. 7, pp. 3000 ss., con nota di G. Casaburi, "Il restyling giurisprudenziale", pp. 3002 ss.

²⁶¹ Venne diagnosticata una condizione di infertilità idiopatica, alla quale si aggiungeva che la donna era anche portatrice sana di una patologia geneticamente trasmissibile, la distrofia muscolare di Duchenne, che causò la morte del figlio primogenito all'età di nove anni. Si parla di infertilità idiopatica qualora si riscontri il mancato concepimento, dopo un anno di tentativi senza metodi concezionali in atto, in assenza di alterazioni del ciclo mestruale e dello sperma, con mancato riscontro di modificazioni dell'apparato riproduttivo valutate con opportune indagini e in assenza di problemi relativi alla funzione degli spermatozoi.

²⁶² Ciò in quanto, a parere del Centro specializzato a cui si rivolsero, la situazione normativa inerente alla PGD risultava – in quel particolare momento storico – molto incerta successivamente alle molte pronunce giurisprudenziali di merito e costituzionali intervenute sul tema.

²⁶³ Tribunale di Bologna, ord. 29 giugno 2009, cit.

ma perfettamente legittima in quanto avente la funzione di tutelare la maternità e la salute del feto²⁶⁴.

Il tribunale adito, quindi, per accogliere la richiesta fatta dalla coppia, da un lato si rifece alla pronuncia costituzionale, che aveva fissato il diritto alla salute dell'aspirante madre quale snodo attorno al quale ruotava la procedura di impianto dell'embrione, utilizzando come cardine l'irragionevolezza e l'incongruenza della liceità della diagnosi prenatale, alla luce dell'illiceità di quella preimpianto.

Da ciò, il giudice considerò ammissibile la PGD, riconoscendo perfino l'ulteriore diritto della donna di “abbandonare l'embrione malato e ottenere il solo trasferimento di quello sano”²⁶⁵. Aggiunse inoltre che il numero minimo di embrioni da produrre, in quel particolare caso, fosse di sei: essi avrebbero dovuto essere sottoposti ad analisi in laboratorio e quelli non risultati idonei all'impianto (perché affetti da patologie), o tali ma non trasferibili immediatamente per motivi medici, avrebbero potuto essere sottoposti a crioconservazione.

Come ovvio, tale decisione suscitò sia critiche che entusiasmo: per alcuni, infatti, l'ordinanza era “l'ennesimo tentativo, operato da alcuni magistrati, di forzare l'interpretazione di una legge votata dal Parlamento e confermata da un *referendum* popolare”²⁶⁶, quindi una riscrittura della legge che scalcava il Legislatore; per altri, invece, essa si poneva come la soluzione alle rigide imposizioni di una normativa dalle molteplici contraddizioni²⁶⁷.

Un'ultima pronuncia che merita di essere qui accennata, fu l'ordinanza del Tribunale di Salerno del 13 gennaio 2010²⁶⁸: il giudice decise per l'accoglimento della richiesta della coppia ricorrente alla PGD, dando quindi la prima decisione

²⁶⁴ *Ibidem*.

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ E. Roccella, allora sottosegretario al Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali, comunicato stampa n. 314, 1 luglio 2009.

²⁶⁷ F. Buzzi e G. Tassi, *op. cit.*, p. 217.

²⁶⁸ Tribunale di Salerno, ord. 09 gennaio 2010 n. 191, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, fasc. 5, pp. 1289 ss.: essa trovò origine nel caso di una coppia che, dopo quattro gravidanze naturali dalle quali nacquero tre figli affetti da atrofia muscolare spinale di tipo 1 (di cui i genitori erano entrambi portatori) e uno sano, decise di richiedere l'accesso alle tecniche di fecondazione in vitro e alla PGD, ma si vide opporre il rifiuto da parte del centro specializzato, motivato sulla base dell'art. 4 della legge n. 40/2004. Tale articolo, al primo comma recita: “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 di infertilità da causa accertata e certificata dal medico”.

positiva in tema di accesso alle tecniche di PMA a soggetti non affetti da sterilità o infertilità.

Quali furono le motivazioni che portarono ad una tale rivoluzionaria conclusione, è presto detto²⁶⁹:

- secondo il Tribunale salernitano, la PGD doveva essere considerata del tutto legittima in quanto nel complesso molto simile alla diagnosi prenatale, condividendone le medesime finalità ed essendo adatta a fornire un'adeguata informazione sullo stato di salute dell'embrione;
- la sentenza costituzionale del 2009, pur non esprimendosi chiaramente in tema di diagnosi genetica preimpianto, poneva in ogni caso al centro del bilanciamento di interessi delle esigenze di procreazione, la salute della donna;
- esisterebbe un vero e proprio diritto soggettivo della donna al figlio sano, che andrebbe ricompreso tra quelli inviolabili della donna stessa, così come ogni scelta consapevole inerente alla procreazione, da ricondursi nell'ambito della tutela di cui all'art. 2 Cost. Il giudice salernitano sostenne che “il diritto di autodeterminazione nelle scelte procreative fa parte dei diritti fondamentali e personalissimi di entrambi i genitori congiuntamente, in maniera da garantire la pariteticità della tutela alla libera ed informata autodeterminazione di procreare tanto della madre che del padre”²⁷⁰;
- con riguardo, poi, alla liceità o meno dell'accesso alla PMA di coppie non sterili o infertili, il Tribunale affermò che proprio il venir meno del divieto alla PGD avrebbe portato ad un'interpretazione meno restrittiva dei concetti di sterilità e infertilità. Risultava evidente, cioè, come solo la diagnosi preimpianto potesse risolvere il problema della trasmissione alla prole di patologie genetiche: far accedere coppie sterili o infertili e portatrici, ma non quelle che presentassero solo la seconda caratteristica, si poneva in contrasto con l'art. 2 della Costituzione.

²⁶⁹ F. Buzzi e G. Tassi, *op. cit.*, pp. 218 ss.

²⁷⁰ Trib. Salerno, cit.

Vennero, quindi, modificati i presupposti per l'accesso alle tecniche di PMA e le finalità stesse della legge. Sarebbe stata, forse, più adatta una rimessione della questione alla Corte costituzionale, autorità maggiormente idonea ad interpretare una questione così delicata.

6. Il controverso tema dell'accesso alle tecniche per le coppie portatrici di gravi malattie genetiche, ma fertili.

La sentenza n. 151/2009 occupò una posizione fondamentale nel percorso giurisprudenziale sul tema, ma ancora non rispose alla domanda principale: dove si collocavano, cioè, le coppie che – non sterili o infertili – chiedevano di accedere alla PMA per non infliggere ai loro futuri figli le patologie di cui erano tuttavia portatori.

È utile qui ricordare quanto previsto dall'art. 4, co. 1, della legge n. 40/2004: “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”.

Questa disposizione limitava l'accesso alle pratiche di PMA e, di conseguenza alla diagnosi genetica preimpianto, alle sole coppie coniugate o conviventi, che presentassero sterilità o infertilità, nulla disponendo circa quelle che fossero affette o portatrici di patologie non rimosibili che hanno elevata probabilità di essere trasmesse alla prole, in caso di gravidanza ottenuta naturalmente.

Fondamentale a questo proposito fu la già citata²⁷¹ ordinanza del Tribunale di Salerno, del 13 gennaio 2010, con la quale si accolse la richiesta di una coppia

²⁷¹ Si veda *Supra*, Par. 5.1.1. Ai fini di questa parte della trattazione, si ricorda che questa pronuncia accolse la richiesta di una coppia che richiedeva di poter accedere alla PGD.

portatrice sana di atrofia muscolare. Il giudice salernitano decise di acconsentire a che i due coniugi potessero accedere alle tecniche di PMA e procedessero alla PGD, in quanto tale esame era del tutto simile alla diagnosi prenatale e perché, dopo la sent. n. 151/2009, era stata la stessa Corte costituzionale ad aprirne la possibilità, pendendo per l'interesse alla salute della donna nel bilanciamento con quello dell'embrione.

In definitiva, il venire meno del divieto di PGD (considerato logica conseguenza, si è detto, della pronuncia costituzionale del 2009), provocava una ridefinizione dei concetti di sterilità e infertilità e apriva la strada, a questi soggetti non affetti, per l'accesso alla PMA.

Questa pronuncia, però, fu solo un timido barlume di speranza, incapace di per sé sola di illuminare l'oceano della giurisprudenza italiana che limitava l'accesso alla PMA e alla PGD ai soli soggetti sterili e infertili.

Sarebbe forse stato più saggio da parte del Tribunale di Salerno, che disapplicò una disposizione normativa senza porre in essere alcuna interpretazione estensiva del concetto di sterilità e infertilità, sollevare la questione di legittimità costituzionale e richiedere l'intervento del Giudice delle leggi: in tal modo, si sarebbe potuti giungere ad “un accoglimento con effetti *erga omnes*, vista la buona disposizione della Corte costituzionale”²⁷².

6.1. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo boccia la L. 40/2004

La legge italiana sulla PMA, come già accennato, non contemplava i portatori di malattie ereditarie, ma fertili, tra i soggetti a cui era consentito accedere ad essa e alla diagnosi genetica preimpianto; questo limite era stato previsto dal legislatore nel tentativo di tutelare l'esistenza dell'embrione, che la normativa stessa definiva quale soggetto titolare di diritti²⁷³.

²⁷² A. Vallini, “La diagnosi e selezione preimpianto: da illecito penale a questione deontologica. Eterogenesi dei fini di un legislatore irragionevole. *Preimplantation diagnosis and selection: from a crime to a deontological issue, heterogenesis of the aims of a unreasonable legislator*”, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2011, fasc. 6, pp. 1405 – 1438.

²⁷³ Ricordiamo qui, infatti, quanto originariamente espresso dall'art. 1 della legge n. 40/2004: “Al fine di favorire la soluzione dei 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”.

Quello che non risultava chiaro del testo legislativo italiano, tuttavia, era quale fosse il criterio di scelta che aveva mosso il legislatore nel momento in cui si era trovato a dover decidere se sacrificare l'interesse della "persona umana senziente, capace di sofferenze"²⁷⁴ piuttosto che quello dell'embrione, che soggetto formato ancora non è.

Vietare totalmente ai soggetti portatori di malattie genetiche la possibilità di accedere alla PMA e alla PGD, li poneva di fronte ad un obbligato bivio: rinunciare, consapevolmente e autonomamente, a procreare o procedere all'adozione.

Tali decisioni avrebbero potuto anche mettere a tacere il dibattito sull'ammissibilità o meno dell'accesso alle tecniche e alla diagnosi, se fossero state frutto di una decisione presa con piena coscienza dai soggetti interessati. Nel momento in cui, però, essa diveniva obbligata, cioè imposta da una legge, allora ci si trovava di fronte ad una menomazione del fondamentale diritto alla autodeterminazione.

La scelta di rendere giuridicamente lecite PMA e PGD, dunque, non dirimerebbe forse i dubbi di tipo morale suscitati dal loro impiego, ma contribuirebbe a trovare un compromesso accettabile, ad evitare gli effetti ancor più negativi derivanti dalla loro proibizione²⁷⁵.

Fu proprio su questo punto che ruotò la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sezione II, del 28 agosto 2012²⁷⁶: all'origine della causa vi fu il ricorso (n. 54270/10) contro lo stato italiano di due cittadini che adirono la Corte EDU in virtù dell'art. 34 CEDU²⁷⁷.

²⁷⁴ E. De Cunto, "Sentenza Costa e Pavan c. Italia e procreazione assistita: alcuni ragionamenti sulle questioni etiche alle quali la Corte di Strasburgo, correttamente, non ha risposto", in *Diritti umani in Italia. Rivista scientifica di informazione giuridica*, www.duitbase.it, 2012, p. 4.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 5.

²⁷⁶ Per la traduzione italiana della sentenza, e quindi del caso posto alla base di essa, si veda www.giustizia.it.

²⁷⁷ Il quale recita: "La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga di essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte parti contraenti dei diritti riconosciuti dalla Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto".

I ricorrenti erano entrambi portatori sani di una malattia geneticamente trasmissibile chiamata mucoviscidosi (o anche fibrosi cistica)²⁷⁸: dopo la nascita di una figlia purtroppo affetta da tale patologia e di una seconda gravidanza interrottasi prima del tempo (dati i risultati positivi della diagnosi prenatale), decisero di tentare la via della PMA, per poi sottoporre gli embrioni così prodotti a PGD e impiantare solo quelli dichiarati sani.

Dal 2008, per inciso, con decreto n. 31639 del 11 aprile²⁷⁹, il Ministero della Salute aveva consentito l'accesso alla diagnosi a tutti gli uomini affetti da malattie virali sessualmente trasmissibili derivanti da HIV, Epatite B e C.

I ricorrenti, quindi, lamentavano una violazione dell'art. 14 CEDU, in quanto né la legge n. 40/2004 in tema di fecondazione artificiale, né le Linee Guida emanate nel 2008, contemplavano la loro condizione nell'elencazione di coloro che potevano accedere alle tecniche: di fatto, quindi, ad essi non era consentito di dar corso al loro desiderio di generare un figlio sano, perché non rientranti nelle categorie di soggetti autorizzati a ricorrere alle tecniche di PMA.

Inoltre, essi, invocavano l'ulteriore art. 8 CEDU per supportare la loro tesi, affermando di aver subito altresì una violazione del diritto al rispetto della loro vita privata e familiare: ciò, in quanto l'unica via loro rimasta per non generare figli malati era quella dell'interruzione volontaria della gravidanza, ogniqualvolta la diagnosi prenatale avesse dato esito positivo alla patologia.

Preso atto di tutto ciò, la Corte di Strasburgo procedette ad un'analisi della portata della doglianza formulata dai ricorrenti e della compatibilità *ratione materiae* di questa con i diritti sanciti dall'art. 8 della Convenzione²⁸⁰.

²⁷⁸ Malattia ereditaria caratterizzata da una anormale viscosità del muco secreto dalle ghiandole pancreatiche e dai bronchi. Questa patologia si manifesta nella forma di attacchi respiratori e si evolve verso una grave insufficienza respiratoria, spesso mortale in mancanza di trapianto di polmone (in *Dizionario Medico Larousse*).

²⁷⁹ Decreto del Ministero della Salute, 11 aprile 2008, art. 4, capoverso 1, in *www.gazzettaufficiale.it*.

²⁸⁰ Corte EDU, sent. 28 agosto 2012, nella *Valutazione della Corte*.

Innanzitutto, venne sostenuto che il desiderio dei ricorrenti di mettere al mondo un figlio non affetto dalla malattia genetica di cui sono portatori sani e di ricorrere, a tal fine, alla procreazione medicalmente assistita e alla diagnosi genetica preimpianto rientra nel campo della tutela offerta dall'articolo 8; una tale scelta costituisce, infatti, una forma di espressione della vita privata e familiare dei ricorrenti. Pertanto, tale disposizione trova applicazione nel caso di specie²⁸¹.

Nell'affermare ciò, quindi, la Corte EDU riconobbe che nell'ordinamento italiano si configurava un'ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata e familiare, disposta tramite la limitazione dell'accesso alla PMA alle sole coppie sterili o infertili.

Successivamente venne rilevato che, nel lamentare una lesione dell'art. 8 CEDU, i ricorrenti volevano denunciare in definitiva una sproporzione del divieto, a fronte del fatto che il sistema legislativo italiano li autorizzava a procedere ad un'interruzione di gravidanza qualora il feto fosse stato colpito dalla patologia di cui erano portatori.

Il Governo italiano, a tal proposito, si difese affermando che le disposizioni in esame erano volte a tutelare la salute del "bambino" e della donna, nonché la dignità e la libertà di coscienza delle professioni mediche e l'interesse ad evitare il rischio di derive eugenetiche.

La Corte ritenne queste argomentazioni per nulla pregnanti: non si comprendeva, infatti, come la tutela degli interessi menzionati dal Governo si conciliasse con la possibilità offerta ai ricorrenti di procedere ad un aborto terapeutico qualora il feto risultasse malato, tenuto conto in particolare delle conseguenze che ciò comporta sia per il feto, il cui sviluppo è evidentemente assai più avanzato di quello di un embrione, sia per la coppia di genitori, soprattutto per la donna²⁸².

Si rese in tal modo esplicita l'incoerenza del sistema legislativo italiano in materia di PMA e le conseguenze che questa aveva ed ha sulla vita privata e familiare dei ricorrenti: avendo come unica possibilità per mettere al mondo un

²⁸¹ *Ibidem.*

²⁸² *Ibidem.*

figlio sano, attenendosi a quanto stabilito dalla legge n. 40/2004, quella di iniziare una gravidanza naturalmente per poi procedere a diagnosi prenatale e successivamente ad eventuale interruzione di gravidanza, ne derivava un sicuro stato di angoscia della coppia e soprattutto della donna.

Infine, i ricorrenti lamentarono un'ulteriore lesione, quella dell'art. 14 CEDU, che sancisce il divieto di discriminazione: essi sostennero di essere penalizzati per il fatto di non essere sterili o infertili, né affetti da malattie virali sessualmente trasmissibili, quali HIV e Epatite B e C. La Corte di Strasburgo, a tal proposito, decise però di dichiarare la manifesta infondatezza della questione sollevata e di rigettarla: si ritenne, infatti, che il divieto previsto dalla legge italiana non trattasse diversamente situazioni paragonabili, in quanto esso interessava qualsiasi categoria di persone.

La decisione della Corte su questo punto risultò forse un po' troppo sbrigativa alla luce della complessità del quadro normativo e giurisprudenziale all'epoca dei fatti: con le Linee Guida del 2008, infatti, si era esplicitamente previsto l'accesso alla PMA anche alle coppie fertili, all'interno delle quali l'uomo fosse stato portatore sano di una malattia sessualmente trasmissibile, con evidente discriminazione tra queste e quelle che, seppur fertili, erano portatrici altre tipologie di malattie genetiche ereditarie.

La sentenza della Corte di Strasburgo, in ogni caso, fu di fondamentale importanza, perché con essa si dichiarava a gran voce (e finalmente, si potrebbe aggiungere) l'irragionevolezza di un divieto imposto dal testo legislativo italiano, all'accesso ad una tecnica che era frutto del progresso e dell'avanzamento medico – scientifico.

A tal proposito, esplicativo era l'art. 15 del Patto internazionale dei diritti economici e sociali delle Nazioni Unite, che riconosceva ad ogni individuo il diritto di “godere dei benefici del progresso scientifico e delle sue applicazioni”²⁸³: questo poteva essere sì limitato, ma solo e soltanto nella misura

²⁸³ Patto internazionale dei diritti economici e sociali delle Nazioni Unite, art. 15: “Gli Stati parti del presente Patto riconoscono il diritto di ogni individuo: a) a partecipare alla vita culturale; b) a godere dei benefici del progresso scientifico e delle sue applicazioni; c) a godere della tutela degli interessi morali e materiali scaturenti da qualunque produzione scientifica, letteraria o artistica di cui egli sia l'autore. Le misure che gli Stati parti del presente Patto dovranno prendere per conseguire la piena attuazione di questo diritto comprenderanno quelle necessarie per il mantenimento, lo sviluppo e la diffusione della

in cui fosse necessario alla tutela degli altri diritti fondamentali che nel caso concreto con esso confliggevano.

Inoltre, con tale pronuncia si chiarì come lo sbarramento posto all'accesso alle tecniche di PMA e alla PGD risultasse illogico, se inserito in un contesto normativo che consentiva sia la diagnosi prenatale che l'interruzione volontaria di gravidanza: tale *modus operandi* incideva senza ragione sul diritto della coppia al rispetto delle scelte di vita personale e familiare, garantito dalla Convenzione europea dei diritti umani²⁸⁴.

Quasi sicuramente sulla decisione della Corte in merito a quest'ultimo aspetto, pesò molto la circostanza che la maggior parte degli Stati Europei consentiva già a quel tempo, nel proprio territorio, l'accesso alla fecondazione *in vitro* a coloro che fossero portatori di malattie genetiche e non desiderassero trasmetterle alla futura prole, ad eccezione fatta solo dell'Austria, della Svizzera e, ovviamente, dell'Italia.

Si potrebbe dire, insomma, che “la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo denuncia la sostanziale incostituzionalità della legge 40 [...]. Una pronuncia che obbliga l'Italia a conformarsi, e di fatto lo Stato dovrà cambiare la legge [...] o con una modifica da parte del legislatore nell'immediato o con una pronuncia di incostituzionalità da parte della Corte Costituzionale”²⁸⁵.

Nell'ultimo giorno disponibile, il 28 novembre 2012, lo Stato italiano decise di presentare un ricorso per il suo riesame davanti alla *Grande Chambre* di Strasburgo, a norma dell'art. 34 CEDU²⁸⁶, fondato sull'esigenza di salvaguardare l'integrità e la validità del sistema giudiziario nazionale: il caso, a parere del Governo italiano, sarebbe stato esaminato senza rispettare la regola del previo

scienza e della cultura. Gli Stati parti del presente Patto si impegnano a rispettare la libertà indispensabile per la ricerca scientifica e l'attività creativa. Gli Stati parti del presente Patto riconoscono i benefici che risulteranno dall'incoraggiamento e dallo sviluppo dei contatti e dalla collaborazione internazionale nei campi scientifico e culturale”, in www.onuitalia.it.

²⁸⁴ V. Zagrebelsky, “Una legge incompatibile con i diritti umani”, 2012, p. 2, in www.personaedanno.it.

²⁸⁵ Così si esprime V. Onida, ex presidente della Corte costituzionale, in A. Lapertosa, “L. 40/2004: una legge da cambiare”, 2012, www.personaedanno.it.

²⁸⁶ Art. 34 CEDU: “Entro un termine di tre mesi a decorrere dalla data della sentenza di una Camera, ogni parte alla controversia può, in situazioni eccezionali, chiedere che il caso sia rinviato dinanzi alla Grande Camera. Un collegio di cinque giudici della Grande Camera accoglie la domanda quando la questione oggetto del ricorso solleva gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o comunque un'importante questione di carattere generale. Se il collegio accoglie la domanda, la Grande Camera si pronuncia sul caso con sentenza”.

esaurimento dei ricorsi interni, prevista nella Convenzione europea quale condizione essenziale per adire la Corte²⁸⁷.

La coppia di ricorrenti, cioè, decise di rivolgersi direttamente alla Corte di Strasburgo senza rispettare il criterio vigente per ammettere una istanza sollevata da un cittadino dei paesi membri: ossia, avrebbero dovuto essere primariamente esperiti tutti i livelli di giudizio che la magistratura nazionale gli metteva a disposizione.

Inoltre, continuava il Governo nel suo ricorso, la sentenza europea ha dato origine ad un “nuovo obbligo di coerenza del diritto interno”²⁸⁸: l’incoerenza tra legge n. 40/2004 sulla PMA e legge n. 194/1978 sull’interruzione volontaria di gravidanza non sussisterebbe, in quanto la seconda non darebbe fondamento al

²⁸⁷ Ricorso del Ministero degli Affari Esteri, Ufficio dell’Agente del Governo italiano davanti alla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, in www.governo.it. Sulla decisione di presentare ricorso, molti furono coloro che hanno espresso la propria opinione: per fare qualche esempio, Ignazio Marino, esponente del Partito Democratico, commentò la situazione caratterizzandola quale “fatto gravissimo” e sottolineando come fosse illogico che “un governo tecnico ed europeista in economia non [sia] altrettanto tecnico ed europeista quando ci sono da tutelare i diritti e la salute delle persone e anzi agisca in danno dei cittadini più poveri. Questi [...], si vedranno discriminati nel loro desiderio di maternità e paternità mentre i più ricchi potranno rivolgersi alle cliniche per l’infertilità di altri Paesi europei” (I. Marino, in “*Legge 40, l’Italia ricorre contro la sentenza della Corte europea. Il governo: decisione che si fonda sulla necessità di salvaguardare l’integrità e la validità del sistema giudiziario nazionale*”, cit., nel quotidiano La Stampa, 28 novembre 2012, www.lastampa.it). Dello stesso avviso fu Giulia Bongiorno, portavoce di Fli, che commentò: “gravissimo errore ed ennesimo schiaffo alle donne la scelta di ricorrere alla Grande Chambre per salvare la legge 40”. Filomena Gallo, avvocato e segretario dell’Associazione Luca Coscioni (che varie volte si prodigò e si prodiga tuttora in difesa delle coppie in cerca di un figlio ma non tutelate dalla legge n. 40/2004) sostenne che “questo ricorso rappresenta davvero un tentativo disperato di salvare l’insalvabile: ovvero un legge 40 che 19 decisioni italiane ed europee stanno smantellando, perché incostituzionale ed ideologica” (F. Gallo, in “*Legge 40, ricorso del governo contro sentenza della Corte europea sulla diagnosi preimpianto. Nell’ultimo giorno a disposizione è stato presentato il ricorso alla Grande Chambre di Strasburgo contro la condanna di agosto. La presidente dell’associazione Luca Coscioni: ‘tentativo disperato di salvare l’insalvabile’*”, di Caterina Pasolini, nel quotidiano La Repubblica, 28 novembre 2012, www.repubblica.it). Ella continuò affermando che “la possibilità di effettuare una diagnosi preimpianto comporta due importanti risultati: evitare un aborto e mettere al mondo un figlio che non soffra. Mi chiedo come questo Governo non abbia agito mosso da questi semplici pensieri di rispetto del diritto alla salute e abbia invece operato contro i cittadini italiani”. Di opinione contraria fu, invece, il Movimento per la Vita, comitato che riuniva oltre 600 associazioni che combattevano per i diritti del concepito: essi criticarono la sentenza europea in quanto consideravano l’embrione un soggetto titolare di diritti pari all’adulto (“*Procreazione, la Corte Europea rimette in discussione la legge 40. Bocciata una parte della normativa, che riguarda l’impossibilità per una coppia fertile ma portatrice sana di fibrosi cistica di accedere alla diagnosi preimpianto degli embrioni. Balduzzi: ‘aspettiamo di leggere le motivazioni della sentenza’*. Il Centro di Bioetica della Cattolica di Milano: ‘si tratta di eugenetica liberale’”, 28 agosto 2012, nel quotidiano La Repubblica, www.repubblica.it). Il presidente Udc Rocco Buttiglione, infine, asserì che lo Stato italiano, nel presentare il ricorso “alla Corte Europea a difesa della Legge 40 [ha] fatto correttamente il suo dovere. Il Governo [...] è tenuto a difendere in sede europea gli atti della Repubblica italiana” (R. Buttiglione, in Caterina Pasolini, *op. cit.*).

²⁸⁸ *Ibidem*.

diritto all'aborto, bensì configurerebbe quest'ultimo come deroga al principio della protezione della vita, anche prima della nascita²⁸⁹.

Di conseguenza, il divieto alla PGD non risulterebbe in alcun modo contraddittorio nell'ordinamento italiano.

Ci si trovava di fronte, pertanto, ad opinioni contrastanti che mettevano la dovuta luce sulla complessità del tema in esame. Ciò che risultava chiaro a tutte le parti interessate era, in ogni caso, come fosse necessario un radicale cambiamento di rotta per quel che concerneva il modo in cui erano stati fino a quel momento affrontati i temi della procreazione medicalmente assistita in generale e quello della diagnosi genetica preimpianto in particolare, e come si dovessero mettere al bando le considerazioni di eugenetica, la sconfinata ipocrisia dietro cui ci si era a lungo nascosti affermando di agire nel rispetto dei diritti dell'embrione a scapito di quelli della donna, lo sconcerto verso il fenomeno della migrazione procreativa.

Era indispensabile, cioè, una trasformazione del punto di vista con cui ci si approcciava a questi argomenti; per quel che concerneva la PGD, ad esempio, il ginecologo Severino Antinori, con un puntuale ragionamento, affermò che “facciamo questa analisi solo per 15 – 20 patologie gravi, dalla fibrosi cistica all'anemia mediterranea, per fare in modo che non vengano trasmesse dai genitori. Non è che ci mettiamo a vedere se il bambino è biondo: è fuori dal mondo affermare che questa sia eugenetica”²⁹⁰.

²⁸⁹ S. Rossi, “*Il Governo ricorre alla CEDU per salvare la legge n. 40*”, 2012, in www.personaedanno.it, p. 3.

²⁹⁰ Primo a fare ricorso contro la legge 19 febbraio 2004, n. 40, in “*Fecondazione assistita, legge 40 bocciata dalla Corte europea dei diritti umani. Strasburgo accoglie il ricorso di una coppia italiana che potrà accedere alla diagnosi embrionale. Contraria Scienza e Vita*”, cit., 28 agosto 2012, quotidiano Corriere della Sera, www.corriere.it.

Il ricorso presentato dal Governo italiano venne rigettato dalla *Grande Chambre* della Corte Europea dei diritti dell'uomo con sentenza del 11 febbraio 2013, rendendo definitivo quanto statuito nel primo grado di giudizio²⁹¹.

6.2. La Corte costituzionale apre l'accesso alla PMA alle coppie non sterili o infertili.

L'effetto della sentenza europea fu dirompente, poiché aprì la strada a successive denunce di costituzionalità da parte della giurisprudenza interna *ex art. 117 Cost.*, in combinato disposto con l'art. 8 CEDU, potendo i giudici italiani far valere la violazione dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Rispetto alla richiesta della coppia che aveva dato avvio al caso in sede sovranazionale, il Tribunale di Roma²⁹² decise di accogliere la doglianza accertando il diritto a sottoporsi a PMA “con trasferimento in utero della signora [...] previo esame clinico e diagnostico degli embrioni creati tramite fecondazione in vitro, solo degli embrioni sani o portatori sani rispetto alla patologia da cui sono affette le parti mediante le metodologie previste dalla scienza medica e con crioconservazione degli embrioni malati sino all'esito della tutela di merito”²⁹³.

Il Tribunale romano utilizzò pertanto la propria ordinanza quale strumento di diretta applicazione del giudicato convenzionale, senza attendere che fosse esperito il giudizio di costituzionalità, o che il legislatore intervenisse per modificare la l. 40/2004: disapplicò direttamente l'art. 4 di tale testo normativo, tenendo conto di quanto stabilito dalla Corte di Strasburgo e ritenendo ormai superato il divieto di PGD.

Sul punto, il giudice di Roma affermò che era “proprio il divieto di accesso alla PMA per le coppie fertili e al contempo trasmettentrici di gravi malattie ereditarie a porsi in assoluta dissonanza con il diritto alla salute consacrato nella Carta Fondamentale tra i diritti assoluti (art. 32 Cost.), non

²⁹¹ Testo consultabile in www.associazionelucacoscioni.it.

²⁹² Tribunale di Roma, 23.09.2013, in http://www.giurcost.org/casi_scelti/TribunaleRoma23092013.pdf.

²⁹³ *Ibidem*, primo punto del PQM.

essendosi il legislatore del 2004 fatto carico di prendere in esame quello stesso “pericolo per la salute psico – fisica della donna” che pure quasi 30 anni addietro aveva ritenuto, con la legge 194/1978, causa legittimante l'interruzione volontaria di gravidanza che, ove eseguita oltre i 90 giorni, così come è previsto nelle ipotesi di anomalie o malformazioni del nascituro, non è neppure più tecnicamente configurabile come 'aborto' realizzandosi invece attraverso un vero e proprio intervento chirurgico”²⁹⁴.

Anche in questo caso, come già avvenuto con la richiamata sentenza del Tribunale di Salerno del 2010²⁹⁵, il giudice di merito avrebbe forse più prudentemente dovuto sollevare la relativa questione di legittimità costituzionale, in ragione dell'impossibilità di applicare direttamente la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (non è ancora intervenuta, infatti, la formale adesione dell'Italia alla Convenzione e con essa, quindi, la sua “comunitarizzazione”²⁹⁶), con conseguente disapplicazione della norma interna ritenuta con essa contrastante.

Sicuramente in questa occasione pesarono molto, nel processo di determinazione del giudice, sia la circostanza che si trattava delle stesse parti ricorrenti a Strasburgo, sia la considerazione dei motivi di urgenza riscontrabili²⁹⁷.

Il Tribunale di Roma, comunque, in due ulteriori e diversi procedimenti²⁹⁸ riguardanti ancora coppie fertili nelle quali almeno uno dei partner era portatore di una grave malattia ereditaria, decise di sollevare invece la questione di legittimità costituzionale, in quanto non ritenne di poter provvedere direttamente

²⁹⁴ *Ibidem*, diciassettesimo capoverso del “rileva in diritto”.

²⁹⁵ Si veda *ut supra*, Par. 5.1.1.

²⁹⁶ B. Liberali, *op. cit.*, pp. 214 – 215.

²⁹⁷ G. Cataldi, “*La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di diagnosi genetica preimpianto*”, in *La diagnosi genetica preimpianto tra normativa e giurisprudenza*, a cura di R. Fattibene (a cura di), cit., p. 195.

²⁹⁸ Tribunale di Roma, ordinanza 14 gennaio 2014, n. 69, in <http://www.osservatorioaic.it> e ordinanza 05 marzo 2014 n. 86, in <http://www.gazzettaufficiale.it>. Nel primo caso, la coppia ricorrente – fertile, non sterile – in ragione della malattia (distrofia muscolare di Becker) da cui era risultato affetto il primo feto a seguito di esami prenatali e di cui era portatrice sana la donna, aveva interrotto la gravidanza. Nel secondo caso, la donna era risultata portatrice sana eterozigote di una traslocazione reciproca bilanciata tra il braccio corto di un cromosoma 3 e il braccio lungo di un cromosoma 5 con punto di rottura; la coppia aveva procreato naturalmente due volte, terminando la prima gravidanza con aborto spontaneo e la seconda con interruzione terapeutica al quinto mese.

alla disapplicazione delle norme contrastanti con la CEDU, dopo aver accertato l'insanabile contrasto tra norma sovranazionale e norma interna.

Nel concreto, in entrambi i casi i giudici romani ritennero che la PGD richiesta dalle coppie fosse funzionale all'esercizio del diritto all'autodeterminazione nelle scelte procreative e che il divieto comportasse la lesione del principio di uguaglianza e ragionevolezza, oltre che del diritto alla salute delle coppie costrette a ricorrere all'interruzione volontaria di gravidanza.

Venne quindi sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 1 e 2 e dell'art. 4, co. 1, della l. 40/2004, in relazione agli artt. 2, 3, 32 e 117 della Costituzione, collegando quest'ultimo parametro alla sopracitata decisione della Corte di Strasburgo.

In particolare: (i) il contrasto con l'art. 2 si verificava sul presupposto che tra i diritti soggettivi inviolabili, vi sarebbero annoverati il diritto della coppia ad avere un figlio sano ed il diritto di autodeterminazione nelle scelte procreative; (ii) il contrasto con l'art. 3, invece, si verificava come violazione del principio di ragionevolezza (poiché le coppie affette o portatrici sane di patologie ereditarie si vedevano costrette ad affrontare l'esito incerto di una gravidanza naturale, per poi doversi magari sottoporre ad interruzione di gravidanza) e del principio di non discriminazione tra le coppie fertili e coppie infertili; (iii) l'art. 32 Cost risultava invece leso sotto il profilo della salute della donna, in quanto la stessa, per realizzare il proprio desiderio di mettere al mondo un figlio non malato, avrebbe dovuto sottoporsi ad aborto terapeutico, se la diagnosi prenatale avesse dato esito negativo; (iv) infine, risultava leso l'art. 117 co. 1 Cost. in relazione all'art. 8 CEDU.

Con sentenza n. 96 del 05 giugno 2015²⁹⁹, il Giudice delle leggi dichiarò l'illegittimità costituzionale della legge n. 40/2004 nella parte in cui non permetteva l'accesso alle tecniche procreative assistite anche per le coppie fertili che sono portatrici di malattie genetiche trasmissibili (rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, co. 1, lett. b) della L. 194/1978, accertati da apposite strutture pubbliche), in relazione agli artt. 3 e 32 Cost., restando invece assorbiti gli ulteriori summenzionati profili (art. 2 e 117 Cost.).

²⁹⁹ Corte costituzionale, 05 giugno 2015, n. 96, in <https://www.cortecostituzionale.it>.

Tale sentenza riprese il percorso argomentativo già effettuato dalla Corte di Strasburgo (senza darle tuttavia ampio spazio, limitandosi soltanto a richiamare che le stesse circostanze analizzate dalla Consulta erano da essa già state sottolineate), con riferimento primariamente all'irragionevolezza del divieto di accesso alle tecniche di PMA e PGD da parte delle coppie non sterili o infertili affette da malattie geneticamente trasmissibili, in presenza di una normativa che invece consentiva “di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatori, attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria”³⁰⁰.

Il nostro sistema normativo non permetteva, cioè, alle coppie, di acquisire prima un'informazione che avrebbe potuto evitare di dover assumere poi una decisione ben più pregiudizievole per la salute della donna e ciò era il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento³⁰¹.

Le diagnosi prenatale e preimpianto vennero definitivamente poste sullo stesso piano, differenziandosi soltanto per le modalità concrete di attuazione ed il momento in cui potevano essere messe in atto; ciò che le accomuna è pertanto lo scopo di fornire delle informazioni dettagliate sullo stato di salute dell'embrione, nonché di garantire l'autodeterminazione della donna (ma anche della coppia nel suo complesso) nelle scelte procreative.

Emerse poi da questa pronuncia “la consapevolezza di un'identità di scopo perseguito dalle coppie fertili e sterili, portatrici di patologia genetica trasmissibile, che ricorrono alla PMA proprio per poter assumere anticipatamente le informazioni circa la presenza di quella specifica malattia genetica trasmessa al concepito [...], considerando la natura di embrione “*in vitro*” del frutto del concepimento e non di feto collocantesi, quasi, in rapporto di immedesimazione organica con la madre”³⁰².

³⁰⁰ *Ibidem*, nono capoverso del Considerato in diritto.

³⁰¹ A. Carrato, “*Diagnosi preimpianto: l'applicazione giurisprudenziale della sentenza n. 96/2015 della Consulta*”, in *Famiglia e diritto*, 2016, fasc. 6, p. 553

³⁰² *Ibidem*, cit., pag. 554.

La sentenza costituzionale, finalmente, ha affrancato la L. n. 40/2004 al suo originario fine, ossia quello di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità³⁰³, coadiuvandolo con quello di offrire a quelle coppie portatrici sane di malattie geneticamente trasmissibili, la possibilità di utilizzare i metodi diagnostici messi a disposizione dal progresso scientifico, esplicitamente riconoscendo la liceità della PGD.

Come già accennato, la sentenza n. 96/2015 accolse le questioni di costituzionalità poste in relazione agli artt. 3 e 32 Cost., ritenendo tuttavia assorbite le altre ed in particolare quella sull'art. 117, co. 1³⁰⁴, che impone all'ordinamento nazionale di adeguarsi agli obblighi assunti a livello internazionale.

Il Giudice delle leggi, infatti, costruì la sua decisione sulla scorta dell'*iter* argomentativo utilizzato dalla Corte di Strasburgo, senza tuttavia dare a questa sentenza europea alcun effetto nel suo giudizio, tacendo proprio sul profilo della questione inerente alla violazione dell'art. 8 CEDU – a tutela del diritto al rispetto della vita privata e familiare – per il tramite del richiamato art. 117, co. 1, Cost.; a tale proposito, si soffermò sulle ragioni che ostavano al riconoscimento dell'efficacia diretta della Convenzione europea e delle pronunce sovranazionali nell'ordinamento italiano, a differenza del summenzionato Tribunale di Roma, che decise di ritenere superata la norma italiana in tema di PGD sulla base proprio della decisione europea³⁰⁵.

Occorre poi concentrarsi sull'ultima parte della sentenza costituzionale qui analizzata, in quanto in essa la Corte espressamente riconobbe che è compito del legislatore introdurre apposite disposizioni al fine della auspicabile individuazione (anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico – scientifica)

³⁰³ L. 19 febbraio 2004, n. 40, art. 1.

³⁰⁴ Art. 117 Cost., co. 1: “La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”.

³⁰⁵ C. Nardocci, “Il <<nuovo>> status dell'embrione”, in M. D'Amico e B. Liberali (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, 2016, pp. 104 ss.

delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili e delle correlative procedure di accertamento (anche agli effetti della preliminare sottoposizione alla diagnosi preimpianto) e di una opportuna previsione di forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle (anche valorizzando, eventualmente, le discipline già appositamente individuate dalla maggioranza degli ordinamenti giuridici europei in cui tale forma di pratica medica è ammessa). “Ciò non essendo, evidentemente, in potere di questa Corte, per essere riservato alla discrezionalità delle scelte, appunto, del legislatore”³⁰⁶.

Il Giudice delle leggi, pertanto, una volta dichiarata l'incostituzionalità delle disposizioni oggetto della sua analisi, decise di indicare al legislatore – di cui paventa la necessità di un rapido intervento – gli ambiti nei quali sarebbe dovuto intervenire, rispettando ovviamente quanto statuito in tale pronuncia.

La portata concreta della dichiarazione di illegittimità costituzionale degli artt. 1, co. 1 e 2 e 4, co. 1 della L. 19 febbraio 2004, n. 40 fu ampissima: infatti, con ricorso ai sensi dell'art. 700 c.p.c. una coppia di conviventi³⁰⁷ adiva il Tribunale di Milano chiedendo l'accesso alle tecniche di PMA precedute da diagnosi genetica preimpianto, negatagli tuttavia dalla struttura ospedaliera pubblica a cui si erano rivolti, nonostante fosse attrezzata per procedervi.

Il giudice milanese, con ordinanza del 2017³⁰⁸, decise di accogliere l'istanza cautelare della coppia – ritenendo sussistenti nel caso di specie sia il presupposto della verosimile fondatezza della domanda nel merito, che il pericolo nel ritardo ai fini della concessione della cautela richiesta – richiamando gli effetti applicativi della sent. 96/2015.

Il Tribunale, in particolare, procedette: ad un accertamento mirato circa la gravità della patologia di cui era affetto il futuro padre, coadiuvandolo con i rischi che la salute della donna avrebbe corso nell'intraprendere una gravidanza naturale mediante gamete non precedentemente controllato; ad un'analisi

³⁰⁶ Corte costituzionale, 05 giugno 2015, n. 96, cit., decimo punto dei Motivi della decisione.

³⁰⁷ Deducendo che l'uomo era affetto da esostososi multiple ereditarie, patologia irreversibile e trasmissibile geneticamente che coinvolgeva l'intero apparato scheletrico. Tale patologia genetica con modalità autosomica dominante, ha un rischio di trasmissibilità riconducibile al 50%.

³⁰⁸ Tribunale di Milano, Sez. I, ord. 18 aprile 2017, in *Famiglia e diritto*, 2017, Fasc. 6, pp. 535 ss., con commento di A. Carrato, *op. cit.*

dettagliata dell'Ospedale a cui veniva richiesto l'intervento, ritenendolo idoneo e legittimato a procedere alla PGD³⁰⁹.

6.3. Illegittimità costituzionale dell'art. 13, co. 3, lett. B e co. 4, L. 40/2004.

Il Tribunale di Napoli³¹⁰, appena prima della sentenza n. 96/2015, aveva sollevato un'ulteriore questione di costituzionalità di una norma della L. 40/2004 ed in particolare dell'art. 13, co. 3, lett. B e co. 4, in relazione agli artt. 2, 3, 32 e 117 Cost., con riguardo specificamente allo stato di salute degli embrioni, il cui ormai legittimo accertamento anche per le coppie non sterili o infertili, ma affette o portatrici sane di malattie geneticamente trasmissibili, consentiva al medico ed alla coppia di non procedere all'impianto nell'utero di quelli affetti dalla malattia di cui erano portatori.

Il giudice rimettente riteneva poi non manifestamente infondato il dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 14, co. 1 e 6, della legge italiana sulla PMA, in riferimento agli artt. 2, 3 e 117, co. 1 Cost., nella parte in cui parallelamente vietava e penalmente sanzionava la condotta di soppressione degli embrioni, anche ove si trattasse di embrioni soprannumerari risultati affetti da malattie genetiche, a seguito di selezione finalizzata ad evitarne l'impianto nell'utero della donna, per violazione delle medesime norme parametro.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 229 del 11 novembre 2015 dichiarò l'incostituzionalità dell'art. 13³¹¹, “nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna

³⁰⁹ A tal proposito, in ogni caso, il Tribunale di Milano stabilì che qualora la struttura sanitaria pubblica si fosse trovata nell'impossibilità di erogare la prestazione sanitaria in modo diretto, avrebbe dovuto però garantirla in forma indiretta, mediante il ricorso ad altre strutture sanitarie idonee, così come stabilito dall'art. 3 L. 595/1985.

³¹⁰ Tribunale di Napoli, ordinanza 03 aprile 2014 n. 149, in <http://www.gazzettaufficiale.it>.

³¹¹ Art. 13, co. 3 lett. B della L. 40/2004: “Sono, comunque, vietati: [...] b) ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo”. Art. 13, co. 4: “La violazione dei divieti di cui al comma 1 è punita con la reclusione da due a sei anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro. In caso di violazione di uno dei divieti di cui al comma 3 la pena è aumentata. Le circostanze attenuanti concorrenti con le circostanze aggravanti previste dal comma 3 non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste”.

di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6 comma 1, lett. b), della l. 22 maggio 1978, n. 194 (norme per la tutela della maternità e sulla interruzione della gravidanza) e accertate da apposite strutture pubbliche”³¹²; escluse invece la questione di costituzionalità con riferimento all'art. 14, co. 1, sul divieto di soppressione degli embrioni e co. 6, in tema di consenso alle tecniche, ritenendola infondata.

Tale decisione intervenne in prima battuta proprio sulla norma che, insieme all'art. 1 della L. 40/2004, esplicitava un chiaro *favor* nei confronti della priorità e precedenza della tutela dell'embrione, quale soggetto più debole, rispetto ad altre istanze altrettanto costituzionalmente rilevanti³¹³.

Stante la declaratoria di illegittimità costituzionale degli artt. 1, co. 1 e 2 e 4, co. 1, della L. 40/2004 mediante la citata sent. 96/2015, ne derivava che quanto divenuto lecito per effetto di detta pronuncia non avrebbe più potuto, per il principio di non contraddizione, essere attratto nella sfera del penalmente rilevante³¹⁴.

La Corte costituzionale, in sostanza, non si preoccupò di dimostrare che il divieto di selezione eugenetica, assistito da sanzione penale, si ponesse in contrasto con qualche parametro. Ritenne, invece, sufficiente richiamare il proprio precedente ed asserirne la incompatibilità con la norma censurata: l'accoglimento della questione venne presentato come un mero adeguamento a quanto già dalla stessa affermato con la sentenza n. 96 del medesimo anno.

“Dietro al principio di non contraddizione [...] si intravede la sagoma del principio di precisione delle norme penali, ricavato per via interpretativa dall'art. 25, comma 2, Cost.”³¹⁵: infatti, l'intento del Giudice delle leggi fu quello di adattare il perimetro delle norme penali originariamente previste dalla L. 40/2004, alle condotte divenute lecite attraverso i vari interventi giurisprudenziali che si erano nel tempo susseguiti.

³¹² Corte costituzionale, 11 novembre 2015, n. 229, primo punto del Per Questi Motivi, in <https://www.cortecostituzionale.it>.

³¹³ C. Nardocci, cit., p. 115.

³¹⁴ A. Carrato, cit., p. 554.

³¹⁵ I. Pellizzone, “Dopo la sentenza costituzionale n. 229 del 2015: la rilevanza penale della selezione eugenetica e della soppressione degli embrioni malati”, in *Studium Iuris*, 2016, fasc. 7 – 8, pag. 830.

Con riferimento invece alla questione ritenuta dalla Corte infondata, tale decisione venne motivata richiamando l'inesistenza di una giustificazione ragionevole che legittimasse il sacrificio integrale dell'art. 14 della L. 40/2004, stabilendo che “l'embrione [...] quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico”³¹⁶.

Lungi dal voler approfondire in questa sede il complicato tema dell'inizio vita e dello statuto dell'embrione, risulta chiaro tuttavia come la Corte costituzionale decise di prendere una posizione abbastanza chiara in favore del riconoscimento della soggettività giuridica dello stesso, da bilanciare pertanto con quella degli altri soggetti che via via vi entrano in contatto.

6.4. Le nuove linee guida del 2015.

Con decreto ministeriale del 1 luglio 2015³¹⁷, vennero adottate le nuove Linee Guida in materia di procreazione medicalmente assistita, molto attese in ragione delle modifiche rese necessarie dal mutamento dell'impianto della L. 40/2004 e del conseguente superamento delle Linee Guida del 2008 e che avrebbero potuto costituire la fondamentale occasione per ridefinire la tematica della diagnosi genetica preimpianto.

Nonostante l'invito fatto al legislatore in tal senso dal Giudice delle leggi con la sentenza n. 96/2015, tuttavia, ad essa non si fa alcun riferimento nel nuovo decreto ministeriale, ove non si ritrovano infatti le elencazioni delle patologie geneticamente trasmissibili che legittimano l'accesso alla PMA e, di conseguenza, alla PGD³¹⁸.

³¹⁶ Corte costituzionale, 11 novembre 2015, n. 229, cit., terzo capoverso del terzo punto del Considerato in diritto.

³¹⁷ Decreto Ministeriale 1 luglio 2015, “*Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*”, G.U. Serie Generale n. 161 del 14 luglio 2015, in <http://www.gazzettaufficiale.it>.

³¹⁸ B. Liberali, *op. cit.*, p. 233.

In tema di PGD, le nuove linee guida prevedono ancora il divieto della stessa a scopo eugenetico e stabiliscono che “le indagini relative allo stato di salute degli embrioni creati in vitro [...] dovranno sempre essere volte alla tutela della salute e dello sviluppo di ciascun embrione”³¹⁹.

Tale disposizione sembra non tenere per nulla conto di quanto stabilito dalla Corte costituzionale con la sent. 96/2015, la quale, prevedendo che anche le coppie non sterili o infertili ma affette o portatrici di malattie geneticamente trasmissibili possano accedere alla PMA ed all'analisi preimpianto, aveva di fatto assegnato a quest'ultima tecnica una funzione diversa ed ulteriore rispetto alla mera tutela dell'embrione.

Tuttavia, le stesse Linee prevedono come nuovo “Obiettivo primario di ogni trattamento [...] la nascita di un neonato vivo a termine senza pregiudizio della salute della donna”³²⁰: tale scopo è anch'esso diverso ed ulteriore rispetto a quelli che originariamente aveva posto il legislatore della L. 40/2004, rendendo di fondamentale importanza la procreazione di un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria dei componenti della coppia, attraverso il non impianto del materiale embrionale risultato malato.

Con riferimento all'elencazione delle patologie ereditarie, il decreto ministeriale dispone che devono essere considerate anche quelle peculiari condizioni in presenza delle quali – essendo uno dei due partner portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili per infezioni da HIV, HBV od HCV – l'elevato rischio di infezione per l'altro partner o per il feto (in caso di infezione femminile) costituisce di fatto, in termini obiettivi, una causa ostativa della procreazione, imponendo l'adozione di precauzioni che si traducono, necessariamente, in una condizione di infertilità, da farsi rientrare tra i casi di infertilità severa da causa accertata e certificata da atto medico³²¹.

Le poche novità introdotte con il decreto ministeriale del 2015, tuttavia, di certo non possono essere considerate all'altezza dell'intervento del legislatore che ci si auspicava, direttamente richiesto dalla Corte costituzionale; alla stregua di

³¹⁹ Decreto Ministeriale 1 luglio 2015, cit.

³²⁰ *Ibidem*.

³²¹ *Ibidem*.

ciò, nel concreto tale occasione di rinnovamento ed aggiornamento della materia della PMA non può che essere considerata come del tutto mancata.

7. Il divieto di fecondazione eterologa. La decisione della Corte EDU.

Risulta ormai chiaro come il tema della PMA coinvolga plurimi argomenti, ponga problemi di non poco conto in vari campi e sollevi interrogativi di ogni sorta. In particolare, esso coinvolge il rapporto tra libertà del singolo e intervento pubblico, i diritti fondamentali quali la vita, la salute, l'autodeterminazione, la tutela dell'embrione, la libertà sessuale, la famiglia, i valori dell'etica, della moralità e della religione³²².

Come abbiamo visto, il nostro testo di legge affrontò questa pluralità di interessi in gioco circondando la pratica di limiti e divieti, tra i quali importanza rilevante spettò a quello relativo alla fecondazione eterologa.

L'art. 4, co. 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 recitava infatti che “è vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo”: in modo assoluto, pertanto, era fatto divieto di ricorrere a spermatozoi o ovuli provenienti da un soggetto esterno alla coppia che alla PMA si sottoponeva, assicurando di fatto il legame biologico fra il nascituro ed entrambi i genitori.

Per il medico che avesse ugualmente proceduto alla suddetta tipologia di procreazione, l'art. 12 prevedeva al co. 1 la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro, nonché la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale³²³.

Le soluzioni adottate dagli altri paesi dell'Europa non solo non erano per nulla omogenee alla nostra, ma nel prevedere un divieto così ampio alla donazione dei gameti, l'Italia rimase sostanzialmente isolata, nonché in forte distonia con quanto previsto dal Rapporto sulla procreazione artificiale del

³²² R. Bartoli, “La totale irrazionalità di un divieto assoluto. Considerazioni a margine del divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa”, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 2011, fasc. 1, p. 95.

³²³ Le sanzioni, in ogni caso, venivano applicate soltanto al personale sanitario che al divieto non si conformasse, mentre nulla era previsto invece per la coppia di aspiranti genitori che non rispettassero il suddetto limite.

Consiglio d'Europa del 1989, all'interno del quale si ammise espressamente l'utilizzo dei gameti di un soggetto estraneo alla coppia ed addirittura di embrioni donati; questo il motivo per cui molti gridarono “alla frode delle etichette, una frode consumata dal legislatore per applicare un trattamento sanzionatorio terroristico, in assenza delle garanzie proprie del sistema penale”³²⁴.

La domanda fondamentale da porsi nell'analizzare tale divieto, era quale fosse il bene giuridico che risultava offeso dall'eventuale suo venir meno nell'ordinamento giuridico italiano.

Il catechismo della Chiesa Cattolica, al n. 2376, prevede come “le tecniche che provocano una dissociazione della coppia (dono di sperma o ovocita, prestito dell'utero), per l'intervento di una persona estranea alla coppia, sono gravemente disoneste. Tali tecniche (inseminazione e fecondazione artificiale eterologhe) ledono il diritto del figlio a nascere da un padre e una madre conosciuti da lui e tra loro legati dal matrimonio. Tradiscono il diritto esclusivo [degli sposi] a diventare padre e madre soltanto uno attraverso l'altro”³²⁵.

Addirittura, qualche esponente della Chiesa commentò come la pratica della fecondazione eterologa fosse assimilabile all'adulterio³²⁶: infatti, il primo progetto di legge sulla PMA presentato al Parlamento dall'on. Gonella nel 1958, configurava la donazione di gameti come un autonomo reato, sottoposto alla stessa pena prevista dal codice per l'infedeltà matrimoniale.

Questi brevi accenni sono sufficienti a comprendere come alla base di un divieto così assoluto vi fosse l'idea che i genitori potessero divenire tali solo l'uno attraverso l'altro, in conformità a quanto asserito dalla Chiesa cattolica e non solo.

Altri esponenti della dottrina, tuttavia, nell'affrontare una interpretazione religiosamente orientata della previsione normativa in esame, replicarono

³²⁴ E. Dolcini, “Il divieto di fecondazione assistita ‘eterologa’ ...in attesa di giudizio”, in *Diritto penale e processo*, 2011, fasc. 3, p. 353. Sul punto anche S. Canestrari, “Commento alla legge 40/2004” in *Diritto penale e processo*, 2004, fasc. 2, pp. 416 ss.

³²⁵ Catechismo della Chiesa cattolica, n. 2376, in www.vatican.va.

³²⁶ Così si è, ad esempio, espresso il Cardinale Elio Sgreccia nel corso dei lavori del Comitato Nazionale di Bioetica: “[la procreazione assistita eterologa è una] tecnica veterinaria di ausilio all'adulterio”.

opponendo il principio fondamentale della laicità dello Stato³²⁷: tale concetto corrispondeva all'esigenza di equidistanza da tutte le confessioni religiose e all'astensione da qualsiasi presa di posizione di tipo confessionale. Di conseguenza, nulla, non la pena e nemmeno le sanzioni, avrebbe dovuto essere utilizzato quale mezzo per imporre valori.

Al di là, comunque, di un discorso volto a coinvolgere orientamenti religiosi nel merito di una questione delicata come quella della PMA di tipo eterologo, sono stati considerati altri aspetti di inaccettabilità della presenza di un così pregnante divieto nel nostro ordinamento giuridico.

Da una visione costituzionale del tema, infatti, vennero sollevati³²⁸ diversi dubbi circa la legittimità dell'art. 4, co. 3: esso sembrava porsi in contrasto con il principio di uguaglianza e di ragionevolezza, sanciti dall'art. 3 della Costituzione, poiché nel momento in cui la legge aveva previsto che non si potesse fare ricorso a gameti donati da soggetti esterni alla coppia, i problemi di sterilità di quest'ultima rimanevano senza soluzione alcuna.

Gli aspiranti genitori, quindi, risultavano discriminati e spinti a rivolgersi ai centri di paesi esteri specializzati in PMA, dove vigevano normative meno restrittive sul tema, con conseguente violazione del principio di uguaglianza (infatti, nel concreto, le coppie che avrebbero potuto accedere a questa tecnica, messa a loro disposizione dalla scienza, migrando in altri Stati, sarebbero state solo quelle economicamente più facoltose)³²⁹.

Vista la complessità della materia, sia i giudici di merito che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si sono trovati a dover dirimere i dubbi che la pratica della fecondazione assistita eterologa sollevava; in particolare, vale la pena di riportare qui due importanti sentenze della Corte EDU e tre ricorsi alla Corte costituzionale italiana, proposti dai Tribunali di Firenze, Catania e Milano.

³²⁷ Connotato fondamentale dell'ordinamento giuridico italiano, principio con una "valenza superiore rispetto alle altre norme [...] di rango costituzionale". Così si esprime la Corte costituzionale nella sent. 12 aprile 1989, n. 203. Per il testo completo si veda *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, pp. 890 ss.

³²⁸ E. Dolcini, *op. ult. cit.*, p. 356.

³²⁹ *Ibidem*, p. 357.

Le pronunce della Consulta giunsero nel 2012 e nel 2014, alla luce di tutta la giurisprudenza italiana e europea³³⁰ che sul tema si era sviluppata.

Il dibattito sulla fecondazione eterologa in Italia, come visto, iniziò pressappoco con la proposta di *referendum* abrogativo del 2005: i promotori di tale richiesta di abrogazione, che fu dichiarata ammissibile dalla Corte costituzionale³³¹, ravvisarono nel divieto un'inaccettabile ingerenza da parte dello Stato – in scelte che solo i singoli possono compiere – fondata su dati medici e sociali scarsamente attendibili; tuttavia, in sede di voto, non tutto il popolo italiano decise di esprimersi presentandosi alle urne (solo il 25,9% degli aventi diritto decise di farlo) e, di conseguenza, il *quorum* necessario affinché la richiesta potesse essere considerata valida, non fu raggiunto.

Successivamente, però, il tema venne messo da parte e l'attenzione della giurisprudenza, sia di merito che costituzionale, si concentrò su quello dell'ammissibilità della diagnosi genetica preimpianto e sulla questione dell'accesso alle pratiche di PMA per le coppie non sterili o infertili ma portatrici di gravi malattie geneticamente trasmissibili, precedentemente approfonditi.

La svolta fondamentale giunse con una pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 2010: tale sentenza prese avvio da due ricorsi presentati da due coppie di cittadini austriaci coniugati che, data la loro condizione di sterilità, chiedevano di essere ammessi gli uni alla donazione di ovociti, gli altri a quella di spermatozoi³³².

Essi denunciavano un contrasto della normativa austriaca³³³ (in particolare l'art. 3, co. 1 – che prevedeva il divieto della donazione di ovociti in qualsiasi tipo di trattamento e la limitazione della donazione di spermatozoi alla sola fecondazione *in vivo*) con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo ed in particolare con l'art. 8, il quale afferma come “ogni persona ha diritto al rispetto

³³⁰ Ci si riferisce qui: alla sentenza della Corte EDU, sez. 1, 01 aprile 2010, n. 57813/2000, in www.giustizia.it; alla Ord. Tribunale di Firenze 13 settembre 2010, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010, pp. 1414 ss.; alla Sent. Tribunale di Catania 23 ottobre 2010, in www.penalecontemporaneo.it; alla Sent. Tribunale di Milano 3 febbraio 2011, in www.pluriscedam.utetgiuridica.it; alla Ord. Corte costituzionale 7 giugno 2012, n. 150, in www.giurcost.org; alla Sent. Corte costituzionale 10 giugno 2014, n. 150, in www.giurcost.org.

³³¹ Con Sent. 28 gennaio 2005 n. 49, analizzata *supra* nel Par. 2.3.

³³² S. La Rosa, “Il divieto di fecondazione eterologa va al vaglio della Corte costituzionale”, in *Corriere giuridico*, 2010, fasc. 12, pp. 1636 ss.

³³³ L. 4 giugno 1992 (*Fortpflanzungsmedizingesetz, FMedG*, BGGI, 1992/275).

della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria 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".

Alla luce di questa disposizione, osservarono i ricorrenti, il divieto posto dalla normativa si trovava in evidente contrasto con il diritto alla PMA, concepito quale espressione della vita privata e familiare. Inoltre, tale veto poneva in atto una discriminazione³³⁴ volta ad escludere, di fatto, dall'accesso alle tecniche le coppie affette da sterilità totale ed irreversibile.

La Legge austriaca, nel concreto, poneva una differenziazione ben precisa: la fecondazione eterologa era vietata in modo assoluto solo quando coinvolgeva i gameti femminili non prodotti da colei che si sottoponeva al trattamento, mentre quella ottenuta mediante spermatozoi di un soggetto esterno alla coppia era ammissibile, ma solo per l'attuazione della tecnica di procreazione *in vivo*³³⁵.

Tale separazione veniva giustificata affermando che la donazione di gameti femminili avrebbe prodotto relazioni familiari nelle quali non vi sarebbe stata certezza della maternità e avrebbe comportato un rischio di sfruttamento dei cittadini meno abbienti che sarebbero stati tentati di cedere i propri ovuli o spermatozoi dietro pagamento di un compenso.

La Corte EDU si conformò a quanto esposto dai ricorrenti: entrambi i divieti discriminavano le coppie per le quali l'impiego della PMA non poteva avvenire senza i gameti di un soggetto esterno; questa, si affermò, avrebbe configurato un'ingiustificata disparità di trattamento, priva di qualsiasi obiettività

³³⁴ Il divieto di discriminazione è sancito dall'art. 14 della CEDU.

³³⁵ Mentre, invece, la normativa italiana vietava la fecondazione eterologa in modo assoluto, senza operare differenziazioni a seconda che i gameti donati fossero maschili o femminili. Parimenti, la nostra legge non distingueva neanche tra fecondazione *in vivo* e *in vitro*.

e ragionevolezza³³⁶.

Pertanto, venne riconosciuto il diritto della coppia a concepire un bambino ed il diritto a procreare, quale espressione della vita privata e familiare (considerato quale concetto ampio e comprensivo del diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani e di concepire un bambino mediante tecniche di procreazione assistita): la Corte Europea, in particolare, non si soffermò sulle preoccupazioni espresse dal Governo austriaco circa la PMA, il possibile sfruttamento delle donne, i rischi per la salute, la creazione di relazioni familiari atipiche ecc., giudicando semplicemente i divieti all'eterologa come irragionevoli e discriminatori, privi di qualsiasi “argomentazione oggettiva che li giustifichi. Al contrario manca ogni proporzionalità tra il divieto e il fine perseguito, poiché non si è tenuta nella dovuta considerazione la portata del desiderio di avere un figlio”³³⁷.

La Corte EDU riconobbe pertanto come già da tempo gli ordinamenti degli Stati membri conoscessero forme di relazioni familiari atipiche, a partire da quelle costituite mediante adozione, ove vi è assenza di legame biologico tra adottanti ed adottato.

Tale sentenza, pertanto, costituì un punto cruciale della storia del divieto di fecondazione eterologa previsto dalla legge n. 40/2004, per diversi ordini di motivi.

In primo luogo, l'art. 117 della Costituzione, al co. 1, afferma che “la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'orientamento comunitario e dagli obblighi internazionali”. In questo modo la legge fondamentale dello Stato italiano sanciva la subordinazione delle norme interne rispetto alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e di conseguenza della giurisprudenza della Corte Europea: l'ordinamento italiano, quindi, avrebbe dovuto conformarsi a quanto la sentenza del 2010 aveva stabilito.

³³⁶ E. Dolcini, “*Strasburgo-Firenze-Roma: il divieto di fecondazione eterologa si avvia al capolinea?*”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010, fasc. 3, pp. 1428 – 1429.

³³⁷ B. Liberali, *op. cit.*, p. 92.

Ciò era ribadito anche dal Trattato di Lisbona del 1 dicembre 2009, che modificò l'art. 6 del TUE sostenendo che l'Unione “aderisce alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali”. I diritti fondamentali stabiliti da quest'ultima, in definitiva, venivano a configurarsi quali principi generali di tutti gli Stati membri³³⁸.

In secondo luogo, in Italia, “l'eco di questa pronuncia [ha] acceso le speranze di quelle coppie affette da problemi di infertilità tali da poter fare ricorso soltanto a tecniche di fecondazione eterologa”³³⁹, in quanto nell'ambito normativo italiano i dubbi riguardanti questa pratica erano molto più forti, dato il carattere assoluto del divieto posto.

7.1. Pronunce di merito: Firenze, Catania, Milano.

Sono tre le sentenze dei Tribunali italiani a seguire la pronuncia della Corte EDU del 01 aprile 2010, perché dopo di essa molte furono le coppie che decisero di rivolgersi ai giudici per chiedere che quanto disposto a livello europeo venisse applicato anche con riferimento alla legge italiana del 2004 (incoraggiati, inoltre, dalla sent. n. 151 del 2009, con la quale la Corte costituzionale aveva iniziato a fare breccia nel rigido impianto della normativa in tema di PMA).

In tutti e tre i casi venne sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, co. 3, avanti il Giudice delle leggi.

La prima pronuncia fu l'ordinanza del Tribunale di Firenze del 13 settembre 2010³⁴⁰, il quale venne invitato dalla coppia ricorrente a prendere atto

³³⁸ Ciò, però, sembrò smentito dai fatti: l'orientamento prevalente infatti era quello di una mancata parificazione delle norme comunitarie con quelle della CEDU. Questo giudizio fu ad esempio espresso da S. La Rosa, *op. cit.*, p. 1638.

³³⁹ M. Meli, “*Il divieto di fecondazione eterologa e il problema delle antinomie tra diritto interno e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*”, in *La nuova giurisprudenza commentata*, 2011, fasc. 1, pt. 2, p. 14

³⁴⁰ L. D'Avack, “*Sulla procreazione medicalmente assistita eterologa: il Tribunale di Firenze e quello di Catania rinviavano la questione alla Corte Costituzionale*”, in *Dir. di fam. e delle pers.*, 2011, fasc. 1, pt. 1, p. 40 ss. Il fatto posto alla base riguardava una coppia fiorentina sposatasi nel 2004: l'aspirante padre era affetto da azoospermia severa a causa di cure cui si era sottoposto durante l'infanzia, con conseguente sterilità assoluta che gli rendeva impossibile avere un figlio se non ricorrendo alla fecondazione eterologa in vitro con seme di donatore; una volta appreso l'esito della sentenza della Corte EDU, i coniugi si rivolsero ad un centro fiorentino specializzato in PMA, al fine di ricorrere all'eterologa. Di fronte al

della rilevanza nel caso concreto della sentenza della Corte Europea, secondo quanto disposto dall'art. 6, co. 2 del Trattato di Lisbona e a disapplicare l'art. 4, co. 3, della legge n. 40/2004 per contrasto con gli artt. 8 e 14 della CEDU; ulteriormente, venne sollevata una questione di legittimità costituzionale di tale norma per violazione degli artt. 2, 3, 11, 13, 32 e 117 della Costituzione.

Il Giudice ritenne la questione prospettata non manifestamente infondata, ma rimase reticente nel considerare le norme della Convenzione Europea direttamente applicabili nell'ordinamento italiano: il Trattato di Lisbona, infatti, precisava soltanto che gli Stati membri dell'Unione potevano adeguarsi a tale testo normativo, ma questo adeguamento non si era di fatto ancora concretamente realizzato.

Nel momento in cui veniva a crearsi un conflitto tra una norma interna e una della Convenzione, il giudice *a quo* avrebbe dovuto innanzitutto cercare di dare un'interpretazione della prima il più conforme possibile a quanto disposto dalla seconda; se ciò non fosse stato possibile, avrebbe dovuto sollevare una questione di costituzionalità riferita all'art. 117 Cost. (ovvero anche dell'art. 11 Cost., nel momento in cui si trattasse di una norma convenzionale riconosciuta).

Stabilito ciò, il giudice di Firenze affermò che i principi evincibili dalla sentenza europea lasciavano pensare che fosse riconosciuto alle coppie il diritto a utilizzare le tecniche di PMA eterologa e, qualora ciò si fosse rivelato vero, l'art. 4, co. 3, della legge italiana si sarebbe posto in contrasto con la Convenzione Europea: si ritenne quindi necessario sollevare una questione di legittimità costituzionale, per contrasto della norma in questione con l'art. 117, co. 1 della Costituzione.

Inoltre, il Tribunale di Firenze considerò fondata la richiesta della coppia di poter applicare anche al nostro ordinamento le motivazioni della Corte Europea e, in particolare, reputò come illegittimo, irragionevole e discriminatorio, il divieto assoluto di fecondazione eterologa presente nella legge italiana; di conseguenza, venne sollecitato il giudizio della Consulta anche sulla legittimità costituzionale di tale previsione per contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 32

rifiuto (giustificato sulla base del divieto assoluto che la legge italiana poneva a questo tipo di PMA), essi ricorsero al Tribunale di Firenze, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., per ottenere l'autorizzazione.

Cost., oltre che degli artt. 8 e 14 CEDU, su cui in particolare si era fondato anche il rigetto del divieto contenuto nella legislazione austriaca.

Successivamente a questa pronuncia, anche il Tribunale di Catania venne chiamato a dirimere una controversia relativa al veto alla fecondazione eterologa in Italia³⁴¹.

Il Giudice di Catania, rilevò che “il divieto di fecondazione eterologa, per come è posto dall’art. 4, comma 3, l. 40 del 2004, non lascia possibilità alcuna di interpretazione diversa e plausibile”³⁴².

Per quanto concernente invece i profili di incostituzionalità, venne analizzato primariamente il rapporto con l’art. 117 Cost. e gli artt. 8 e 14 CEDU: il giudice *a quo* ritenne pienamente applicabili i principi stabiliti in queste ultime due norme al caso sottoposto alla sua valutazione e considerò che tanto i casi quanto le ragioni giustificatrici dei divieti nelle due normative (italiana e austriaca) erano molto simili.

Inoltre, il foro catanese fece un passo ulteriore, sollevando la questione di costituzionalità sulla norma italiana per contrasto con gli artt. 2, 3, 31 e 32 della Costituzione:

- per quanto concerne i primi tre, si affermò che la creazione di una famiglia configura un diritto fondamentale riconosciuto e tutelato, così come a quest’ambito poteva essere ricondotta anche la soluzione dei problemi riproduttivi attraverso la PMA. Dalla normativa vigente in quell’epoca in Italia, invece, risultavano escluse da queste tecniche proprio le coppie affette dalle patologie più gravi e quelle che, per le loro condizioni economiche non troppo elevate, non potevano rivolgersi a centri specializzati all’estero;
- in riferimento, invece, all’ultima norma costituzionale, il Tribunale sostenne che il divieto assoluto alla fecondazione eterologa

³⁴¹ E. Dolcini, “*Il divieto di fecondazione assistita ‘eterologa’... in attesa di giudizio*”, cit., pp. 358 ss. Tale pronuncia trovava origine nella circostanza che la donna di una coppia catanese, rimasta sterile precocemente all’età di 36 anni, chiedeva di poter avere accesso alla donazione di ovuli da parte di un soggetto esterno. I ricorrenti proposero una nuova lettura degli artt. 4, co. 3 e 5, della legge n. 40/2004 alla luce della sentenza della Corte EDU: a parer loro, infatti, doveva essere ritenuta ammissibile la fecondazione eterologa per quelle coppie che non avrebbero potuto altrimenti dare risoluzione ai problemi di sterilità di cui soffrivano.

³⁴² Così si esprime il Tribunale di Catania nella motivazione dell’ordinanza.

comprometteva il diritto alla salute delle coppie sterili che non avevano possibilità alcuna di procreare naturalmente, o per mezzo della PMA omologa³⁴³. Inoltre, tale disposizione, spingendo di fatto moltissimi soggetti a recarsi all'estero per vedere soddisfatto il desiderio di genitorialità, avrebbe potuto comportare un disagio psicologico per l'allontanamento dagli affetti e un rischio di contagio dal soggetto donatore, in mancanza dei dovuti controlli³⁴⁴.

Sulla scia delle pronunce dei Tribunali di Firenze e Catania, anche la prima sezione del Tribunale di Milano decise di sottolineare l'incostituzionalità del divieto di fecondazione di tipo eterologo, contenuto nella legge n. 40/2004³⁴⁵: con l'ordinanza del 03 febbraio 2011, si affermò che la normativa italiana non garantiva in alcun modo alle coppie affette da sterilità irreversibile il diritto fondamentale ad una realizzazione piena della vita familiare³⁴⁶.

La coppia, come le due che erano ricorse ai Tribunali di Firenze e Catania, richiese che fosse riconosciuta in Italia l'applicazione della sentenza della Corte EDU; il giudice milanese decise di sottoporre la legge sulla PMA al vaglio del Giudice delle Leggi, sollevando la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, co. 3, per contrasto con gli artt. 2, 3, 32 e 117 della Costituzione, paventando altresì una violazione dell'art. 29 Cost. in combinato disposto con gli artt. 2 e 31.

“Alla giurisprudenza di merito va dato atto, ancora una volta, di una viva attenzione e sensibilità all'elaborazione dottrinale in tema di fecondazione assistita: tutti gli argomenti, o almeno i più significativi, portati dalla dottrina contro la legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa hanno

³⁴³ In particolare, il Tribunale di Catania ritenne che le tecniche di PMA fossero dei veri e propri rimedi terapeutici, in ragione dei beni che ne risultavano implicati ed in ragione del fatto che “implicano un trattamento da eseguirsi sotto diretto controllo medico, coperto dal SNN e diretto a superare una causa patologica che impedisce la procreazione, oltre che a contrastare le sofferenze connesse con la difficoltà di realizzarsi pienamente diventando genitore”.

³⁴⁴ Testualmente, sul punto, il Tribunale di Catania affermò che il fenomeno del turismo procreativo “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”.

³⁴⁵ Alla base di questa decisione si pose il caso di una coppia coniugata di Parma, la quale, per cercare di ovviare alla irreversibile infertilità del marito affetto da azoospermia, ritenne necessario rivolgersi ad un centro specializzato in PMA per procedere a fecondazione eterologa, tramite donazione di spermatozoi da un soggetto estraneo. Il ginecologo, però, oppose un rifiuto, motivato sulla base di quanto disposto dall'art. 4, co. 3 della normativa italiana.

³⁴⁶ F. Buzzi e G. Tassi, *op. cit.*, p. 226.

trovato spazio nelle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale. [...] Sembra prossimo, dunque, il giorno in cui donne in menopausa precoce o uomini sofferenti di azoospermia potranno scegliere, secondo coscienza, se rinunciare definitivamente a divenire genitori o intraprendere il percorso – in ogni caso delicato e complesso, molte volte doloroso – della fecondazione assistita con donazione di gameti: senza che altri abbia scelto, preventivamente, una volta per tutte, al posto loro”³⁴⁷.

Nell’attesa della sentenza costituzionale (la terza in circa sei anni dalla promulgazione), molti tentarono di fare dei pronostici sul suo possibile contenuto: alcuni affermarono che ne sarebbe scaturita l’eliminazione del divieto di fecondazione eterologa in quanto, proprio in virtù degli artt. 11 e 117 Cost, la Consulta non poteva che uniformarsi al giudizio della Corte EDU; altrimenti, ne sarebbe derivato un conflitto tra essa e la Convenzione.

Gli oppositori, di contro, facevano leva sul fatto che il divieto di donazione dei gameti trovava fondamento in alcuni articoli della Costituzione, inapplicabili naturalmente dalla Corte di Strasburgo in ambito austriaco: in particolare, il divieto all’eterologa rendeva la PMA il più simile possibile alla fecondazione naturale e si conformava agli artt. 2, 29, 30³⁴⁸ Cost.

Infine, vi era un ultimo ed ulteriore punto di vista: “non è [...] da escludere – se la Corte deciderà di porre in comparazione i diversi interessi secondo i parametri utilizzati dalla giurisprudenza europea, facendo prevalere il diritto fondamentale al rispetto della vita familiare sugli interessi contrapposti – che si pervenga ad una soluzione di equilibrio delimitando il divieto alla fecondazione eterologa, di cui all’art. 4, co. 3, l. 40/04, in modo da consentire l’accesso a tale tecnica soltanto a quelle coppie in cui problemi procreativi non siano efficacemente superabili altrimenti”³⁴⁹.

³⁴⁷ E. Dolcini, *op. ult. cit.*, p. 359.

³⁴⁸ Art. 29 Cost: “La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell’unità familiare”. Art. 30 Cost: “È diritto e dovere dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio [...]”.

³⁴⁹ U. Salanitro, “*Fecondazione eterologa: la parola alla Consulta*”, in *Famiglia e diritto*, 2010, fasc. 12, p. 1152.

Tuttavia, prima che la Consulta potesse decidere sul punto, la *Grande Chambre* della Corte Europea con pronuncia del 03 novembre 2011³⁵⁰, annullò il proprio precedente, riconoscendo come la disciplina austriaca in materia di PMA non contrastasse con gli artt. 8 e 14 CEDU, rinnegando le posizioni precedentemente assunte.

Si stabilì, cioè, che le norme impugnate non oltrepassavano il margine di discrezionalità³⁵¹ che agli Stati membri è riconosciuto in tema: infatti in quell'epoca storica a livello europeo non esisteva, a parere della Corte, un orientamento consolidato sul punto e perciò le disposizioni incriminate non oltrepassavano lo spazio di manovra garantito agli Stati membri per poter limitare la tutela dei diritti fondamentali, in particolare quello alla vita privata e familiare.

“Al riguardo, secondo la Grande Camera, non importa che il legislatore avrebbe potuto adottare una differente soluzione con un più corretto bilanciamento degli interessi rilevanti, in quanto è sufficiente che un bilanciamento di tali interessi sia stato comunque effettuato e che il risultato non sia irragionevole”³⁵². Di conseguenza, la scelta del divieto non risultava a parere della *Grande Chambre* in alcun modo censurabile.

Più in particolare, con riferimento alla distinzione che la legge austriaca operava tra donazione di ovuli e di spermatozoi, il divieto assoluto riguardava in concreto solo la prima: la *Grande Chambre* ritenne che questa differenziazione fosse posta a tutela dell'identità genetica fra madre e figlio, così da evitare che due persone diverse potessero rivendicare la maternità. Invece, il divieto di fecondazione eterologa *in vivo* compiuta mediante gameti maschili esterni alla coppia, era conforme al principio di precauzione.

³⁵⁰ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, 3 novembre 2011, ric. 58713/00, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, fasc. 1, pp. 224 ss.

³⁵¹ Sul punto, la Corte di Strasburgo sottolineava che laddove fossero in gioco importanti aspetti relativi all'esistenza ed all'identità degli individui coinvolti, il margine di operatività del singolo Stato dovrebbe considerarsi limitato, mentre ove ci si collocasse in aree profondamente sensibili moralmente ed eticamente, in relazione alle quali non esiste consenso tra gli Stati membri per ciò che riguarda gli interessi in gioco ed il mezzo per tutelarli, allora il margine di discrezionalità risulterebbe dilatato, nel rispetto della capacità dei legislatori nazionali di vivificare attraverso le leggi l'assetto di valori condiviso dalla singola comunità nazionale.

³⁵² U. Salanitro, “*Il dialogo tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale in materia di fecondazione eterologa*”, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, fasc. 10, pt. 2, p. 640.

In ogni caso, la pronuncia in esame tenne conto del momento storico in cui la disciplina austriaca era stata impugnata, senza considerare il rapido sviluppo che subiscono in ogni momento le conoscenze medico – scientifiche; ci si è perciò chiesti se, a fronte di un’evoluzione della tecnica in materia di PMA che non consentisse di ritenere legittimo un divieto di questo tipo, la Grande Camera sarebbe comunque pervenuta ad una pronuncia favorevole al suo mantenimento³⁵³; sul punto, alcuni giudici della Corte Europea, nella loro opinione dissenziente stesa in calce alla decisione, definirono quale *time factor* le considerazioni svolte dalla *Grande Chambre* circa l'evoluzione tecnica, scientifica e sociale in materia di PMA e di tecniche riproduttive in generale.

È questa importante decisione, in ogni caso, a dare fondamento alla pronuncia della Corte costituzionale italiana che, nel 2012, si dovette esprimere proprio in tema di donazione di gameti.

7.2. La restituzione degli atti ai giudici *a quibus*.

Come visto, la questione di legittimità costituzionale del divieto di donazione di gameti venne sottoposta al giudizio della Corte costituzionale da tre Tribunali, Firenze, Catania e Milano.

La disamina dell’incostituzionalità dell’art. 4, co. 3, della legge n. 40/2004, oltre a consentire una prima definizione della disciplina relativa alla PMA eterologa, permise il delineamento dei rapporti sussistenti tra legislatore e giurisprudenza, giudici comuni e Giudice delle leggi e tra questi ultimi e la Corte EDU; ciò diede la possibilità anche di ipotizzare eventuali nuovi sviluppi relativi alla medesima questione.

“La specifica natura della materia [...] pone in evidenza le criticità relative alla relazione che lega l’evoluzione e il progresso scientifici e l’attività legislativa. Le questioni sollevate dalla tecnica di fecondazione eterologa sorgono in ragione del fatto che ‘solo un certo sviluppo della tecnica medica poteva far[le] sorgere’. Tali considerazioni dispiegano indubbi riflessi sulle

³⁵³ B. Liberali, “*La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia fra legislatore, giudici comuni, Corte costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*”, in *Rivista telematica giuridica dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2012, fasc. 3, p. 13.

conseguenti decisioni operate dal legislatore, nel momento in cui decide di porre una regolamentazione in materia, nel senso di ammettere o negare l'accesso a questo tipo di tecnica, oltre che su una eventuale decisione della Corte costituzionale, nel caso in cui la questione venisse nuovamente sottoposta al suo giudizio, a seguito della restituzione degli atti disposta con l'ord. 150³⁵⁴.

Con questa pronuncia, infatti, la Consulta ordinò proprio la restituzione degli atti ai giudici *a quibus*, in ragione del fatto che la seconda decisione della Corte EDU incideva sul significato delle norme convenzionali e costituiva un *novum* tale da influire direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta³⁵⁵.

In particolare, la Corte rilevò come i giudici rimettenti avessero posto la loro attenzione specificamente sul contrasto del vigente divieto alla fecondazione eterologa, con gli artt. 8 e 14 della CEDU (e, di conseguenza, con l'art. 117 Cost.).

I tre Tribunali, in sostanza, non avrebbero potuto considerare la pronuncia della Grande Camera nel decidere le controversie a loro sottoposte, perché quest'ultima intervenne solo successivamente alle ordinanze di rimessione: di conseguenza, la restituzione degli atti agli stessi fori si prospettava, ad avviso della Consulta, come l'unica logica decisione da prendere in questo momento su un tema così controverso, in modo da non determinare un'alterazione dello schema di 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 permanesse il denunciato contrasto³⁵⁶.

Tale *modus operandi*, infatti, è quasi praticamente imposto “quando 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”³⁵⁷. Sulla base di ciò, il Giudice delle leggi stabilì che la seconda pronuncia della Corte di Strasburgo

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 3.

³⁵⁵ Corte costituzionale, ord. 07 giugno 2012, n. 150, *Considerato in diritto*, in www.giurcost.org.

³⁵⁶ *Ibidem*.

³⁵⁷ *Ibidem*.

esplicava le sue conseguenze proprio sulle norme convenzionali prese in considerazione dai giudici e per questo ritenne, di fatto, obbligata la decisione di poter dare la possibilità ad essi di rivalutare la questione a loro sottoposta, alla luce della nuova pronuncia europea.

Come nel caso dell'Ord. 09 novembre 2006, n. 369³⁵⁸ (con la quale la Corte costituzionale aveva frettolosamente affermato di non poter decidere sul ricorso presentatogli in tema di legittimità costituzionale del divieto di PGD per meri vizi procedurali), anche a questa pronuncia – in cui la Consulta decise di non decidere – sono seguite numerosissime critiche.

Tale modo di operare nascondeva, dietro alla precedentemente analizzata motivazione della restituzione degli atti, uno scopo molto preciso e diverso: quello di guadagnare del tempo nella speranza che la questione dell'illegittimità costituzionale dell'art. 4, co. 3, della legge n. 40/2004 non venisse più sollevata³⁵⁹. L'occasione per realizzare questo obiettivo venne fornita proprio dai giudici rimettenti: argomentando tutte le ordinanze facendo leva preliminarmente sulla violazione dell'art. 117 Cost., nonché degli artt. 8 e 14 CEDU, essi stessi diedero di fatto alla Consulta "l'opportunità di non decidere proprio grazie allo strettissimo legame che si era creato tra la questione prospettata ed il caso in esame alla Corte Europea"³⁶⁰.

Secondo il Giudice delle Leggi, perciò, nonostante i rimettenti avessero utilizzato anche altri parametri (c.d. interni, in quanto riguardanti la violazione di norme della legge fondamentale dello Stato italiano) per sostenere l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, ciò non ostacolava la restituzione degli atti, perché nelle ordinanze la questione in riferimento all'art. 117, co. 1, della Costituzione, era stata posta come primaria. In definitiva, la restituzione venne considerata quale unico mezzo per salvaguardare il carattere incidentale del giudizio di costituzionalità.

³⁵⁸ Si veda *supra* par. 4.2. del presente Capitolo.

³⁵⁹ A. Ruggeri, "La Corte costituzionale, i parametri 'conseguenziali' e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione assistita)", in *www.giurcost.org.*, 2012, p. 1.

³⁶⁰ V. Magrini, "La scelta della restituzione degli atti nell'ordinanza della Corte costituzionale n. 150/2012", in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2012, fasc. 3, p. 6.

Questo assorbimento e raggruppamento dei profili costituzionali interni sembrò rivelare l'intenzione della Corte di privilegiare ragioni di economia processuale rispetto alla necessità di analizzare la questione nel merito degli articoli della Costituzione ritenuti violati dalla legge n. 40/2004³⁶¹.

Tuttavia, in due delle tre ordinanze di rimessione, vennero illustrati in modo del tutto autonomo i dubbi di legittimità costituzionale inerenti, in particolare, agli artt. 3 e 32 Cost.: di conseguenza, in riferimento a tali questioni la sentenza della *Grande Chambre* risultava totalmente irrilevante e pertanto sarebbe stato "esagerato parlare di carattere preminente dell'art. 117, primo comma, Cost., posto che la non manifesta infondatezza della questione è motivata in modo autosufficiente"³⁶².

Oltre a mostrare un atteggiamento di eccessiva prudenza verso una sentenza di Strasburgo, nonostante formalmente si tratti di una fonte sub-costituzionale, la Corte costituzionale si è in qualche modo sottratta dal decidere, provocando un'alterazione del carattere incidentale del giudizio di costituzionalità, che invece si proponeva, apparentemente, di difendere³⁶³.

Forse, se la Consulta avesse vagliato la questione anche nel merito degli altri principi, sarebbe stato il parametro dell'art. 117 a risultare assorbito in essi e pertanto si sarebbe potuti pervenire ad una diversa trattazione di questo incerto e complesso tema.

L'ord. 07 giugno 2012, n. 150, successivamente avrebbe costituito il "primo precedente"³⁶⁴ nella storia della giurisprudenza costituzionale: in primo luogo, essa per la prima volta fondò la decisione di rimettere gli atti su una sopravvenuta sentenza della Corte EDU; inoltre, la questione di legittimità, come si è visto, era stata rilevata dai giudici *a quibus* relativamente a distinti ed autonomi parametri costituzionali ed apparve perciò molto curioso che di fronte a

³⁶¹ I. Pellizzone, "Sentenza della Corte Europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell'ord. n. 150 del 2012 della Corte costituzionale", in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2012, fasc. 3, p. 2.

³⁶² *Ibidem*, p. 4.

³⁶³ *Ibidem*.

³⁶⁴ A. Morrone, "Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale", in www.giurcost.org, p. 2.

una situazione di questa portata la Consulta volle fissare la propria decisione su uno solo di quei criteri previsti dalle ordinanze di rimessione³⁶⁵.

Ne conseguì che, mentre nei giudizi di costituzionalità la Corte riteneva sempre fondamentale una lettura compatibile della norma CEDU con quella della Costituzione, con la sentenza qui analizzata invece la pregiudizialità della questione risultò affrontata al contrario. Essa, infatti, si trasformò in “una questione prioritaria di convenzionalità; prioritaria, soprattutto, rispetto alla questione di costituzionalità in senso proprio e stretto”³⁶⁶.

Addirittura la Corte compì un passo ulteriore nel momento in cui affermò che la restituzione degli atti era d’obbligo, in quanto una valutazione dell’incidenza sulle questioni di legittimità costituzionale del *novum* costituito dalla sentenza della Grande Camera avrebbe comportato un’alterazione dello schema dell’incidentalità del giudizio di costituzionalità, spettando innanzitutto ai rimettenti accertare, alla luce della nuova esegesi della Corte di Strasburgo, se ed entro quali termini permanga il denunciato contrasto³⁶⁷.

Il Giudice delle Leggi, infine, considerò per la prima volta una pronuncia europea in tema di PMA alla stregua dello *ius superveniens*, con l’autorità di sindacare i confini entro i quali la norma interna dello Stato italiano potesse essere ritenuta efficace ed essere applicata dal giudice nazionale.

³⁶⁵ L’ordine di restituzione degli atti determina: da un lato, l’obbligo per i giudici rimettenti di procedere ad una nuova disamina sulla rilevanza e non manifesta infondatezza con riguardo al solo parametro dell’art. 117, co. 1 della costituzione; dall’altro, lascia totalmente priva di decisione la stessa questione in relazione agli altri parametri.

³⁶⁶ A. Morrone, *op. cit.*, p. 3.

³⁶⁷ Corte costituzionale, ord. 150 del 2012, cit.

In realtà, “i giudici di merito (e, poi, la Corte costituzionale) sono chiamati a pronunciarsi in modo autonomo rispetto alla sentenza della Grande Camera, su tre profili fondamentali: la persistenza di un consenso consolidato in ambito europeo sulla regolamentazione della fecondazione eterologa; l’attuale livello della ricerca medica in materia [...]; l’individuazione degli odierni valori morali e sociali nella collettività interessata”³⁶⁸.

7.3. Corte costituzionale, Sent. 162/2014: cade il divieto di fecondazione eterologa.

La restituzione degli atti ai giudici *a quibus* non impedì di certo che la questione venisse sottoposta nuovamente al sindacato della Corte costituzionale, poiché le valutazioni circa la costituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, cui la giurisprudenza di merito era stata sollecitata dalla Consulta stessa con la sent. 150/2012, palesavano ancora la forte insofferenza avverso di esso.

In particolare, il primo rinvio venne sollevato dal Tribunale di Milano, il quale, con ordinanza del 29 marzo 2013³⁶⁹, innanzitutto richiamò la pronuncia della Grande Camera, che, pur approdando al rigetto del ricorso, tuttavia, per la prima volta affermò, 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.

Ciò, a parere del Tribunale milanese, costituiva l'aspetto di maggior novità presente nella motivazione della decisione del giudice europeo: la Corte di Strasburgo riconobbe, infatti, come la scienza medica e il consenso sociale dovessero essere valutati dal legislatore, in una prospettiva “dinamica”, dovendo essere ancorati al dato temporale di riferimento, con il conseguente adeguamento del legislatore e dell'interprete, dei loro mutamenti e delle progressioni maturate con il decorso del tempo.

³⁶⁸ U. Salanitro, *op. cit.*, p. 642.

³⁶⁹ Tribunale di Milano, Sez. I Civile, Ord. 29 marzo 2013, consultabile in www.ilsole24ore.com. Il caso posto alla base di tale decisione riguardava una coppia il cui marito era affetto da infertilità assoluta dovuta da azoospermia complessa.

La scienza medica costituisce materia per sua stessa natura in continuo divenire, posto che lo sviluppo delle conoscenze comporta l'individuazione di metodiche sanitarie sempre nuove, in grado di offrire obiettivi di tutela della salute precedentemente impensabili: la Grande Chambre, nel valutare la normativa austriaca, non valutò se nel prosieguo del tempo l'Austria avrebbe 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, avrebbero portato il legislatore nazionale a violare il principio di proporzionalità richiesto dall'art. 8 CEDU, rendendo al contempo non invocabile il margine di discrezionalità riconosciuto ad ogni singolo Stato.

Per quanto concerneva la normativa nazionale, il Tribunale di Milano, sulla base delle argomentazioni addotte dai giudici di Strasburgo, ritenne altresì che poteva 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 garantiva alle coppie cui venisse 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.

Il giudice milanese, inoltre, ribadì nuovamente come nell'ambito della tutela della vita privata e familiare di ogni cittadino rientrasse non soltanto il diritto ad avere o meno un figlio, bensì anche quello di concepirlo, eventualmente, mediante tecniche di procreazione medicalmente assistita: ne derivava conseguentemente che il diritto di identità e di autodeterminazione della coppia relativamente alle scelte in tema di genitorialità si ritrovava gravemente compromesso dal divieto di accesso ad un certo tipo di fecondazione, quale quella eterologa, che costituiva peraltro l'unica via per consentire ad una coppia di superare i propri problemi di sterilità o infertilità, non altrimenti risolvibili.

La norma italiana risultava peraltro irragionevole ed ingiustificatamente discriminatoria, poiché consentiva che coppie con problematiche procreative venissero trattate in modo opposto, in relazione soltanto alla differente tipologia di sterilità di cui erano risultate affette.

Quasi contemporaneamente, anche il Tribunale di Firenze³⁷⁰ sollecitò ancora una volta l'intervento sul tema della Corte costituzionale, da un lato ribadendo l'infondatezza della censura relativa all'art. 117 Cost. e dall'altro concentrandosi sulla violazione dell'art. 3 Cost., con particolare riferimento al principio di ragionevolezza.

Il Tribunale fiorentino, infatti, affermò che per verificare se una norma fosse conforme o meno a tale principio, era necessario vagliare lo stesso con riferimento al punto centrale della disciplina entro la quale esso si colloca, assumendo la stessa prospettiva assunta dal legislatore, ossia l'art. 1 della L. 40/2004, secondo cui lo scopo primario della normativa in tema di PMA era quello di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti da sterilità ed infertilità umana.

Operando un confronto con tale dato normativo, appariva del tutto illogico il divieto alla fecondazione eterologa, posto che alcune tipologie di sterilità ed infertilità potevano essere risolte facendo unicamente ricorso a tale tipologia di procreazione assistita.

Sulla medesima linea troviamo il Tribunale di Catania il quale, con ordinanza 13 aprile 2013³⁷¹, evidenziava come la compatibilità della disciplina interna relativa alla PMA eterologa con l'art. 117 Cost. non eliminasse di certo i dubbi riguardanti la complessiva costituzionalità della stessa, in quanto potevano essere utilizzati altri e diversi parametri costituzionali (già peraltro richiamati nel proprio precedente del 2010).

³⁷⁰ Con Ord. 10 aprile 2013, consultabile in *www.penalecontemporaneo.it*. Il caso posto alla base di tale pronuncia riguardava una coppia di coniugi il cui componente maschile era affetto da azoospermia severa, con conseguente sterilità assoluta, risultante da documentazione medica; per anni aveva tentato la fecondazione eterologa all'estero, con rilevanti sacrifici economici e notevole patimento psico-fisico.

³⁷¹ Consultabile in *www.penalecontemporaneo.it* e riguardante una coppia la cui componente femminile era affetta da menopausa precoce accertata.

Alla luce di questo quadro giurisprudenziale, con la pronuncia 10 giugno 2014 n. 162³⁷², la Corte costituzionale finalmente dichiarò la tanto agognata illegittimità costituzionale del divieto assoluto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, previsto dall'art. 4, co. 3, della L. 40/2004 e delle disposizioni ad esso collegate (art. 9, co. 1 e 3³⁷³, art. 12, co. 1³⁷⁴), per contrasto con gli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 della Costituzione (gli stessi, peraltro, che erano stati ritenuti complessivamente assorbiti in occasione della restituzione degli atti ai giudici rimettenti).

In particolare, la Consulta impostò le motivazioni della propria decisione precisando inizialmente come lo scrutinio delle censure andasse effettuato avendo riguardo congiuntamente proprio a tutti questi parametri, poiché la procreazione medicalmente assistita coinvolge plurime esigenze costituzionali e, conseguentemente, la L. 40/2004 incide su una molteplicità di interessi di tale rango, i quali debbono essere bilanciati in modo tale da assicurare un livello minimo di tutela legislativa ad ognuno, essendo la tutela dell'embrione comunque non assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con quella delle esigenze della procreazione³⁷⁵.

La Corte proseguì affermando che si trattava di questioni molto complesse, “che è prima di tutto il legislatore a dover dare ad esse una risposta, ma non si sottrae al suo ruolo, esercitandolo fino in fondo: un ruolo che non deve fermarsi di fronte a questioni eticamente sensibili e complesse [...] e che è

³⁷² Corte costituzionale, 10 giugno 2014, n. 162, in *www.giurcost.org*.

³⁷³ Art. 9 co. 1 L. 40/2004: “(1) Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice”; Art. 9 co. 3 L. 40/2004: “In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi”.

³⁷⁴ Art. 12 co. 1 L. 40/2004: “Chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro”.

³⁷⁵ Corte costituzionale, 10 giugno 2014, n. 162, cit., quinto punto del *Considerato in diritto*: in questo modo, La L. 40/2004 vede ribaltata la *ratio* che il legislatore originario aveva voluto imprimere, divenendo finalmente di preminente importanza il principio di autonomia e di responsabilità delle coppie e dei medici.

appunto quello di garantire i diritti fondamentali del cittadino di fronte agli “abusi” del legislatore”³⁷⁶.

Entrando nel vivo della motivazione della sentenza, la Consulta stabilì che il divieto assoluto di PMA eterologa non costituiva, all'epoca della sua previsione, il frutto di una scelta consolidata nel tempo, in quanto introdotto per la prima volta proprio nel 2004, né tantomeno trovava origine in qualche documento di rilevanza internazionale.

In particolare, il Giudice delle Leggi si soffermò sulla scelta delle coppie di diventare genitori e di formare una famiglia con figli, qualificandola come espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminazione, riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concernente la sfera privata e familiare: questo desiderio concerne la sfera più intima e intangibile della persona umana e non poteva essere reso incoercibile, anche quando la coppia fosse del tutto infertile e dovesse pertanto inevitabilmente approcciarsi alla fecondazione eterologa.

Se tale tecnica risultava funzionale alla garanzia della vita privata e familiare, bisognava conseguentemente domandarsi, a parere della Corte, che incidenza avesse la stessa sul diritto alla salute della coppia sessualmente sterile o infertile: “la disciplina in esame incide [...] sul diritto alla salute, che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, va inteso “nel significato, proprio dell'art. 32 Cost., comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica” [...] e la cui tutela deve essere di grado pari a quello della salute fisica”³⁷⁷.

³⁷⁶ M. D'Amico, “Le problematiche relative alla procreazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria e all'interruzione volontaria di gravidanza”, in M. D'Amico e B. Liberali (a cura di), cit., p. 18.

³⁷⁷ Corte Cost., cit., settimo punto del *Considerato in diritto*. La Corte richiama la posizione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, che nel suo Atto di Costituzione firmato a New York il 22.07.1946, stabiliva che “il possesso del migliore stato di sanità possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano”. Sul punto particolarmente interessante risulta il pensiero di G. Ferrando, la quale sostiene che “il rifiuto dell'eterologa si basa su una concezione riduttiva di salute, che non tiene conto dell'evoluzione che l'ha segnata, evoluzione ancor più evidente nel campo della riproduzione dove, al di là di quelle che sono le cause organiche e funzionali che determinano l'infertilità, essa si caratterizza come malattia dello spirito, come sofferenza per il desiderio non appagato di avere un figlio. L'infertilità è una malattia molto particolare perché non sempre se ne conoscono le cause organiche e funzionali e può talvolta essere riportata a problemi di natura psicologica. Altre volte resta del tutto inspiegata, al punto che gli stessi medici ne danno una definizione non in termini scientifici, ma empirici, come 'mancato insorgere della gravidanza dopo un anno di insuccessi procreativi'. [...] la medicina della riproduzione non cura la malattia, non ripristina la funzione riproduttiva, ma la sostituisce grazie alle tecniche. La nascita è resa possibile grazie alle tecnologie della riproduzione che sostituiscono la funzione

Sul punto, in relazione al diritto alla salute ed al suo rapporto con la scienza medica, la Consulta ribadì il principio secondo cui la discrezionalità legislativa in tema di scelte terapeutiche non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati³⁷⁸.

Una volta riconosciuta la lesione del diritto a formare una famiglia con figli e declinata la portata del diritto alla salute anche in senso psichico, con specifico riferimento all'esercizio del diritto ad autodeterminarsi nelle scelte di vita privata e familiare, la Consulta compì un passo ulteriore stabilendo come la previsione di un divieto assoluto alla fecondazione eterologa, non assistito da un ragionevole fondamento costituzionale, violasse anche il principio secondo cui “in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali”³⁷⁹.

La fecondazione assistita di tipo eterologo, pertanto, costituisce un trattamento terapeutico, che peraltro non comporta alcuna lesione del diritto alla salute di nessuno dei soggetti coinvolti, donatori compresi.

Essa, afferma la Consulta, mira a favorire la vita e pone problematiche riferibili eminentemente al tempo successivo alla nascita. La considerazione che il divieto è stato censurato nella parte in cui impedisce il ricorso a detta tecnica nel caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una patologia, che è causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute, deve escludere, in radice, infatti, un'eventuale utilizzazione della stessa ad illegittimi fini eugenetici.

La tecnica in esame (che va rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti e tenuta distinta da ulteriori e diverse metodiche, quali la cosiddetta “surrogazione di maternità”, espressamente vietata dall'art. 12, co. 6, della legge n. 40/2004, con prescrizione non censurata e che in nessun modo è intaccata dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia), alla

mancante, senza curare la malattia” (G. Ferrando, “*La fecondazione assistita. Regole e principi*”, in M. Azzalini (a cura di), cit., p. 149).

³⁷⁸ *Ibidem*.

³⁷⁹ *Ibidem*, punto 2.4 del *Considerato in diritto*.

luce delle notorie risultanze della scienza medica, non comporta, inoltre, rischi per la salute dei donanti e dei donatari eccedenti la normale alea insita in qualsiasi pratica terapeutica, purché eseguita all'interno di strutture operanti sotto i rigorosi controlli delle autorità, nell'osservanza dei protocolli elaborati dagli organismi specializzati a ciò deputati³⁸⁰.

Tirando le fila sul contenuto della pronuncia costituzionale in commento, il pensiero posto alla sua base risulta, quindi, abbastanza chiaro: “in uno Stato costituzionale i diritti delle persone non possono essere sacrificati se non per garantire tutela a diritti di almeno pari rilevanza Costituzionale”³⁸¹.

7.3.1. Le conseguenze pratiche della decisione della Corte costituzionale.

Un ultimo aspetto, comunque centrale, della sentenza n. 162/2014 riguardò infine il rapporto tra il venir meno del divieto assoluto di PMA eterologa ed il sistema normativo vigente, con riferimento alla sua capacità di regolamentare le conseguenze derivanti dalla praticabilità delle tecniche di donazione di gameti ai fini riproduttivi di coppie sterili o infertili.

Come già ampiamente analizzato nel paragrafo 1.1. del presente Capitolo, una simile considerazione era già stata effettuata con riferimento all'eventualità che il quesito referendario n. 5 promosso nel 2005 avesse avuto esito positivo, stante la sua ammissibilità dichiarata con sent. n. 49/2005, con la quale era stato sottolineato che l'eventuale accoglimento di tale proposta non avrebbe fatto venir meno un livello minimo di tutela costituzionalmente necessario, così da sottrarsi alla possibilità di abrogazione referendaria.

Sul punto, i giudici costituzionali nel 2014 decisero di rassicurare nuovamente l'Avvocatura dello Stato, la quale nei propri scritti difensivi continuamente sosteneva l'incensurabilità del divieto, sottolineando che il suo abbattimento avrebbe provocato la creazione di un inevitabile vuoto normativo, ricordando che il potere di dichiarare l'illegittimità costituzionale delle leggi non può trovare ostacolo nella carenza legislativa che, in ordine a dati rapporti, possa

³⁸⁰ *Ibidem*, nono punto del *Considerato in diritto*.

³⁸¹ G. Ferrando, *op. ult. cit.*, p. 143.

derivarne; spetta alla saggezza del legislatore di eliminarla nel modo più sollecito ed opportuno³⁸².

“L’esigenza di garantire il principio di costituzionalità rende, infatti, imprescindibile affermare che il relativo sindacato deve coprire nella misura più ampia possibile l’ordinamento giuridico [...], non essendo, ovviamente, ipotizzabile l’esistenza di ambiti sottratti allo stesso. Diversamente, si determinerebbe, infatti, una lesione intollerabile per l’ordinamento costituzionale complessivamente considerato, soprattutto quando risulti accertata la violazione di una libertà fondamentale, che non può mai essere giustificata con l’eventuale inerzia del legislatore ordinario. Una volta accertato che una norma primaria si pone in contrasto con parametri costituzionali, questa Corte non può, dunque, sottrarsi al proprio potere – dovere di porvi rimedio e deve dichiararne l’illegittimità, essendo poi compito del legislatore introdurre apposite disposizioni [...], allo scopo di eliminare le eventuali lacune che non possano essere colmate mediante gli ordinari strumenti interpretativi dai giudici ed anche dalla pubblica amministrazione, qualora ciò sia ammissibile”³⁸³.

La consulta proseguì il proprio ragionamento sostenendo come il ricorso agli ordinari strumenti interpretativi consentisse di individuare una precisa regolamentazione della fecondazione eterologa, più che sufficiente a sfatare il mito del c.d. vuoto legislativo, in quanto esistevano (ed esistono) norme che disciplinano i requisiti oggettivi e soggettivi di accesso alla PMA, sul consenso informato, attinenti alle modalità tecniche di svolgimento della pratica di procreazione assistita ed alle strutture a ciò autorizzate, e così via.

L’accoglimento delle questioni, in coerenza con il *petitum* formulato dai rimettenti, comporta, infatti, a parere della Corte, l’illegittimità del divieto in esame, esclusivamente in riferimento al caso in cui sia stata accertata l’esistenza di una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute.

In particolare, secondo quanto stabilito dagli artt. 1, co. 2, e 4, co. 1, della legge n. 40 del 2004, all’evidenza direttamente riferibili anche alla PMA di tipo eterologo, il ricorso alla stessa, una volta dichiarato illegittimo il censurato

³⁸² Corte Cost., cit., undicesimo punto del *Considerato in diritto*.

³⁸³ *Ibidem*.

divieto, deve ritenersi consentito solo “qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere” le cause di sterilità o infertilità e sia stato accertato il carattere assoluto delle stesse, dovendo siffatte circostanze essere “documentate da atto medico” e da questo certificate.

Il ricorso a questa tecnica, non diversamente da quella di tipo omologo, deve, inoltre, osservare i principi di gradualità e del consenso informato stabiliti dal citato art. 4, co. 2. Nessuna lacuna sussiste in ordine ai requisiti soggettivi, poiché la dichiarata illegittimità del divieto non incide sulla previsione recata dall'art. 5, co. 1, di detta legge, che risulta ovviamente applicabile alla PMA di tipo eterologo (come già a quella omologa)³⁸⁴.

L'unico aspetto su cui la Corte riconobbe la mancanza di un'indicazione precisa nel nostro quadro normativo di riferimento, era quello riguardante l'eventuale aggiornamento delle Linee guida – possibilmente alla luce delle discipline stabilite in altri Paesi europei – con riferimento al numero di donazioni per ciascun donatore, da contenere entro un limite ragionevolmente ridotto.

Come prevedibile in ambiti così discussi, all'indomani della sentenza n. 162/2014 è nato un vivace dibattito – in dottrina ed in politica – circa le sue conseguenze pratiche, nonostante il Giudice costituzionale avesse inteso disegnare, come visto, la normativa applicabile, lasciando intendere che fosse già possibile soddisfare immediatamente le richieste delle coppie.

Molti hanno auspicato la necessità di una nuova legge, mentre altri ritenevano che fino a quando non fossero intervenuti i decreti ministeriali o nuove linee guida³⁸⁵, i centri autorizzati alle tecniche di PMA avrebbero dovuto attendere ad accettare le richieste avanzate dalle coppie di accedere alla procreazione di tipo eterologo.

Per quanto riguarda la donazione di gameti in senso stretto, poteva ritenersi applicabile il D. Lgs. n. 197/2007³⁸⁶, attuativo della direttiva 2004/23/UE e relativo alle “norme di qualità e di sicurezza per la donazione,

³⁸⁴ *Ibidem*. Con riferimento, in particolare, alla costituzionalità dei requisiti soggettivi di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, si approfondirà meglio *infra* nella prima parte del Capitolo 3.

³⁸⁵ Come già accennato *supra* nel Par. 6.4, le linee guida interverranno con decreto ministeriale del 1 luglio 2015, firmato dall'allora Ministro della Salute Beatrice Lorenzin.

³⁸⁶ Entrato in vigore il 24 novembre 2007.

l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani”, sulla cui stregua vennero poi emanati il D. Lgs. nn. 16/2010 e 85/2012³⁸⁷, che andavano a completare il quadro normativo disciplinando le “prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani, nonché per quanto riguarda le prescrizioni in tema di rintracciabilità, la notifica di reazioni ed eventi avversi gravi e determinate prescrizioni tecniche per la codifica, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani”.

Il 3 settembre 2014 le società scientifiche italiane di medicina della riproduzione, biologia, embriologia e andrologia stilarono le “Linee guida per la donazione dei gameti”, nelle quali si chiarirono i concetti e modalità della donazione e della ricezione di gameti donati³⁸⁸: tuttavia, il Governo ritenne di non intervenire con un provvedimento normativo, lasciandone la competenza al Parlamento³⁸⁹.

Nell'attesa dell'intervento del legislatore, il 4 settembre 2014 la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome adottò poi delle linee guida³⁹⁰, ipotizzando le disposizioni di indirizzo per consentire l'avvio delle tecniche di PMA di tipo eterologo: lo scopo era quello di rendere omogeneo su tutto il territorio nazionale l'accesso a tale procedura, concordando delle direttive che avrebbero dovuto essere recepite a livello regionale, con delibera della giunta o specifico provvedimento.

³⁸⁷ Entrati in vigore rispettivamente il 05 marzo 2010 ed il 11 luglio 2012.

³⁸⁸ Il documento è stato firmato dalle società SIFES, AGUI, AOGOI, CECOS, SIA, SIAMS.SIDR, SIERR, SIFR, SIOS ed è consultabile in www.sifes.it.

³⁸⁹ A. Maccaro, “*La procreazione medicalmente assistita eterologa*”, in M. de Tilla, L. Militerni, U. Veronesi (a cura di), cit., p. 40 – 41.

³⁹⁰ Si tratta del “*Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale nr. 162/2014*”, consultabile in www.regioni.it, con il quale si davano: regolamentazione ai centri medici autorizzati, indicazioni cliniche per l'accesso alla PMA eterologa, modalità di selezione dei donatori con i necessari esami clinici, fissazione di limiti di età per gli stessi ecc. Esso, tuttavia, rappresenta un mero atto di indirizzo, privo di concreto valore normativo. Ad oggi, non tutte le Regioni italiane hanno recepito queste linee guida attraverso una delibera della giunta comunale: in particolare si sono adeguate Lazio, Puglia, Abruzzo, Umbria, Marche, Emilia-Romagna, Molise, Liguria, Piemonte, Lombardia, Veneto e Friuli – Venezia Giulia, Sicilia. In particolare, l'orientamento delle Linee guida è quello di assimilare la fecondazione eterologa a quella omologa, con un costo di ticket parti a circa 500 euro: tuttavia, la regione Lombardia ha accolto il servizio della fecondazione con donazione soltanto a pagamento (con un costo superiore ai 3.000 euro). È per questo che risulta auspicabile un intervento del legislatore, affinché vengano vagliate delle regole omogenee, anche in tema di quantificazione economica (A. Maccaro, *op. cit.*, p. 49).

L'allora Ministro della salute Beatrice Lorenzin auspicò anche l'adozione di un decreto legge³⁹¹ volto a regolamentare alcuni degli aspetti non coperti dalla pronuncia costituzionale, nel quale di fondamentale importanza risultava inserire la fecondazione assistita – eterologa ed omologa – nei “livelli essenziali di assistenza” (detti anche LEA), con conseguente realizzazione delle stesse a carico del Servizio Sanitario Nazionale³⁹² per le donne fino a 43 anni, per un massimo di tre cicli, vincolando una quota del Fondo Sanitario Nazionale per permettere l'accesso alla PMA nei centri pubblici.

L'approvazione di tale testo legislativo, tuttavia, venne bloccata dal Consiglio dei Ministri, rendendo pertanto difficoltosa l'applicazione della PMA eterologa nei centri pubblici e lasciando invece liberi quelli privati di fornirla alle coppie richiedenti, senza una puntuale ed uniforme regolamentazione.

Con L. 23 dicembre 2014, n. 190, all'art. 1, co. 298³⁹³, il Parlamento approvò l'istituzione del Registro nazionale dei donatori di gameti per la PMA di tipo eterologo, al fine di garantire la tracciabilità del percorso delle cellule riproduttive dal donatore al nato e viceversa ed anche il conteggio delle nascite derivanti da un medesimo donatore; le strutture sanitarie autorizzate al prelievo ed al trattamento delle cellule riproduttive dovevano, pertanto, da quel momento,

³⁹¹ Il testo è tratto dall'audizione del Ministro della salute Lorenzin, presso la XII Commissione della Camera dei Deputati, tenutasi in data 29 luglio 2014, reperibile in M. D'Amico e M. P. Costantini (a cura di), *“L'illegittimità costituzionale del divieto della “fecondazione eterologa”. Analisi critica e materiali”*, 2014.

³⁹² Così evitando irragionevoli discriminazioni economiche tra le coppie che si sottopongono a tali pratiche ed indicando dettagliatamente le modalità concrete attraverso le quali, in tema di fecondazione eterologa, deve avvenire tale pratica ed i criteri per la selezione dei donatori.

³⁹³ Recante le *“Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato”* (legge di stabilità 2015), il cui art. 1, co. 298, recita: “Al fine di garantire, in relazione alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, la tracciabilità del percorso delle cellule riproduttive dal donatore al nato e viceversa, nonché il conteggio dei nati generati dalle cellule riproduttive di un medesimo donatore, è istituito, presso l'Istituto superiore di sanità, Centro nazionale trapianti e nell'ambito del Sistema Informativo Trapianti (SIT) di cui alla legge 10 aprile 1999, n. 91, il Registro nazionale dei donatori di cellule riproduttive a scopi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, ove sono registrati tutti i soggetti ammessi alla donazione, mediante l'attribuzione ad ogni donatore di un codice. A tal fine, le strutture sanitarie autorizzate al prelievo e al trattamento delle cellule riproduttive comunicano al Registro i dati anagrafici dei donatori, con modalità informatiche specificamente predefinite, idonee ad assicurare l'anonimato dei donatori medesimi. Fino alla completa operatività del Registro, i predetti dati sono comunicati al Centro nazionale trapianti in modalità cartacea, salvaguardando comunque l'anonimato dei donatori. Agli oneri derivanti dal presente comma, quantificati in euro 700.810 per l'anno 2015 e in euro 150.060 a decorrere dall'anno 2016, si provvede mediante corrispondente riduzione dell'autorizzazione di spesa recata dall'articolo 1, comma 1, lettera a), del decreto-legge 29 marzo 2004, n. 81, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 marzo 2004, n. 138”. Ha fatto discutere l'istituzione del Registro presso il SIT e non presso i Centri di procreazione medicalmente assistita, come invece prevede la prassi in tutta Europa, che, tra le altre cose, garantirebbe anche maggiore anonimato per i donatori.

comunicare al Registro i dati anagrafici del donatore, assegnandovi un codice per garantirne l'anonimato.

In particolare, i donatori dovevano essere di età compresa tra i 18 e i 40 anni per gli uomini, tra i 20 e i 35 per le donne; al fine di creare un ambiente familiare che potesse essere geneticamente verosimile, il Centro di PMA avrebbe dovuto assicurare la compatibilità delle caratteristiche fenotipiche del donatore con quelle della coppia ricevente; la donazione doveva essere rigorosamente gratuita e le cellule riproduttive di un medesimo donatore non potevano determinare più di dieci nascite.

Nonostante tale intervento, tuttavia, l'applicazione delle tecniche di PMA eterologa a seguito della pronuncia costituzionale del 2014 non poteva dirsi omogenea e la situazione non si modificò di molto neanche dopo il 1 luglio 2015, data in cui intervenne il decreto di aggiornamento delle Linee Guida in materia di procreazione assistita³⁹⁴. Tale decreto stabilì, per l'accesso alla fecondazione eterologa, che:

- è necessaria una comprovata situazione di sterilità di uno dei due *partners*, o di entrambi, in cui non si possa in alcun modo disporre di propri gameti competenti;
- è vietato scegliere le caratteristiche fenotipiche dei donatori, per evitare il rischio di selezione eugenetica degli embrioni;
- è possibile la c.d. “doppia eterologa”, ossia la donazione sia dell'ovulo che dello spermatozoo, qualora la coppia richiedente fosse affetta da sterilità sia della componente femminile che di quella maschile;
- è lecito il cosiddetto “*egg/sperm sharing*”, ossia la possibilità in capo a uno dei componenti della coppia ricevente di essere a sua volta anche donatore di gameti per altre coppie che accedono alla PMA eterologa;
- il figlio nato attraverso fecondazione eterologa è da considerarsi figlio legittimo, recidendo ogni rapporto di parentela con i donatori biologici (grazie alle regole sull'anonimato).

³⁹⁴ Già descritto nel par. 6.4. del presente capitolo con riferimento all'analisi genetica preimpianto, ed i cui riferimenti sono indicati nella nota n. 317.

Alla luce del quadro normativo appena prospettato, risulta dunque ancora auspicabile un pronto intervento del legislatore, unico soggetto idoneo a dare una regolamentazione della materia che sia uniforme ed applicabile all'intero territorio nazionale, garantendo tutti i diritti in gioco ed anche i livelli minimi di prestazione sanitaria.

Capitolo 3

Le questioni aperte e lo sguardo comparato

Sommario: 1. Premessa. Cosa resta della L. 40/2004; 2. Coppie same sex e fecondazione assistita; 2.1. Coppie omosessuali e turismo procreativo; 2.1.1. Legge n. 76/2016 e riconoscimento normativo delle coppie same sex; 2.2. Il divieto di accesso alle coppie same sex è ancora attuale?; 3. L'utilità di una analisi comparata sul tema della PMA; 3.1. La fecondazione assistita in Europa. La Francia; 3.1.1. La normativa tedesca; 3.1.2. La legislazione spagnola; 3.1.3. Il Regno Unito; 3.2. La diagnosi genetica preimpianto in Europa; 3.2.1. La normativa spagnola, il Regno Unito e la Germania; 3.2.2. [segue] Portogallo e Francia; 3.3. Spunti per il legislatore italiano.

1. Premessa. Cosa resta della L. 40/2004.

Sono trascorsi ormai tredici anni dal fallimento del *referendum* di abrogazione totale della legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita proposto nel 2005; è innegabile, tuttavia, che i progressivi interventi della Corte costituzionale abbiano cassato i punti più qualificanti di tale testo legislativo, lasciando la maggior parte delle tematiche prive di una puntuale regolamentazione ed ottenendo pressappoco il medesimo risultato di una ablazione integrale.

La giurisprudenza, in sostanza, si è imposta come “paladina della giustizia etico – sociale e di valori che vengono dal basso nascenti nelle pieghe della società e a portavoce di istanze sociali di cambiamento che serpeggiano in seno alla collettività, in un frangente politico fragile, ove il legislatore langue e, poiché privo di un solido appoggio da parte della maggioranza, si trova in uno stato di impotenza e di incapacità di traslare in disposizioni positive i bisogni che vanno espandendosi a macchia d'olio nella comunità dei consociati. È proprio a fronte di questa acclarata inerzia legislativa e di discipline lacunose che le Corti di merito e di legittimità da emblemi di un potere statale ancorato al conservatorismo si sono sempre più aperte alle esigenze della società,

affacciandosi nel mondo reale e confrontandosi quotidianamente con i problemi che attanagliano i suoi protagonisti, in un'opera di massiccia supplezza e animata dall'obiettivo di promozione del fatto a metro del diritto”³⁹⁵.

Il progressivo aumento dell'interesse relativo al cambiamento dei costumi sociali rappresenta un valido strumento per mantenerci allineati ad orientamenti più innovativi del nostro, nonché al passo con i tempi scanditi a livello europeo; grazie a ciò, ci stiamo forse sempre di più avvicinando ad un nuovo modello di famiglia e filiazione – reso possibile sicuramente anche grazie alle sempre più insistenti battaglie operate dal movimento LGBT³⁹⁶ – che prevede di rivedere i contorni di ciò che credevamo giusto e sbagliato in tema di diritto di famiglia, in nome di una tradizione che ormai risulta ai più troppo rigida ed anacronistica.

La giurisprudenza, tuttavia, non può giungere sino al punto di mutare il dettato legislativo – compito che spetta unicamente al legislatore – e pertanto, a chiusura di questo contributo sull'analisi giuridica della PMA in Italia, avendo innanzitutto analizzato quanto accaduto nel passato, è necessario ora porre lo sguardo verso il futuro, prospettando degli spunti di riflessione per il legislatore che (forse) verrà, al fine di comprendere che cosa resta della L. 40/2004, se sia sufficiente a regolare il tema (affiancato magari da Linee guida aggiornate), ovvero se sia necessaria una ristesura completa, posto che alcune tematiche – quali l'accesso per le coppie omosessuali alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, alla luce dell'intervenuta eliminazione del divieto di fecondazione eterologa – sono rimaste ai margini degli interventi giurisprudenziali sinora analizzati.

Verrà effettuata anche un'analisi di alcune delle principali normative europee sul fenomeno della procreazione assistita (con particolare riferimento agli argomenti della fecondazione eterologa e della diagnosi genetica preimpianto) per verificare se ivi possa essere preso qualche spunto al fine di dare la tanto agognata puntuale regolamentazione a questo campo del vivere umano, la quale, tuttavia, non dovrà tradursi in un'accozzaglia di rigorosi

³⁹⁵ C. Fossà, “*Il paradigma del best interest of the child come roccaforte delle famiglie arcobaleno*”, in *Giur. It.*, 2017, fasc. 10, c. 2092.

³⁹⁶ LGBT è una sigla utilizzata quale termine collettivo per riferirsi a persone Lesbiche, Gay, Bisessuali e Transgender.

caratteri e limiti dell'istituto a discrezionalità del legislatore, bensì dovrà configurarsi quale un intervento che tenga conto dell'evoluzione che si è susseguita sul tema e che dia le sole indicazioni necessarie e sufficienti a far dimenticare il passato ed a tenere conto di un presente multiforme, rispettoso dei diritti di tutti – davvero, stavolta – i soggetti coinvolti.

Porre il problema di nuove regole, infatti, non significa necessariamente proporre una giuridicizzazione rigida che imbrigli la scienza e leda le richieste, i bisogni e diritti maturati in forza delle tecnologie della libertà³⁹⁷.

2. Coppie *same sex* e fecondazione assistita.

Secondo molti partecipanti al dibattito pubblico sul tema della procreazione medicalmente assistita, vi sarebbero valide ragioni per limitarne l'accesso alle sole coppie eterosessuali, escludendo pertanto quelle formate da persone dello stesso sesso e le persone sole, inclusi coloro che sono rimasti tali per decesso del coniuge.

La radice di queste limitazioni di costituzione di *status* familiari non tradizionali, discende dal fatto che l'ordinamento considera prevalente la bi – genitorialità costruita sul binomio uomo – donna, come se questo integrasse un principio ineludibile ed essenziale per garantire lo sviluppo del bambino; il fenomeno dell'emersione di diverse relazioni intersoggettive all'interno della macro categoria delle relazioni affettive, è ormai così ingente da richiedere una tutela sistematica di queste situazioni (che prima erano sconosciute, ovvero ritenute minoritarie), creando un articolato normativo capace di astrarsi dagli stereotipi ai quali siamo ormai da troppo tempo abituati³⁹⁸.

Limitando la trattazione alle sole coppie omosessuali, viene da chiedersi quali furono i motivi che spinsero il legislatore del 2004 ad escluderle dall'elenco dei soggetti idonei a potersi sottoporre ai trattamenti di PMA, e se tali motivazioni fossero condivisibili alla luce di quanto analizzato sinora –

³⁹⁷ E. D'Antuono, “*Bioetica*”, 2007, pp. 47 – 48.

³⁹⁸ A. Vesto, cit., p. 41.

principalmente in tema di fecondazione eterologa – e dell'evoluzione dell'istituto familiare, ivi compresi tutti i rapporti interpersonali che ruotano intorno ad esso.

Ciò, in quanto l'art. 5, co. 1, della L. 40/2004 stabilisce testualmente che “possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambe viventi”.

La ragione principale per cui nel corso del dibattito parlamentare si propose di escludere dall'accesso le coppie formate da persone dello stesso sesso, era che già solo i divieti di fecondazione eterologa (ormai caducato), di cessione di gameti e quello di ricorrere alla maternità surrogata, erano di per sé sufficienti a limitare la PMA alle sole coppie eterosessuali.

Tuttavia, vi furono ulteriori motivazioni a queste indipendenti: in particolare, si riteneva importante garantire ai nati da procreazione assistita la doppia figura genitoriale, materna e paterna, considerata indispensabile per uno sviluppo psichico equilibrato ed atto a garantire le migliori forme di assistenza³⁹⁹.

Si è ritenuto, in particolare, che consentire alle coppie omosessuali di accedere alla PMA avrebbe comportato il rischio di privare i nati della “possibilità di identificarsi con il genitore dello stesso sesso e di distinguersi da quello di sesso opposto”⁴⁰⁰, con gravi conseguenze sullo sviluppo psichico del minore, tra cui l'impossibilità di sviluppare un'identità di genere ed un consolidato orientamento sessuale.

Bisogna pertanto ora soffermarsi sul cercare di comprendere se l'ambiente omosessuale sia o meno davvero idoneo alla crescita ed allo sviluppo di un minore e se, di conseguenza, esso possa essere considerato il preludio per l'apertura dell'accesso alle tecniche di PMA anche a questi soggetti.

³⁹⁹ F. D'Agostino, “*Etica della fecondazione assistita*”, in AA. VV., *La fecondazione assistita: Documenti del Comitato Nazionale per la Bioetica*, Dipartimento per l'informazione e l'editoria della Presidenza del Consiglio dei ministri, 1996, p. 136.

⁴⁰⁰ E. Sgreccia, “*Problemi etici della fecondazione artificiale*”, in AA. VV., *op. ult. cit.*, pp. 167 – 168.

Un passaggio obbligato, a tal proposito, risulta essere il ripercorrere brevemente la giurisprudenza in materia di omogenitorialità, nel tentativo di tracciare lo sfondo sul quale si colloca la riflessione della PMA rispetto alle coppie *same sex*.

Già nel 1984, il Tribunale di Napoli affermava che “l'omosessualità [...] è una condizione personale e non certo una patologia, così come le condotte e le relazioni omosessuali non presentano, di per sé, alcun fattore di rischio o di disvalore giuridico, rispetto a quelle eterosessuali”⁴⁰¹.

L'omosessualità del genitore non è stata, successivamente, ritenuta elemento ostativo agli obiettivi della riforma sull'affido condiviso⁴⁰², essendo di per sé condizione ininfluyente e giuridicamente neutra, salvo che non minasse o rischiasse di compromettere l'equilibrio psico – fisico del minore (criterio, tuttavia, che viene valutato anche nel caso di genitorialità eterosessuale).

Alcune decisioni hanno poi disposto l'affidamento di un minore ad una coppia omosessuale, ritenendo un mero pregiudizio la convinzione che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia costituita da una coppia di persone dello stesso sesso⁴⁰³: le motivazioni di tali pronunce si sono interamente basate sul fatto concreto e sulla necessità di far prevalere l'interesse del minore.

Sul punto si è poi espressa anche la Corte di Cassazione nel 2013⁴⁰⁴. La Prima Sezione Civile dichiarò, infatti, come fosse necessario dimostrare il reale

⁴⁰¹ Tribunale di Napoli, 18 dicembre 1984, in *Dir. delle Pers. e della Fam.*, 1985, pp. 229 ss. A tale pronuncia ne sono susseguite diverse altre tra cui, ad esempio: Tribunale di Napoli, 28 giugno 2006 (in *Corr. merito*, 2006, fasc. 8 – 9, pp. 984 ss.), confermata da App. Napoli, 11 aprile 2007, n. 1067 (in *Corr. Merito*, 2007, fasc. 6, pp. 701 ss.), confermata da Cass. Civ. Sez. I, 18 giugno 2008, n. 16593 (in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, fasc. 6, pp. 974 ss.).

⁴⁰² Si tratta della L. 8 febbraio 2006, n. 54, recante le “*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*”.

⁴⁰³ Si tratta delle pronunce del Tribunale di Parma – Giudice Tutelare, 3 luglio 2013, del Tribunale per i minorenni di Bologna, 31 ottobre 2013 e del Tribunale per i minorenni di Palermo, 4 dicembre 2013, tutte consultabili in www.articolo29.it.

⁴⁰⁴ Corte di Cassazione, 11 gennaio 2013, n. 601, in *Giur. It.*, 2013, fasc. 5, c. 1036 ss. Il caso posto alla base di tal pronuncia, riguardava un minore che venne affidato alla cura della madre, legata da una relazione sentimentale con un'altra donna; il padre decise di agire in giudizio in quanto riteneva che quel nucleo familiare non fosse idoneo, dal punto di vista educativo, a garantire un normale sviluppo del bambino, con riferimento ai diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio (art. 29 Cost.) ed al diritto fondamentale del minore di essere educato secondo i principi educativi e religiosi di entrambi i genitori (il padre, nel caso di specie, professava la religione musulmana). Nei precedenti gradi di giudizio, il ricorso del padre era stato sempre rigettato, in quanto l'affidamento esclusivo del minore alla madre era stato disposto nell'interesse del minore, il quale aveva sviluppato un sentimento di rabbia

pregiudizio subito dal minore, per poter affermare che l'ambiente omosessuale fosse per lui dannoso; l'inammissibilità venne disposta sulla base della riscontrata mancanza di prove in riferimento a quanto sostenuto dal padre del bambino: “alla base della doglianza del ricorrente non sono poste certezze scientifiche o dati dell'esperienza, bensì il mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale. In tal modo si dà per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino”⁴⁰⁵.

Può pertanto dirsi assodato nel nostro ordinamento che l'omosessualità del genitore non può rappresentare un criterio per disporre l'affidamento esclusivo all'altro genitore o tale da incidere sulle condizioni dell'affidamento condiviso, non potendo tale caratteristica costituire di per sé un elemento di inidoneità educativa.

È anzi vero il contrario: un atteggiamento di avversione nei confronti dell'omosessualità — o della diversità in genere — può rappresentare esso stesso un danno per il minore, il cui benessere viene così intrinsecamente legato alla presenza di un ambiente familiare caratterizzato da apertura mentale e rispetto della dignità delle persone⁴⁰⁶.

Ciò che traspare da questa sentenza, è la volontà della Corte di proteggere una questione che non solo sorvola la società civile, ma che sta, lentamente, presentandosi in modo cadenzato anche all'interno delle aule di giustizia⁴⁰⁷.

L'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione si ritrova anche sul piano sovranazionale; nel 1999, la Corte di Strasburgo ha individuato nel diniego del diritto di visita della figlia nei confronti del padre, convivente con persona dello stesso sesso, una violazione del principio di non discriminazione sancito dall'art. 14 della CEDU⁴⁰⁸.

nei confronti del genitore, quando quest'ultimo era stato coinvolto in un episodio violento ai danni della convivente della madre.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, paragrafo terzo dei Motivi della decisione.

⁴⁰⁶ M. M. Winkler, “*La Cassazione e le famiglie ricomposte: il caso del genitore convivente con persona dello stesso sesso*”, in *Giur. It.*, 2013, fasc. 5, c. 1039 ss.

⁴⁰⁷ I. Bedeschi, “*L'ambiente omosessuale non è dannoso per il minore. Cass. 601/2013*”, in *www.personaedanno.it*, 2013, p. 2.

⁴⁰⁸ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 21 marzo 2000, ric. n. 33290/96, in *Dr. famille*, 2000, comm. 45: in primo grado, il Tribunale di Lisbona aveva disposto l'affidamento della figlia in capo alla madre con diritto di visita del padre, dopo che una consulenza psichiatrica aveva rivelato che l'inidoneità educativa

Ci si sta addentrando in un discorso ricco di sfaccettature e possibili ripercussioni su diversi ambiti della vita quotidiana; dichiarare, infatti, che per considerare dannoso per il minore l'ambiente in cui due soggetti dello stesso sesso sono uniti in una relazione sentimentale sono necessarie prove concrete, potrebbe equivalere a dire che non è più molto convincente l'ipotesi della famiglia rigorosamente fondata sull'unione di un uomo e una donna.

Affermare ciò, però, significherebbe anche aprire un dibattito su quello che discenderebbe dal considerare meritevole di tutela la coppia omosessuale, tra cui il diritto al matrimonio, all'adozione ed anche all'accesso alla PMA, che più ci interessa in questa sede.

Si può comprendere, quindi, perché il legislatore fosse stato molto cauto nell'addentrarsi in questo tema così ricco di possibili conseguenze, che potevano minare tutto quello che credevamo essere la famiglia e ciò che ad essa si ricollegava. È in quest'ottica, forse, che nel 2004 venne deciso di circondare l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita di cautele: come si è visto, molte sono risultate esageratamente limitative e per questo sono state oggetto del vaglio costituzionale e non solo.

Il criterio della differenza di sesso, invece, ancora non oggetto di intervento costituzionale, appare anacronistico se si pensa ai progressi che la società civile sta vivendo e vivrà sicuramente in un futuro più o meno vicino, ma di fatto oggi ancora pregnante in un paese come l'Italia, così ancorato ai principi che hanno regolato e regolano tutt'oggi la famiglia, ad aprirsi verso nuovi inesplorati orizzonti, quali quello dell'accessibilità alla PMA per le coppie *same sex*.

non derivava dalla presenza del compagno del padre — cui peraltro erano stati addebitati, del tutto infondatamente, episodi di abuso della bambina — bensì dalla nonna materna, che giudicava immorale la relazione del padre con una persona dello stesso sesso. La Corte d'appello, invece, pur facendo proprie le conclusioni del giudice di prime cure, aveva ribaltato completamente la situazione, offrendo una lettura non più incentrata sulla figlia contesa, ma sulla relazione omosessuale esistente tra il padre e il suo compagno. La Corte di Strasburgo rilevò, invece, l'esistenza di una discriminazione tra la madre e il padre, al quale i giudici d'appello avevano riservato un trattamento discriminatorio unicamente in ragione del suo orientamento sessuale, discriminazione tuttavia che Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo non tollera.

Coloro che giustificano il divieto di accesso alla procreazione assistita alle coppie formate da persone dello stesso sesso, come si è visto⁴⁰⁹, lo hanno fatto richiamando presunti diritti fondamentali dei minori che da tali tecniche possono nascere, quali quello alla doppia genitorialità, ad un ambiente familiare stabile e sereno, al sano sviluppo psico – fisico.

Tuttavia, richiamarsi a supposti diritti fondamentali di soggetti che ancora non sono nati per legittimare un divieto, comporta un “abuso del concetto di diritto soggettivo [...]. Pretendere di restringere la libertà procreativa per impedire la nascita di bambini che sarebbero allevati da un solo genitore, da due genitori dello stesso sesso o da persone diverse dai loro genitori genetici significa affermare che per un bambino sia meglio non esistere che crescere in una famiglia non 'naturale'. [...] Il punto fondamentale è che l'alternativa non è tra crescere in una famiglia 'naturale' e crescere in una famiglia non 'naturale', ma tra quest'ultima opzione e il non esistere affatto. Non si tratta di decidere se un bambino debba essere allevato dai propri genitori genetici o meno. Si tratta di decidere se fare nascere o meno un bambino che non sarà allevato da (entrambi) i propri genitori genetici”⁴¹⁰.

2.1. Coppie omosessuali e turismo procreativo.

A fronte del divieto letterale per cui, in Italia, unicamente coppie di sesso diverso possono accedere alla PMA, vi è il dato di fatto per cui quelle formate da persone dello stesso sesso (molto numerose) si sono spesso rivolte a centri medici esteri – ove non soltanto l'accesso è loro consentito, bensì anche giuridicamente riconosciuto – per poter soddisfare il proprio desiderio di genitorialità.

Tuttavia, al rientro nel nostro Paese, sorgevano diversi problemi a seguito della loro richiesta di trascrizione di un provvedimento straniero costitutivo di uno *status filiationis*, in presenza di due madri o due padri: “simili vicende hanno mostrato la schizofrenia del sistema e l'attribuzione di un significativo potere

⁴⁰⁹ *Supra*, p. 159.

⁴¹⁰ N. Riva, *op. cit.*, p. 193.

discrezionale ai giudici e agli operatori giuridici (ufficiali di stato civile, polizia di frontiera, autorità consolari), esercitato sulla base delle sensibilità individuali delle condizioni personali dei protagonisti del caso, con un significativo tasso di occasionalità⁴¹¹. Sotto questo profilo, tuttavia, andrebbe attentamente verificato se più che di un potere discrezionale, si possa sfociare nel rischio di arbitrio, alla luce delle ampie diversità che hanno caratterizzato le singole vicende e degli opposti esiti giudiziari.

Si sono infatti susseguiti diversi casi in cui, con pronunce antitetiche, si sono date risposte diametralmente opposte al problema della trascrivibilità del certificato di nascita formato all'estero, di volta in volta sottoposto all'attenzione dei giudici di merito.

Con sentenza del 2016⁴¹², finalmente, la Suprema Corte di Cassazione ha stabilito sul punto che il riconoscimento e la trascrizione nei registri dello stato civile italiani di un atto di nascita straniero validamente formato in un altro Paese dell'Unione Europea (nel caso di specie, la Spagna), nel quale risulti che il minore è figlio di due donne – una italiana che ha donato l'ovulo, fecondato con gamete maschile di terzo anonimo, e una spagnola che lo ha partorito – nell'ambito di un progetto genitoriale realizzato dalla coppia, ivi legalmente coniugata, non contrastano con l'ordine pubblico; ciò, in quanto non rileva che la tecnica procreativa utilizzata all'estero non sia riconosciuta dall'ordinamento italiano dalla legge n. 40/2004, né la regola secondo cui è madre colei che ha partorito, racchiusa nell'art. 269, co. 3 c.c., risulta principio fondamentale di rango costituzionale, ne esiste a livello di principi costituzionali primari, ovverossia di ordine pubblico ed immutabili da parte del legislatore ordinario, alcun divieto per le coppie omosessuali di accogliere e generare figli.

⁴¹¹ A. Lorenzetti, *“Coppie same – sex e fecondazione assistita. La progressiva decostruzione del paradigma familiare”*, in M. Azzalini (a cura di), cit., p. 117.

⁴¹² Corte di Cassazione, 30 settembre 2016, n. 19599, in *Giur. It.*, 2016, fasc. 10, c. 2075 ss. Il caso posto alla base di tale pronuncia riguardava una coppia formata da due donne, una italiana e una spagnola coniugatesi in Spagna: la donna spagnola aveva portato in grembo e partorito il figlio ottenuto da ovulo della donna italiana e sperma di un donatore. Successivamente, le due donne avevano formalizzato divorzio congiunto, con previsione di affidamento condiviso del minore ad entrambe e conseguente condivisione della responsabilità genitoriale. Il rifiuto da parte dell'ufficiale di stato civile di trascrizione dell'atto di nascita in Italia, confermato dal Tribunale di prime cure, venne ribaltato dalla Corte d'Appello e successivamente, appunto, in sede di legittimità.

Il giudice, nella valutazione della compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero, deve verificare se quest'ultimo contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo desumibili dalla Costituzione, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, dovendo inoltre avere sempre riguardo al principio, di rilevanza costituzionale primaria, dell'interesse superiore del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla continuità e alla conservazione dello *status filiationis* validamente acquisito all'estero⁴¹³.

Tale sentenza risulta evidentemente di decisiva importanza in materia di filiazione per le coppie omosessuali, poiché risolve alcuni nodi giuridici molto rilevanti: se sussista o meno un rapporto di filiazione valido, nel caso di specie, anche per il diritto italiano, valutando se l'atto di nascita sia conforme all'ordine pubblico; se tale atto possa e debba essere trascritto nel registro dello stato civile italiano⁴¹⁴.

La *ratio* di questa pronuncia risulta essere la centralità del *best interest of the child*⁴¹⁵ in tema di famiglia e filiazione, mentre l'elemento della genitorialità si erge a presupposto dell'obiettivo di tutela dell'interesse del minore, motivo per il quale esso deve essere sondato ponendolo sotto una lente giuridica dinamica, scrutandolo da angolazioni idonee a coglierne l'evoluzione in conformità e di pari passo al progresso del diritto, al fine di potenziarne il riconoscimento anche nell'ambito della omogenitorialità, categoria da annoverare ormai a pieno titolo

⁴¹³ *Ibidem*.

⁴¹⁴ C. Fossà, *op. cit.*, c. 2083.

⁴¹⁵ L'espressione *best interest of the child* viene per la prima volta utilizzata nella Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1959. Tale criterio, nella giurisprudenza nazionale ed internazionale, viene considerato l'obiettivo da tutelare e garantire contro ogni forma di discriminazione. La centralità dell'interesse morale e materiale del figlio si rinviene in numerose disposizioni interne, tra cui: la nostra Costituzione (ove il minore vanta il diritto a crescere in un ambiente familiare sano ed equilibrato); la L. 19 maggio 1975, n. 151 di riforma del diritto di famiglia; la L. 4 maggio 1983 n. 184 recante le disposizioni in tema di adozione ed affidamento di minori; la L. 10 dicembre 2012 n. 219 di riforma della filiazione. In ambito sovranazionale, inoltre, tra gli altri: l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea riconosce al figlio il diritto ad intrattenere relazioni stabili e significative con entrambi i genitori, indipendentemente dal loro sesso ed orientamento sessuale, diritto suscettibile di limitazioni soltanto ove ciò risulti nel suo superiore interesse; la Convenzione di New York del 1989, la Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli del 1996 e l'art. 23 del Reg. n. 2201/2003 subordinano il limite dell'ordine pubblico – in tema di competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e responsabilità genitoriale – all'interesse superiore del figlio minore. Per un approfondimento sul tema del *best interest of the child*, si veda E. Lamarque, "Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale", 2016.

tra le fila del macrosistema famiglia, calato interamente nella storia, e dunque compatibile con i principi fondamentali del nostro ordinamento⁴¹⁶.

La Corte ritiene che l'unione tra persone dello stesso sesso si inquadri nella più ampia categoria delle formazioni sociali nelle quali, *ex art. 2* della Costituzione, si svolge la personalità degli individui; la diversità di sesso tra i coniugi non può, pertanto, diventare fonte di discriminazione nei confronti dei figli, non potendo giustificare una condizione deteriore per i medesimi né tantomeno incidere negativamente sul loro *status*, considerato che il contenuto dei diritti e doveri che caratterizzano il rapporto genitori – figli, è identico.

Ad oggi, inoltre, come già accennato, non esistono dati concreti né certezze scientifiche circa le eventuali ripercussioni negative sulla crescita ed educazione del minore che viva in un contesto quotidiano costituito da una coppia *same sex*, non potendo tale asserita dannosità essere fondata su meri pregiudizi privi di alcun riscontro empirico.

Tale indirizzo della giurisprudenza di legittimità, enunciato come visto nel 2016, è stato pienamente confermato anche in una successiva decisione della Suprema Corte del 2017⁴¹⁷, in cui i medesimi principi sono stati ribaditi con nettezza nel caso più complesso di una coppia di donne ove una sola era madre biologica (gestante e genetica) e l'altra era mera madre intenzionale, priva di qualsiasi collegamento biologico col figlio.

Evidenziando come nel caso di specie la nascita del bambino costituì un progetto condiviso della coppia, espressione di affetto e solidarietà reciproca, la Cassazione ha ribadito quanto già affermato nella propria decisione del 2016, da ritenersi senz'altro un “naturale precedente di questa”⁴¹⁸.

⁴¹⁶ C. Fossà, *op. cit.*, c. 2085.

⁴¹⁷ Corte di Cassazione, 15 giugno 2017, n. 14878, in www.articolo29.it.

⁴¹⁸ *Ibidem*, trentesimo e trentunesimo capoverso dei Motivi della decisione.

Trattandosi di PMA effettuata e perfezionata all'estero e certificata la nascita del figlio dall'atto di stato civile di uno Stato straniero, conclude la Corte, si deve necessariamente affermare che la trascrizione del medesimo atto non è contraria all'ordine pubblico (internazionale) e pertanto debba essere disposta.

2.1.1. Legge n. 76/2016 e riconoscimento normativo delle coppie *same sex*.

Alla luce di tutto quanto analizzato sinora, non possiamo che prendere atto del riconoscimento a livello giurisprudenziale delle coppie stabili, modellate sulla convivenza matrimoniale, formate da persone dello stesso sesso e della loro idoneità a prendersi cura dei propri figli⁴¹⁹.

In Italia, inoltre, con l'approvazione della Legge 20 maggio 2016, n. 76, recante la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e la disciplina delle convivenze, il legislatore, finalmente, ha definitivamente riconosciuto l'esistenza di una pluralità di modelli familiari: la famiglia coniugale, la famiglia unita civilmente, la famiglia di fatto – sia etero che omosessuale⁴²⁰.

La dottrina maggioritaria⁴²¹ ritiene che l'unione civile abbia natura familiare e pertanto, ad oggi, viene da domandarsi se, trovandoci di fronte ad una forma di famiglia legalmente riconosciuta, il riconoscimento normativo attenga soltanto ai rapporti tra i componenti della coppia, ovvero coinvolga l'intero nucleo familiare e pertanto anche gli eventuali figli di entrambi.

⁴¹⁹ A. Arceri, “*Unioni civili, convivenze, filiazione*”, in *Famiglia e diritto*, 2016, fasc. 10, p. 964.

⁴²⁰ P. Schlesinger, “*La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*”, in *Famiglia e diritto*, 2016, fasc. 10, p. 846.

⁴²¹ Si vedano in particolare: G. Ferrando, “*La disciplina dell'atto. Gli effetti: diritti e doveri*”, in *Famiglia e diritto*, 2016, fasc. 10, pp. 890 ss., che ritiene le unioni civili quale fonte di uno *status* familiare, non diverse dalla famiglia tradizionale; M. Dogliotti, “*Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?)*”, in *Famiglia e diritto*, 2016, fasc. 10, pp. 874 ss., ove nel descrivere l'unione civile afferma testualmente che ci troviamo di fronte ad “una vera e propria famiglia tra persone dello stesso sesso”; T. Auletta, “*Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia (L. 20 maggio 2016, n. 76)*”, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, fasc. 3, pp. 401 ss.; R. Fadda, “*Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*”, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, fasc. 10, pp. 1386 ss.

La L. 76/2016 non si occupa in modo esplicito dei rapporti genitori – figli; tuttavia, i diritti e i doveri scaturenti dalla relazione genitoriale prescindono dai rapporti fra i genitori, poiché la sussistenza di un vincolo coniugale (ovvero di una unione civile, o ancora l'assenza di qualsiasi vincolo) è ininfluyente sotto il profilo dei diritti e doveri nei confronti dei figli.

Ne consegue che, ad un'attenta analisi, prevedere disposizioni specifiche, all'interno della normativa sulle unioni civili, riguardanti la responsabilità genitoriale, sarebbe stato del tutto pleonastico, poiché anche alle relazioni genitoriali scaturenti all'unione civile si applicano senza dubbio alcuno le disposizioni di cui al Titolo IX del Libro I del codice civile⁴²².

In ogni caso, la legge del 2016 compie alcuni rinvii alle disposizioni in materia di filiazione⁴²³, che sarebbero privi di logicità se non si ritenesse che i membri dell'unione civile non potessero essere genitori del medesimo figlio.

Inoltre: il co. 20 di tale testo di legge espressamente prescrive che “al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole 'coniuge', 'coniugi' o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso”; il co. 36, in tema di convivenze di fatto, stabilisce ancora che con tale espressione si devono intendere “due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile”.

⁴²² M. Gattuso, “*Un bambino e le sue mamme: dall'invisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40*”, in www.questionegiustizia.it, p. 18.

⁴²³ Ad esempio, il co. 19 dell'art. 1 della L. 19 maggio 2016, n. 76 rinvia all'art. 146, co. 3 c.c., il quale consente al giudice di sequestrare i beni del coniuge che si allontana dalla residenza familiare, qualora non adempia ai doveri verso i figli; il co. 25 del medesimo articolo, inoltre, rinvia espressamente all'obbligo per il ricorrente di dichiarare la presenza di figli comuni nella domanda per ottenere lo scioglimento dell'unione civile; il medesimo co. 25, poi, rinvia al Titolo II del Libro IV del codice di procedura civile ed agli artt. 6 e 12 del D.L. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla L. 10 novembre 2014, n. 162, che prevedono i provvedimenti temporanei ed urgenti che il Presidente del Tribunale può adottare nell'interesse dei coniugi e della prole.

Dopo la L. 76/2016, in sostanza, ovunque si leggerà l'espressione “coppia”, “convivente” e “coniuge”, non si potrà fare a meno di ricomprendervi anche la coppia *same sex* unita civilmente ed il convivente di fatto dello stesso sesso.

L'unione tra persone dello stesso sesso, pertanto, rientrando come visto nella nozione di vita familiare, non può più considerare oggi come essenziale il requisito della discendenza biologica dei figli, la quale non è ormai un presupposto necessario: ciò è testimoniato dalla lenta diminuzione della rilevanza dell'aspetto biologico della maternità e della paternità nel nostro ordinamento giuridico, come testimoniato, ad esempio dalla legittimità riconosciuta alle pratiche di PMA di tipo eterologo⁴²⁴.

In sostanza, nel corso degli anni non solo si è modificato ciò che intendevamo per “famiglia”, ma anche lo stesso istituto della filiazione ha subito grandi avvicendamenti, resi possibili dall'avvento delle tecniche di fecondazione artificiale, dal progresso scientifico e dalla scissione tra sessualità e procreazione⁴²⁵; filiazione oggi non è più sinonimo di vincolo di sangue, bensì di assunzione di responsabilità da parte del genitore e della relazione di fatto che ne discende, che prescinde dalla fonte di costituzione – e della qualificazione giuridica – del rapporto di coppia.

Tuttavia, come già evidenziato, il legislatore nella normativa sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso non ha incluso specifici riferimenti al tema della filiazione, compresa nel dibattito pre – approvazione e nel testo originario del disegno di legge, ma rimasta totalmente esclusa in seguito al maxiemendamento.

Ciò, perché invece di concentrarsi sulla possibilità di dare accesso alle coppie omosessuali alle tecniche riproduttive suscettibili di decretare la nascita di un comune rapporto giuridico di filiazione⁴²⁶, si è preferito concentrarsi sulla possibilità, per la coppia sempre *same sex*, “di adottare il figlio del *partner*, da quest'ultimo/a generato, nella maggior parte dei casi, in virtù di procreazione

⁴²⁴ C. Fossà, *op. cit.*, c. 2086.

⁴²⁵ *Ibidem*, c. 2086.

⁴²⁶ R. Campione, “L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale” in M. Blasi, R. Campione, A. Figone, F. Mecenate, G. Oberto, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, 2016, p. 24.

artificiale di tipo eterologo effettuata nell'ambito di ordinamenti che ne ammettono l'accesso al *single*⁴²⁷, per poi, alla resa dei conti, eliminare anche tale discorso dal testo della legge⁴²⁸.

Quali conseguenze poteva avere l'introduzione nel nostro sistema normativo, dell'istituto della *stepchild adoption*? Avrebbe forse aperto la strada della procreazione medicalmente assistita alle coppie omosessuali?

Partendo dal dato normativo, il disegno di legge originariamente prevedeva la possibilità di adozione in casi particolari del figlio del *partner*, analogamente a quanto previsto per il figlio del coniuge⁴²⁹: come già accennato, tuttavia, tale disposizione non è poi stata inclusa nel testo definitivo successivamente approvato, limitandosi quest'ultimo sul punto soltanto a prevedere che resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti⁴³⁰.

Viene lasciato quindi ai giudici il compito di garantire il diritto dei minori ad un ambiente familiare stabile, “ma la giurisprudenza solo in modo imperfetto può attuare quel diritto alla ‘propria famiglia’ che la L. n. 184/1983, nel suo primo articolo garantisce ad ogni bambino, dove la ‘propria’ famiglia non è quella ipotizzata in modo generale ed astratto dal legislatore, ma quella reale che la vita ha dato a ciascuno di loro”⁴³¹.

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 24.

⁴²⁸ Per un approfondimento sulla mancata decisione in tema di adozione omosessuale nella L. 76/2016, si veda G. Casaburi, “*L'Unbirthday secondo il legislatore italiano: la <<non>> disciplina delle adozioni omogenitoriali nella l. 20 maggio 2016, n. 76*”, in *Foro it.*, 2016, Fasc. 1, cc. 1933 – 1934.

⁴²⁹ L'originario testo dell'art. 44, L. n. 184/1983, prevedeva, alla lettera b), l'ipotesi di adozione da parte del coniuge del genitore. Tale norma, secondo il disegno di legge sulle unioni civili, successivamente emendato, doveva prevedere una modifica dell'art. 44 stesso, che considerasse la possibilità di adozione dall'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso.

⁴³⁰ Art. 1, co. 20, L. 76/2016: “al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole “coniuge”, “coniugi” o termini equivalenti, ovunque ricorrano nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti”.

⁴³¹ G. Ferrando, “*Le unioni civili: la situazione in Italia*”, in *Giur. it.*, 2016, fasc. 7, c. 1776.

Solo focalizzando la propria attenzione su ciascun minore, sulla specifica situazione in cui egli viene a trovarsi, sui suoi bisogni, i giudici possono trovare la risposta ai casi concreti sottoposti al loro vaglio⁴³², andando ad intervenire, con le proprie decisioni, più o meno indirettamente, sugli attuali temi ‘caldi’ che in qualche modo il legislatore ha finora evitato di disciplinare puntualmente.

In alcuni casi, infatti, in applicazione dell’art. 44, lett. d), L. n. 184/1983⁴³³, è stata accolta la domanda di adozione in casi particolari da parte della compagna della madre biologica che aveva fatto ricorso alla fecondazione eterologa all’estero⁴³⁴.

Altre volte, invece, è stato necessario stabilire come comportarsi qualora i *partners* avessero fatto uso della diversa tecnica della surrogazione di maternità all’estero, in aperta violazione del divieto tutt’oggi previsto dall’art. 12, co. 6, della L. n. 40/2004: valutando singolarmente ogni situazione sottoposta al vaglio dei giudici, i diversi tribunali sono giunti anche qui a soluzioni diverse e variabili⁴³⁵.

Ma ciò che alla resa dei conti risulta evidente, è che oggi come in passato i diritti dei minori non stanno ricevendo la giusta attenzione e la tutela adeguata alla loro rilevanza costituzionale. Le decisioni via via prese dai giudici non offrono una protezione adeguata⁴³⁶, né tantomeno lo fa il dibattito parlamentare, il quale si è ormai da tempo fossilizzato sul punire la condotta dei genitori,

⁴³² G. Ferrando, *ibidem*, c. 1777.

⁴³³ L. n. 184/1983, art. 44, lett. d): “I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell’articolo 7: [...] d) quando vi sia constatata impossibilità di affidamento preadottivo”.

⁴³⁴ Ci si riferisce alla decisione del Tribunale per i minorenni di Roma, 22 ottobre 2015, in www.articolo29.it; Corte di Appello di Milano, Sez. pers. min. fam., Ord. 16 ottobre 2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, fasc. 5, pp. 725 ss., con commento di C. Benanti, “L’adozione piena del figlio del partner dello stesso sesso, pronunciata all’estero, è efficace in Italia, nel superiore interesse del minore”, pp. 731 ss.

⁴³⁵ Si veda, ad esempio, Tribunale di Roma, 23 dicembre 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, fasc. 7 – 8, pp. 969 ss., con commento di M. Farina, “Adozione in casi particolari, omogenitorialità e superiore interesse del minore”, pp. 976 ss.: in questo caso, il giudice romano ha ritenuto di poter pronunciare l’adozione in casi particolari del compagno del padre biologico. La giurisprudenza di legittimità, nel 2016 ha, con due sentenze, aperto la strada alla *stepchild adoption*: Cass. Civ. 22 giugno 2016, n. 12962 (consultabile in *Foro it.*, 2016, fasc. 1, cc. 2342 – 2356) e la già citata Cass. Civ. 30 settembre 2016, n. 19599 (si veda *supra* p. 165), posizione poi condivisa anche da recente giurisprudenza di merito (in particolare si veda Corte d’Appello di Milano, 22 aprile 2017, in *Foro it.*, 2017, fasc. 1, cc. 2061 – 2072, e Tribunale per i Minorenni di Bologna, 06 luglio 2017, in *Foro it.*, 2017, fasc. 1, cc. 2852 – 2857).

⁴³⁶ Come fa notare la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 21 luglio 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, fasc. 1, pp. 918 ss.

ritenendo di preminente importanza rafforzare la sanzione penale per il ricorso, ad esempio, alla maternità surrogata all'estero.

Seguendo questa impostazione, il diritto dei figli allo *status* ed alla relazione con i propri genitori risulta condizionato dalla supposta esigenza di sanzionare le condotte dei genitori; tale ragionamento, tuttavia, alla luce dell'evoluzione del sistema del diritto di famiglia avvenuta negli ultimi anni, non è più attuale né tantomeno concretamente sostenibile e percorribile, in quanto anche in ipotesi di comportamenti dei genitori penalmente sanzionabili è ormai escluso che dalle stesse possa derivare automaticamente una qualche conseguenza sullo *status* dei figli e sul rapporto degli stessi con i genitori⁴³⁷.

Si registra quindi uno spostamento del baricentro del discorso, dall'originaria centralità del matrimonio all'odierno principale e diverso punto di interesse, costituito dai diritti del minore e del loro carattere preminente: “non si accetta più che in nome di un interesse superiore possano essere sacrificati i diritti delle persone, quelli del figlio in modo particolare”⁴³⁸.

2.2. Il divieto di accesso alle coppie *same sex* è ancora attuale?

Come già più volte sottolineato, la L. 40/2004 prevede precisi requisiti oggettivi e soggettivi per l'accesso alle tecniche di PMA, su cui hanno profondamente inciso le analizzate decisioni del Giudice delle leggi, che sono arrivate ad ammettere non soltanto la praticabilità della fecondazione di tipo eterologo, bensì anche la possibilità di accesso per le coppie totalmente sterili o infertili e quelle sane, ma portatrici di malattie genetiche trasmissibili alla prole.

Rimane quindi ancora oggi aperta l'ulteriore problematica delle coppie formate da persone dello stesso sesso, in relazione alle quali si rende ovviamente

⁴³⁷ Si pensi, ad esempio, a quanto previsto dall'art. 9 della L. n. 40/2004, precedentemente al venir meno del divieto di fecondazione eterologa: tale norma, pur vietando di per sé l'accesso a tale tecnica di procreazione assistita, disciplinava comunque lo *status* del figlio nato a mezzo della stessa, stabilendo il divieto di impugnazione della paternità da parte dell'uomo che aveva a suo tempo dato il proprio consenso all'inseminazione della compagna.

⁴³⁸ G. Ferrando, *op. ult. cit.*, c. 1779.

necessaria la fecondazione eterologa – non più vietata⁴³⁹, ma a loro preclusa in forza dell'art. 5, il quale stabilisce testualmente che “possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso [...]” – ovvero la maternità surrogata, ad oggi ancora preclusa dall'art. 12, co. 6, che prevede che chiunque, in qualsiasi forma, realizzi, organizzi o pubblicizzi la surrogazione di maternità, sia punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.

La Corte costituzionale, come visto, ha ricondotto la scelta di avere o non avere figli alla sfera più intima e intangibile della persona umana, introducendo un profilo di valutazione dello stesso diritto di autodeterminazione nelle scelte procreative che ha specifico riguardo al singolo individuo; viene da domandarsi, pertanto, se sia ancora attuale la restrizione dell'accesso alle tecniche di PMA per le coppie omosessuali, sulla stregua di questo ragionamento e, qualora la risposta fosse – come dovrebbe – negativa, se il successivo passo non sia quello di prospettare un'ulteriore questione di legittimità costituzionale, relativa al mancato riconoscimento di questo diritto nel caso di omogenitorialità⁴⁴⁰.

Ed è proprio ciò che, finalmente, è successo con una recente ordinanza del Tribunale di Pordenone del 2018⁴⁴¹, il quale ha sollevato la questione di illegittimità costituzionale degli artt. 5 e 12⁴⁴², co. 2, 9 e 10 della L. 40/2004, nella parte in cui limitano l'accesso alla PMA alle sole coppie formate da persone di sesso diverso, escludendo (e sanzionando) così quelle formate da due donne.

Il Giudice friulano ritiene, in particolare, di non poter dubitare della rilevanza della questione di costituzionalità, in quanto: l'art. 5 esclude le ricorrenti dall'accesso alla PMA perché coppia composta di persone dello stesso

⁴³⁹ La caduta del divieto di fecondazione eterologa è stata considerata una “lunga marcia” tra Corte costituzionale, Corte EDU e giudici ordinari da E. Dolcini, *“La lunga marcia della fecondazione assistita: la legge 40/2004 tra Corte costituzionale, Corte EDU e giudice ordinario”*, cit., pp. 428 – 457.

⁴⁴⁰ B. Liberali, *“Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza”*, cit., p. 740.

⁴⁴¹ Tribunale di Pordenone, ordinanza 2 luglio 2018, in www.articolo29.it: il giudice era stato adito con procedimento cautelare d'urgenza da una coppia di donne che si era vista negare dall'Azienda Sanitaria locale la richiesta di accedere alla fecondazione eterologa con donazione di seme. La coppia chiedeva pertanto al Tribunale l'accesso al trattamento con contestuale sollevazione della questione di costituzionalità.

⁴⁴² Art. 12, co. 2, L. 40/2004: “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 da 200.000 a 400.000 euro”.

nesso, seppur biologicamente compatibili con tale pratica; l'art. 12, inoltre, rafforza il divieto di accesso, sanzionando in termini particolarmente incisivi i sanitari o la struttura che ad esso contravvenissero.

Tali norme, nel concreto, contrasterebbero in primo luogo con l'art. 2 della Costituzione, “in quanto non garantiscono il diritto fondamentale alla genitorialità dell'individuo, sia come soggetto singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità. Diritto alla genitorialità consistente nella aspirazione ad avere un figlio, che legittimamente nutre ogni soggetto, specie allorché ha costituito un legame di coppia stabile [...] e pubblico [...]”⁴⁴³.

Nella nozione di formazione sociale di cui all'art. 2 Cost., va oggi annoverata anche l'unione tra due donne, avendo la L. 76/2016⁴⁴⁴, al suo art. 1, espressamente istituito “l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione”, norma con cui il legislatore ha superato l'impostazione tradizionale, che individuava la coppia (fondata sul matrimonio o su convivenza di fatto) come formata da soli soggetti di sesso diverso ed ha di conseguenza reso omogenee le famiglie, sia omosessuali che eterosessuali.

In secondo luogo, il negare l'accesso alle tecniche di procreazione assistita alle coppie *same sex* biologicamente compatibili con esse (e le relative sanzioni), contrasterebbe con l'art. 3 della Costituzione, in quanto comporterebbe una disparità di trattamento basata sull'orientamento sessuale e sulle condizioni economiche dei cittadini.

Risulta, difatti, irragionevole e logicamente contraddittoria la mancata inclusione di coppie formate da persone dello stesso sesso nell'elenco dei soggetti legittimati ad accedere alle tecniche di PMA, contenuta in una legge che, fra le sue finalità, si pone l'obiettivo di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana, dovendosi avere, allo scopo, particolare riguardo ai casi in cui la coppia abbia dato vita ad una relazione

⁴⁴³ Tribunale di Pordenone, cit., Paragrafo 3A: “*Contrasto con l'art. 2 della Costituzione*”.

⁴⁴⁴ Come ampiamente analizzato nel dettaglio nel Par. 2.1.1. del presente Capitolo.

affettiva tipica del rapporto familiare, come oggi riconosciuto dall'ordinamento⁴⁴⁵.

Il Tribunale di Pordenone continua poi sostenendo che le due norme censurate, vietando (e sanzionando) in Italia il percorso di PMA alle coppie di cittadini dello stesso sesso, riconosce di fatto il diritto alla filiazione alle sole coppie *same sex* capaci di sostenere i costi per sottoporsi ad analogo percorso presso cliniche estere; ciò, realizzando un inevitabile ed ingiustificato, diverso trattamento delle coppie in base alla loro disponibilità economica, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive di risorse finanziarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi. Ed è questo non un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto delle disposizioni analizzate, conseguente ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole⁴⁴⁶.

In terzo luogo, le disposizioni censurate dalle ricorrenti contrasterebbero altresì con gli artt. 31, co. 2 e 32, co. 1, della Costituzione, in quanto: da un lato, la Repubblica protegge la maternità, favorendo gli istituti necessari a tale scopo e pertanto gli artt. 5 e 12 della L. 40/2004 si trovano in netto contrasto con il co. 2 dell'art. 31; dall'altro, con riferimento al co. 1 dell'art. 32, esso tutela il diritto anche alla salute psichica, la cui protezione deve essere di grado pari a quello della salute fisica, considerato che l'impossibilità di formare una famiglia con figli assieme al proprio *partner*, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, può incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia⁴⁴⁷.

Infine, i richiamati articoli della L. 40/2004 contrasterebbero con l'art. 117, co. 1 della Costituzione, in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU, per l'irragionevolezza del divieto di accesso alla PMA delle coppie *same sex*, in ragione della discriminazione già evidenziata sotto il profilo dell'art. 3 Cost.

⁴⁴⁵ Tribunale di Pordenone, cit., Paragrafo 3B: “*Contrasto con l'art. 3 della Costituzione*”.

⁴⁴⁶ Il Tribunale di Pordenone cita direttamente la sentenza della Corte costituzionale, 10 giugno 2014 n. 162, di cui si è trattato nel Par. 7.3, Cap. 2 della presente trattazione.

⁴⁴⁷ Anche in questo passaggio, il Tribunale di Pordenone cita direttamente quanto asserito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 162/2014, cit.

Infatti, le restrizioni della legge italiana sulle tecniche di PMA, non consentite alle coppie formate da persone dello stesso sesso, configurano una inammissibile interferenza (dettata da sole distinzioni fondate sul sesso) in una scelta personalissima di vita che compete alla coppia familiare⁴⁴⁸.

Alla luce di tutti gli aspetti analizzati, il Tribunale di Pordenone ritiene rilevante e non manifestamente infondata la questione di costituzionalità sollevata dalle due ricorrenti, in quanto le due norme censurate recano “- un *vulnus* ai diritti inviolabili della persona, quali sono il diritto alla genitorialità ed il diritto alla procreazione, nell'ambito di una unione civile legalmente riconosciuta dallo Stato Italiano; - discrimina[no] i cittadini per il loro orientamento sessuale ed in considerazione delle condizioni patrimoniali delle coppie; - non si cura[no] di favorire gli istituti necessari destinati allo scopo di proteggere la maternità; - incid[ono] sulla salute psicofisica del genitore; - introduc[ono], anche avuto riguardo al panorama della legislazione europea, un irragionevole divieto basato su discriminazioni per mere ragioni legate all'orientamento sessuale dei componenti della coppia”⁴⁴⁹.

Va escluso, conclude l'ordinanza, che le norme oggetto di analisi possano essere direttamente disapplicate dal Giudice, per contrasto con gli artt. 8 e 14 della CEDU, in quanto egli deve previamente sollevare la questione di costituzionalità dinanzi alla Corte costituzionale: non è consentita, cioè, nel caso di specie, una applicazione “in via diretta delle norme convenzionali in luogo di quelle nazionali, intesi con esse non compatibili, atteso che, diversamente dal diritto comunitario, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non crea un ordinamento giuridico sovranazionale ma costituisce un modello di diritto internazionale pattizio, idoneo a vincolare lo Stato, ma improduttivo di effetti diretti nell'ordinamento interno [...]”⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ Tribunale di Pordenone, cit., Paragrafo 3E: “*Contrasto con l'art. 117 comma 1° della Costituzione in relazione agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955 n. 848 (c.d. CEDU)*”.

⁴⁴⁹ Tribunale di Pordenone, cit., Paragrafo 4B: “*La non manifesta infondatezza della domanda alla Corte costituzionale*”.

⁴⁵⁰ In questo passaggio il Tribunale di Pordenone cita direttamente quanto statuito dalla Corte costituzionale con sentenza 05 giugno 2015, n. 96, analizzata *supra* nel Par. 6.2. del Capitolo 2.

Quando una disposizione di diritto interno diverge da norme dell'Unione europea prive di effetti diretti, occorre sollevare una questione di legittimità costituzionale ed è riservato alla esclusiva competenza della Corte costituzionale il compito di giudicare la legge sotto tale profilo, anche con in riferimento ai parametri europei⁴⁵¹.

Questa ordinanza, come visto, affronta analiticamente diversi profili della discriminazione tra coppie eterosessuali e coppie formate da due donne in relazione all'accesso alla PMA, mettendo in luce le carenze della L. 40/2004, che affondano le radici nella limitata *ratio* che aveva ispirato proprio l'adozione di tale testo normativo, oggetto poi della progressiva modificazione da parte della Corte costituzionale.

Già con la sentenza n. 162/2014 si registrò un vero e proprio passo in avanti, in quanto essa collegò indissolubilmente l'accesso alla PMA alla realizzazione della scelta di diventare genitori; con la pronuncia n. 96/2015, inoltre, si aggiunse la valorizzazione del nesso della libertà di autodeterminarsi con le scelte riproduttive.

L'ordinanza del Tribunale di Pordenone, in aggiunta alle citate pronunce costituzionali, potrebbe finalmente configurarsi quale possibilità da parte del Giudice delle leggi di un ulteriore banco di prova della *ratio* e della portata della L. 40/2004, con riferimento al bilanciamento tra diritto alla salute e alla protezione delle scelte in ambito riproduttivo.

3. L'utilità di una analisi comparata sul tema della PMA.

Come noto, i diversi interventi della Corte costituzionale, censurando molti dei divieti imposti dalla L. 40/2004, hanno consentito nel nostro Paese diverse pratiche mediche e scientifiche prima assolutamente non percorribili, consegnando, inoltre, di fatto all'interprete nuove norme giuridiche ed innovando, di conseguenza, l'ordinamento⁴⁵².

⁴⁵¹ In questo passaggio il Tribunale di Pordenone cita direttamente quanto statuito dalla Corte costituzionale con sentenza 14 dicembre 2017, n. 269, consultabile in www.giurcost.org.

⁴⁵² M. Salvetti, “*La fecondazione eterologa in Europa: un'analisi comparata*”, in M. de Tilla, L. Militerni, U. Veronesi (a cura di), cit., p. 108.

A ciò ha fatto seguito, tuttavia, l'inerzia del legislatore ed una sostanziale sostituzione ad esso della giurisprudenza, che ha funto da “stampella” nei suoi confronti, sopperendo ai vuoti di tutela ed al proliferare di contenziosi legati alle conseguenze che le decisioni del Giudice delle leggi hanno avuto ed hanno tutt'oggi su temi caldi quali, ad esempio, il venir meno del divieto della fecondazione eterologa.

In questo caos interpretativo, pertanto, può risultare molto utile analizzare l'assetto normativo di Paesi che da diverso tempo hanno ormai incluso l'evoluzione scientifica nel proprio tessuto giuridico ed ordinamentale⁴⁵³: le esperienze concrete di ordinamenti giuridici vicini al nostro possono fungere da punto di partenza per la sistematizzazione di quanto sta accadendo in Italia, sia con riferimento ai Paesi di *civil law* che a quelli *common law*.

Inoltre, l'analisi comparata può essere efficace nel cercare di capire le motivazioni dell'andamento applicativo della L. 40/2004, se e in quale misura l'impatto prodotto dal fattore scientifico sui caratteri dell'attività riproduttiva trovi riscontro nella necessità di mutare il paradigma relativo alle modalità di esercizio della funzione legislativa⁴⁵⁴.

Considerato che il diritto, in definitiva, è chiamato a definire e delineare gli ambiti di utilizzo delle varie pratiche procreative, nonché delle attività ad esse connesse, al fine di garantire ragionevoli punti di equilibrio tra la pluralità di interessi (di varia natura) coinvolti, l'analisi comparata può in concreto agevolare il compito del legislatore, in quanto attraverso di essa si possono individuare una serie di contenuti normativi che caratterizzano le legislazioni nazionali in

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 111. Come ricorda A. Vesto in “*La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*”, cit., p. 2, a differenza dell'esperienza italiana, l'assetto normativo di altri Paesi prevedeva già da diverso tempo la possibilità di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e pertanto si rivela utile avere una visione dell'evoluzione degli ordinamenti che hanno accettato forme di procreazione artificiale, specialmente in considerazione della specifica qualificazione che il Paese attribuisce alla PMA stessa (ossia quale metodo alternativo al concepimento naturale, ovvero quale trattamento sanitario volto a sopperire ad una problematica di natura medica che colpisce un membro della coppia o entrambi).

⁴⁵⁴ S. Penasa, “*La via procedurale alla procreazione assistita in Europa. La ragionevolezza scientifica delle leggi come elemento necessario dell'esercizio discrezionale del potere legislativo*”, in M. Azzalini (a cura di), cit., p. 221.

materia, ipotizzandone un eventuale utilizzo anche da parte del legislatore italiano in sede di eventuale riforma della L. 40/2004⁴⁵⁵.

La disciplina di ogni Paese è infatti estremamente rilevante, in quanto dispiega preponderanti effetti nei diversi ambiti che la procreazione medicalmente assistita – tanto omologa quanto eterologa – coinvolge, quali ad esempio l'anonimato del donatore, i rapporti di filiazione e la determinazione del numero massimo di utilizzi dello sperma di un unico donatore (per ridurre il pericolo di relazioni intime con fratelli, sorelle o genitori biologici).

Ambiti, questi, di cui anche il tanto auspicato futuro legislatore italiano dovrà tenere conto, al fine di poter dettagliatamente regolare il fenomeno procreativo in tutte le sue più piccole sfaccettature, al fine di evitare gli errori commessi in passato.

3.1. La fecondazione assistita in Europa. La Francia.

L'ordinamento francese⁴⁵⁶ ammette innanzitutto il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita al solo scopo di rimediare a problemi di fertilità, ovvero al fine di evitare la trasmissione al nascituro di malattie particolarmente gravi da parte di un membro della coppia.

Le prime sperimentazioni inerenti alle tecniche di fecondazione assistita di tipo eterologo in Francia iniziarono nel 1973 con la creazione di un centro apposito⁴⁵⁷, ove ci si occupava principalmente di sperimentazioni di fecondazione eterologa, di donazione e conservazione dei gameti.

⁴⁵⁵ S. Penasa, “Modelli biogiuridici a confronto sulla diagnosi genetica preimpianto: riflessioni comparate de iure condendo”, in R. Fattibene (a cura di), cit., p. 265.

⁴⁵⁶ M. Salvetti, *op. cit.*, pp. 114 – 120. Si veda altresì E. Bottini, “Francia”, in P. Passaglia (a cura di), *La fecondazione eterologa*, in www.cortecostituzionale.it, 2014, pp. 3 ss.

⁴⁵⁷ Il CECOS (*Centre d'Etude et de Conservation des Oeufs et du Sperm*).

Tali associazioni, nate come private e cresciute di numero nel corso degli anni, vennero progressivamente pubblicizzate grazie ad una serie di leggi di bioetica emanate nel 1994⁴⁵⁸, racchiudenti la disciplina delle tematiche quali l'autodeterminazione, lo sviluppo della personalità, la *privacy*, l'ambiente e la sostenibilità.

Esse furono il frutto di un dibattito svoltosi al centro di una consultazione sociale avvenuta tra il Parlamento, il Consiglio di Stato, il Comitato nazionale di bioetica e medici, sociologi, antropologi e furono oggetto di diverse successive modifiche nel 2004 e nel 2011.

In particolare, la L. 1994/564 (recante le disposizioni relative alla donazione ed all'utilizzo degli elementi e dei prodotti del corpo umano, all'assistenza medica alla procreazione ed alla diagnosi prenatale) disciplina l'accesso e la regolamentazione delle tecniche di PMA eterologa e:

- ammette tale tipologia di procreazione assistita soltanto per le coppie eterosessuali (sposate, ovvero unite in un PACS, o di fatto);
- autorizza soltanto la donazione di sperma, di ovociti ed embrioni, ma non la donazione contemporanea dei primi e dei secondi insieme;
- ammette le pratiche cliniche che consentono il concepimento *in vitro*, la conservazione dei gameti, degli embrioni, il loro trasferimento ed il loro congelamento.

La legislazione francese considera pertanto la PMA un trattamento sanitario, volto a sopperire problematiche mediche che riguardino uno (o entrambi) i membri della coppia, ammettendone pertanto l'utilizzo soltanto qualora si debba rimediare a problemi di infertilità, ovvero di trasmissione di malattie genetiche – rimanendo di conseguenza escluse le coppie omosessuali, i *single* e la fecondazione *post mortem*.

⁴⁵⁸ Si tratta della Legge 1994/548, relativa al “Trattamento dei dati normativi aventi come finalità la ricerca nel settore della salute e la modifica della legge 78-17 relativa all'informatica, agli schedari e alle libertà”, della Legge 1994/563 sulla “Protezione del corpo umano” ed infine della Legge 1994/564, inerente “alla donazione ed utilizzo degli elementi e dei prodotti del corpo umano, all'assistenza alla procreazione ed alla diagnosi prenatale”. Quest'ultima, in particolare, stabilisce il primato della persona umana e la salvaguardia della sua dignità, il rispetto del corpo umano che è inviolabile ed incommerciabile, la nullità di qualsiasi contratto di maternità surrogata e la nullità di qualsivoglia contratto avente ad oggetto la commercializzazione di una parte del corpo e dei suoi prodotti.

I principi cardine su cui si fonda tale legislazione sono, nel concreto, la gratuità (ed il conseguente divieto di commerciabilità del corpo umano e delle sue parti), il consenso (che deve risultare da scrittura privata ed essere informato, prestato sia dalla coppia richiedente che dal donatore e revocabile fino al momento dell'effettuazione del trattamento) e l'anonimato (assoluto nei confronti dei riceventi e del bambino, relativo con riferimento al personale sanitario che ha realizzato la procedura procreativa).

Per evitare il proliferare di azioni legali volte al riconoscimento ovvero al disconoscimento della paternità, il legislatore ha previsto che, una volta prestato il consenso, esso diviene irrevocabile e recide qualsivoglia legame di filiazione tra donatore (maschile e femminile) e bambino, vietando altresì alla coppia ricevente azioni volte alla contestazione della paternità.

Inoltre, con la L. 2004/800⁴⁵⁹, è intervenuta una modifica del *Code Civil* che ha aggiunto la possibilità, per la madre e per il figlio, di esperire un'azione risarcitoria nei confronti di colui che abbia inizialmente dato il proprio consenso alla fecondazione eterologa, mancando poi però di riconoscere il bambino. Con riforma del 2005, il legislatore ha previsto anche l'ulteriore possibilità per i medesimi soggetti di ottenere, nel medesimo caso, una dichiarazione giudiziale della paternità.

Per quanto riguarda la donazione di embrioni, la legge francese la consente soltanto con riferimento a quelli soprannumerari derivanti dall'utilizzo delle tecniche di PMA da parte di un'altra coppia, la quale deve prestare il proprio consenso alla crioconservazione degli embrioni correttamente formati; ogni anno, poi, le coppie che vi hanno aderito dovranno dichiarare le proprie intenzioni circa gli embrioni già congelati e qualora la loro volontà venga meno, gli stessi potranno essere (sempre dietro consenso) distrutti, destinati alla ricerca ovvero donati ad altre coppie (previa decisione giudiziale).

Con riferimento all'opportunità di estendere la fecondazione eterologa alle coppie omosessuali, in Francia si aprì il dibattito nel momento in cui, nel 2013, è stato introdotto il matrimonio tra persone dello stesso sesso⁴⁶⁰ e la possibilità, per

⁴⁵⁹ L. 2004-800 del 6 agosto 2004, "*Code de la santé publique*", in www.legifrance.gouv.fr.

⁴⁶⁰ Con Legge n. 404, del 17 maggio 2013.

queste coppie, di adottare un bambino generato da altre persone, ovvero il figlio di uno dei membri della coppia.

Recentemente, con parere del Comitato Nazionale per le questioni etiche del giugno 2017, si è aperta la discussione circa l'accessibilità alle tecniche di PMA eterologa anche per coppie lesbiche e donne sole a partire dal 2018; tuttavia tale eventualità non è ancora stata concretamente realizzata.

3.1.1. La normativa tedesca.

La Germania⁴⁶¹ non si è dotata di un testo legislativo specifico riguardante la procreazione medicalmente assistita, ma alcuni riferimenti ad essa si possono ritrovare nella Costituzione (ossia la Legge fondamentale della Repubblica Federale di Germania del 1949), nella Legge sulla tutela dell'embrione del 1990⁴⁶², nelle Linee guida e nella prassi medica.

Anche l'ordinamento tedesco, come quello francese, ammette la fecondazione assistita quale strumento di cura per la sterilità umana e la trasmissibilità di malattia genetica.

In particolare, la legge del 1990 ha natura penale e si fonda sul principio di prevalenza della tutela della vita prenatale rispetto all'autodeterminazione dei genitori, al punto da considerare sussistente in capo al figlio, il diritto a conoscere la propria origine genetica e di identificare il donatore⁴⁶³. Essa stabilisce nel concreto che:

⁴⁶¹ M. Salvetti, *op. cit.*, pp. 120 – 129. Si veda altresì M.T. Rörig, “*Germania*”, in P. Passaglia (a cura di), *op. cit.*, pp. 17 ss.

⁴⁶² *Embryoneschutzgesetz (ESchG)*, del 13 dicembre 1990, entrata in vigore il 1 gennaio 1991.

⁴⁶³ Al contrario di quanto accade in Francia, ove l'anonimato è un principio cardine della normativa sulla procreazione assistita.

- la vita umana è considerata tale sin dalla fusione dei gameti e pertanto sono vietati la distribuzione degli embrioni e la loro creazione in numero superiore al necessario⁴⁶⁴;
- è vietata penalmente sia la donazione di ovuli che la surrogazione di maternità, al fine di garantire l'univocità genetica, biologica, sociale della maternità;
- è ammessa la fecondazione eterologa soltanto mediante la donazione di gameti maschili e soltanto con il consenso del donatore e della donna ricevente;
- è vietata la fecondazione *post mortem*, nonché il trasferimento di più di tre embrioni nell'ambito di un medesimo ciclo mestruale.

A parte queste poche disposizioni normative, la regolamentazione della PMA in Germania è rimessa alle “Linee guida modello per la effettuazione della procreazione medicalmente assistita” del 17 febbraio 2006⁴⁶⁵, mediante le quali si chiarisce che:

- la fecondazione assistita ha natura terapeutica e sussidiaria;
- la fecondazione eterologa può essere adottata soltanto in caso di fallimento di quella omologa, qualora siano presenti gravi disturbi di fertilità dell'uomo, ovvero ancora vi sia il rischio di trasmettere malattie genetiche al nascituro;
- possono accedere alla PMA solo coppie eterosessuali sposate o conviventi (purché i membri siano entrambi viventi), rimanendo pertanto escluse le coppie *same sex* ed i *single*;
- per ogni ciclo di fecondazione, non è possibile trasferire nell'utero della donna più di tre embrioni e pertanto quelli prodotti in sovrannumero dovranno essere congelati;

⁴⁶⁴ La tutela dell'embrione viene regolamentata anche dalla Legge per la tutela dell'embrione in relazione all'importazione ed all'utilizzo di cellule staminali embrionali umane (*Stammzellengesetz*), del 28 giugno 2002, e successive modificazioni.

⁴⁶⁵ Adottate dal Consiglio scientifico dell'Ordine nazionale.

- è vietata in generale la diagnosi genetica preimpianto (PGD), ammissibile soltanto qualora esistano gravi rischi di trasmissione di malattie genetiche⁴⁶⁶;
- prima di poter accedere alla fecondazione eterologa, le coppie dovranno essere informate sulle conseguenze mediche, psichiche e sociali della loro scelta, anche con riferimento al rapporto con il nascituro;
- per ogni donatore non possono esservi più di dieci gravidanze;
- il donatore non può rimanere anonimo, in quanto vige il principio di presunzione della paternità in caso di figlio nato nel matrimonio (al figlio è riconosciuto in sostanza il diritto inviolabile di conoscere le proprie origini genetiche, con conseguente legittimazione all'impugnazione della paternità giuridica e sociale del marito della madre);
- è vietata la maternità surrogata⁴⁶⁷, la donazione di ovuli (al fine di assicurare l'identità inequivocabile della madre) e la fecondazione *post mortem*.

In sostanza, la PMA di tipo eterologo in Germania non viene dissuasa apertamente, approcciandovisi tuttavia in modo molto cauto, come dimostrato dalla previsione del divieto di donazione di ovociti e dell'impossibilità di anonimato del donatore, il quale quasi sicuramente non sarà incline a donare, sapendo di non poter nascondere la propria identità.

⁴⁶⁶ Ciò, a partire alla Legge sulla diagnosi genetica preimpianto del 21 novembre 2011 (*Praimplantationsdiagnostikgesetz*): la PGD deve essere preceduta da una consulenza specialistica, dal consenso informato della madre e di apposita commissione medica.

⁴⁶⁷ Tuttavia, le sanzioni sono previste soltanto a carico di chi esegue la pratica (ossia i medici, al fine di dissuaderli dal metterla in atto), rimanendo prive di punizione tanto la madre committente quanto la surrogata.

3.1.2. La legislazione spagnola.

Il legislatore spagnolo⁴⁶⁸, a differenza di quelli analizzati sinora, ha dato alla PMA una regolamentazione molto liberale, perseguendo come obiettivo quello di tutelare il diritto – costituzionalmente garantito – di formare una famiglia, ritenendo la fecondazione assistita quale metodo alternativo al concepimento naturale (non costituiscono, infatti, presupposti essenziali per l'accesso, la sterilità e l'infertilità della coppia).

La prima legge sulla PMA venne approvata nel 1988⁴⁶⁹ e prevedeva: la liceità di tutte le pratiche di fecondazione assistita, compresa quella eterologa; l'accesso libero per tutte le coppie, anche quelle *same sex* e per tutte le donne senza limiti di età, sia sposate che conviventi, che sole; la donazione di gameti sia maschili che femminili, purché avvenga gratuitamente, anonima e con i dovuti consensi; la possibilità di fecondazione *post mortem* (purché preceduta da un consenso validamente espresso in precedenza dal defunto).

Successivamente, in attuazione di tale legge, nel 1996 venne approvato il regio decreto n. 412⁴⁷⁰, il quale regolò la creazione ed organizzazione del Registro nazionale dei donatori di gameti pre – embrioni a fini di procreazione umana, gestito dalla *Sociedad Espanola de Fertilidad* (SEF), una comunità scientifica senza scopo di lucro composta da professionisti esperti in ricerca, insegnamento ed assistenza sulla fertilità e la riproduzione assistita; nell'anno successivo venne poi istituita una Commissione nazionale sulla riproduzione umana assistita.

Nel 2003 venne emanata la *Ley n. 45 “Sobre tecnica de reproducción asistida”*⁴⁷¹, la quale, riformando la precedente, introdusse il limite massimo di fecondazione di 3 ovociti per ciascun ciclo e decretò il divieto di utilizzo degli embrioni soprannumerari a fini di ricerca scientifica.

⁴⁶⁸ M. Salvetti, *op. cit.*, pp. 129 – 135. Si veda altresì C. Guerrero Picòn, “Spagna”, in P. Passaglia (a cura di), *cit.*, pp. 69 ss.

⁴⁶⁹ L. 22 novembre 1988, n. 35, “*Sobre tecnica de reproducción humana asistida*”, consultabile in <http://www.boe.es/legislacion/legislacion.php>.

⁴⁷⁰ Consultabile in <http://www.boe.es/legislacion/legislacion.php>.

⁴⁷¹ Consultabile in <http://www.boe.es/legislacion/legislacion.php>.

Successivamente, la legge n. 35/1988 venne sostituita dalla L. 26 maggio 2006, n. 14 e successive modificazioni⁴⁷², la quale non ne mutò l'impianto ed ammise tutte le tecniche di PMA accreditate scientificamente e clinicamente, indicate in un elenco aggiornabile in base ai progressi medici via via conquistati e consentì l'accesso a tutte le donne maggiorenni, senza limiti di età, indipendentemente dal loro stato civile ed orientamento sessuale.

In sostanza, come visto, nell'ordinamento spagnolo la procreazione medicalmente assistita non è considerata un mero trattamento sanitario sussidiario, bensì una tecnica di concepimento alternativa a quella naturale, accessibile a chiunque, compresi i *single* e le coppie composte da persone dello stesso sesso.

Chiunque si approcci alle tecniche di fecondazione assistita, deve prestare il proprio consenso, il quale deve essere libero, consapevole ed informato, revocabile sino al momento subito precedente l'impianto (qualora si tratti di donna coniugata, sarà necessario altresì il consenso del coniuge).

La donazione deve essere gratuita, consensuale ed anonima: possono donare gli uomini dai 18 ai 50 anni e le donne tra i 18 ed i 35, in buono stato di salute psicofisica ed aventi la capacità di agire; per ogni donatore non possono essere previsti più di sei concepimenti.

Per quanto concerne il rapporto di filiazione che viene ad instaurarsi tra il concepito mediante fecondazione eterologa e la coppia ricevente, la L. 14/2006 – oltre a rimandare a quanto previsto dalle leggi civili – prevede che: nel caso di coppie sposate che hanno prestato il proprio libero consenso, i coniugi non potranno successivamente impugnare la paternità del bambino; qualora si tratti di una coppia di fatto, il consenso prestato alla PMA costituisce un presupposto giuridico per procedere alla determinazione della paternità per via governativa o giudiziale; nessun rapporto di filiazione si instaura tra nascituro e donatore biologico.

⁴⁷² Sia la legge n. 14/2006 che le successive modificazioni sono consultabili in <http://www.boe.es/legislacion/legislacion.php>.

3.1.3. Il Regno Unito.

Prima di adottare un testo legislativo sulla procreazione medicalmente assistita, il legislatore inglese⁴⁷³ preferì innanzitutto creare una commissione *ad hoc* che si occupasse di convogliare il dibattito scientifico, etico, religioso e giuridico sul tema: tale commissione venne quindi istituita nel 1982 ed adottò lo “*Human Fertilisation and Embryology Act 1990*”⁴⁷⁴, la prima legge tesa a disciplinare la tematica della PMA in Inghilterra, e creò la *Human Fertilisation and Embryology Authority*.

Tale Autorità, in particolare, si occupava:

- di concedere le autorizzazioni relative ai trattamenti di PMA e alle ricerche sugli embrioni;
- della tenuta del registro delle cliniche autorizzate, nonché dei controlli su di esse;
- della tenuta del registro dei trattamenti effettuati e dei loro esiti;
- della redazione del *Code of Practice*, ossia il codice contenente le linee guida per gli operatori del settore.

Con riferimento specificamente alla fecondazione eterologa (che è gratuita, in quanto la commercializzazione dei gameti costituisce reato), la normativa inglese consente l'accesso sia a donne coniugate, che *single*, che a donne omosessuali, legate in una *civil partnership*, ovvero che abbiano formato una coppia di fatto, ammette la crioconservazione dei gameti ed embrioni, nonché la donazione di gameti, sia maschili che femminili.

⁴⁷³ M. Salvetti, *op. cit.*, pp. 135 – 143. Si veda altresì S. Pasetto, “*Regno Unito*”, in P. Passaglia (a cura di), *cit.*, pp. 40 ss.

⁴⁷⁴ Si tratta della Commissione Warnock. L'Atto del 1990 è stato poi sostituito dal “*Human Fertilisation and Embryology Act 2008*”, che tuttavia ne mantenne l'impianto. Il testo normativo del 2008, insieme allo “*Human Rights Act 1998*”, al “*Marriage (same sex) Act 2013*” (che ha riconosciuto il matrimonio tra persone dello stesso sesso), al “*Surrogacy Arrangements Act 1985*” (che sancisce l'illegittimità della commercializzazione della maternità surrogata), al “*Criminal Justice and Public Order Act 1994*” (che ha previsto il divieto di utilizzo di embrioni abortiti) ed allo “*Human Reproductive Cloning Act 2001*” (che sancisce il divieto di clonazione umana), costituiscono le fonti normative di rango legislativo che nel Regno Unito disciplinano la PMA in generale e la fecondazione eterologa in particolare.

A tale ultimo proposito: possono donare – gratuitamente – tutti gli uomini tra i 18 e i 41 anni che abbiano prestato il proprio consenso (revocabile sino alla fase immediatamente precedente l'utilizzo dello sperma), lo sperma deve essere sottoposto ai controlli per l'HIV ed immediatamente congelato, per poi essere utilizzato per non più di dieci famiglie; le donne possono donare ovuli dai 18 ai 35 anni (per il consenso vale quanto stabilito per gli uomini), gli ovuli dovranno essere sottoposti al controllo per scongiurare eventuali malattie ed ogni donatrice può avere un'unica ricevente; eventuali embrioni soprannumerari derivanti dal trattamento di PMA omologa possono essere donati dalla coppia che li ha creati ad un'altra, le cui componenti diventeranno i genitori legali del nascituro.

Non è posta poi alcuna restrizione circa lo stato civile e l'orientamento sessuale del ricevente e pertanto, sono ammesse alla PMA eterologa sia le donne sposate che quelle impegnate in coppie di fatto, le donne sole e quelle coinvolte in una relazione *same sex*, essendo le coppie omosessuali totalmente parificate a quelle eterosessuali, anche in punto di filiazione.

Come la Spagna, anche il Regno Unito considera di prevalente importanza la libertà riproduttiva e pertanto considera la procreazione medicalmente assistita quale metodo alternativo al concepimento naturale (contrariamente a quanto visto con riferimento all'ordinamento francese e tedesco).

Per quanto concerne i rapporti di filiazione derivanti da fecondazione eterologa, la legge del 1990 e quella del 2008 ribadiscono che madre è colei che partorisce; per la paternità, invece, considerato che il marito, ovvero il convivente e compagno, deve prestare il proprio consenso alla pratica, qualora tale consenso non dovesse essere prestato, il nascituro non avrà un padre legale.

A partire dal 2009, infine, i nati da fecondazione eterologa potranno ottenere informazioni circa il donatore, in quanto è venuto meno il principio riguardante il loro anonimato (egli, di contro, dovrà essere notiziato della eventuale richiesta di notizie sul suo conto); raggiunti i sedici anni di età, i nati potranno chiedere all'Autorità notizie anche circa i propri eventuali fratelli e sorelle (i quali dovranno essere notiziati della richiesta di informazioni sul loro conto e, qualora vi acconsentano, l'*Authority* potrà fornire anche indicazioni

identificanti). Al contrario, i donatori potranno solo richiedere i dati concernenti i figli biologici, ma non la loro identità.

3.2. La diagnosi genetica preimpianto in Europa.

Secondo quanto riportato nel “*Background document on preimplantation and prenatal genetic testing*”⁴⁷⁵, al 2015 venti Stati europei prevedevano una disciplina legislativa specifica della diagnosi genetica preimpianto (PGD) e sedici di essi la autorizzavano.

Tale studio evidenziava, in particolare, alcuni elementi comuni alle normative sul tema che permettevano alle coppie l'utilizzo della PGD: ad esempio, le finalità vietate da tutti i Paesi partecipanti all'indagine, erano quelle “*to select the sex of the future child for family balancing*”, nonché la selezione “*for any other non – medical purposes*”⁴⁷⁶.

In questo panorama, l'ordinamento italiano si poneva quale eccezione, in quanto il legislatore del 2004 non aveva previsto una disciplina espressa di questa pratica e pertanto, in assenza di una disposizione *ad hoc*, l'applicazione della legge 40/2004 in tale ambito è stata connotata da una pluralità di interpretazioni difficilmente riconducibili ad unità⁴⁷⁷: si è infatti passati, nel giro di qualche anno, da un atteggiamento di assoluta chiusura sul punto, alla consolidazione di una applicazione di tale legge che consentisse l'accesso alle tecniche di PMA anche a coppie non sterili o infertili, bensì portatrici di gravi malattie geneticamente trasmissibili alla prole (finalità, peraltro, che solo la L. 40/2004 nel panorama europeo non prevedeva tra quelle ammesse per l'accesso alle tecniche di riproduzione assistita).

Nonostante l'apertura giurisprudenziale operata dalla Corte costituzionale con sentenza n. 96/2015⁴⁷⁸, il legislatore non è ancora intervenuto a colmare il vuoto normativo, lasciando di fatto le coppie e gli operatori sanitari – che alla

⁴⁷⁵ Emanato dalla *Steering Committee on Bioethics* del Consiglio d'Europa nel 2015, consultabile in [https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/07_Human_genetics_en/INF\(2015\)6%20e%20dpi%20dnp.pdf](https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/07_Human_genetics_en/INF(2015)6%20e%20dpi%20dnp.pdf).

⁴⁷⁶ *Steering Committee on Bioethics*, cit., p. 20.

⁴⁷⁷ S. Penasa, *op. ult. cit.*, p. 266.

⁴⁷⁸ Analizzata nel dettaglio nel Paragrafo 6.3. del secondo capitolo del presente elaborato.

PGD si approcciano quotidianamente – abbandonati a sé stessi; nei paragrafi che seguono, si analizzeranno pertanto alcune normative europee che invece hanno normativizzato la tecnica di cui qui si discute, al fine di trovare qualche spunto per il legislatore che (sempre forse) verrà.

3.2.1. La normativa spagnola, il Regno Unito e la Germania.

All'epoca dell'entrata in vigore della già citata legge n. 35 del 1988, al legislatore spagnolo non era ancora nota la tecnica della diagnosi genetica preimpianto, la quale infatti venne utilizzata le prime volte negli anni novanta; tuttavia, già all'interno di tale normativa si rinveniva un articolo che riguardava in generale la possibilità che si compissero, nell'ambito della PMA, attività di tipo diagnostico o terapeutico sull'embrione.

Si trattava in particolare dell'art. 12, che prevedeva la possibilità di praticare interventi di natura diagnostica sui c.d. pre – embrioni (ossia gli embrioni fino al quattordicesimo giorno di sviluppo) al fine di saggiarne la capacità di svilupparsi al di fuori dell'utero materno, nonché per scongiurare in essi la presenza di eventuali malattie geneticamente trasmissibili.

A tale ultimo proposito, la normativa spagnola ammetteva che sullo stesso pre – embrione potessero essere praticati degli interventi terapeutici, se tecnicamente possibili e qualora non lo fossero stati, il medico era tenuto a consigliare alla donna di non procedere con il trasferimento.

La L. 14/2006 ha successivamente introdotto una espressa previsione della PGD, contemplando una serie di criteri e requisiti al suo esercizio, tra cui in particolare:

- tale tecnica deve essere utilizzata al fine di individuare malattie ereditarie gravi, caratterizzate da insorgenza precoce e non suscettibili di trattamento postnatale, ovvero per la diagnosi di altre affezioni che possono compromettere la vitalità dell'embrione;

- può essere praticata soltanto da centri appositamente autorizzati, i quali dovranno motivarla in ogni cartella clinica, comunicarla alla autorità sanitaria territorialmente competente ed alla Commissione Nazionale competente;
- quest'ultima, nello specifico, ha il compito di aggiornare via via l'elenco delle malattie ereditarie rispetto alle quali risulti di dubbia compatibilità l'utilizzo della PGD, rispetto all'obiettivo per cui è autorizzata;
- pertanto, in concreto, ciascuna coppia richiedente la PGD dovrà ottenere specifico parere favorevole dalla Commissione, che valuterà caso per caso le condizioni cliniche, terapeutiche e sociali prospettategli.

Per quanto riguarda invece il Regno Unito, Lo *Human Fertilisation and Embryology Act* del 1990 non prevedeva una specifica disciplina della diagnosi genetica preimpianto, intervenuta con la successiva modifica del 2008, sulla base dell'adozione, da parte della *Human Fertilisation and Embryology Authority*, del *Code of Practice*⁴⁷⁹.

In particolare, l'attività di *embryo testing* può essere autorizzata caso per caso soltanto qualora abbia le finalità analiticamente e tassativamente indicate dalla legge, ossia:

- determinare se l'embrione sia portatore di un gene, cromosoma od anomalia mitocondriale che possa pregiudicare la sua capacità di nascere;
- verificare l'esistenza di un'alterazione a livello genetico, cromosomico o mitocondriale;
- deve sussistere l'elevato rischio che le summenzionate alterazioni provochino l'insorgere di una condizione medica grave, che andrà valutata nello specifico dalla *Authority* in ogni singolo caso.

In sostanza, nell'ordinamento inglese, è stato previsto un organo specifico, appunto la *Authority*, che funge da integrazione della fonte legislativa, avendo essa stessa riconosciuta un'ampia funzione normativa ed un potere discrezionale

⁴⁷⁹ Atti già citati nel precedente Paragrafo 3.1.3.

di conformazione ed attuazione dei contenuti normativamente previsti; di particolare rilevanza risulta essere il potere autorizzativo riconosciuto a tale organismo, in quanto di fondamentale importanza al fine di consentire un costante adattamento dei contenuti legislativi all'evoluzione delle acquisizioni tecniche e scientifiche.

Infine, con riferimento all'ordinamento tedesco, in tema di diagnosi genetica preimpianto la Germania ha emanato un regolamento attuativo della legge sulla PGD adottata nel 2011⁴⁸⁰, che prevedeva che dalla data di entrata in vigore di tale testo normativo, intervenuta il 1 febbraio 2014, si consentiva l'accesso a tale tecnica a determinate condizioni: innanzitutto, sarebbe stato necessario che la stessa fosse messa in atto da medici qualificati, con il consenso scritto della donna, preceduto da un'adeguata informazione e consulenza sulle possibili conseguenze mediche, psicologiche e sociali della stessa; prima di poterla utilizzare, era necessaria una valutazione positiva da parte di una Commissione etica che verificasse, caso per caso, la sussistenza di tutti i presupposti previsti dalla legge⁴⁸¹.

Il legislatore tedesco, pur mantenendo un divieto generale di diagnosi genetica preimpianto, la ammette allorché sussista un alto rischio di trasmissione di gravi malattie genetiche al nascituro, ovvero qualora sia effettuata al fine di accertare una seria patologia dell'embrione, tale da poter condurre – con alta probabilità – all'aborto o alla morte.

⁴⁸⁰ *Präimplantationsdiagnostikgesetz vom 21 November 2011.*

⁴⁸¹ A. Vesto, *op. cit.*, p. 86.

3.2.2. [segue] Portogallo e Francia.

Il legislatore portoghese ha adottato una legge specifica sulla procreazione medicalmente assistita nel 2006⁴⁸², prevedendo espressamente tra gli ambiti disciplinati, la diagnosi genetica preimpianto ed annoverando fra le finalità della PMA, quella di evitare l'insorgenza di malattie gravi o il rischio di tramettere patologie genetiche, anche indipendentemente dalla effettiva infertilità del soggetto che vi si sottopone.

Tale previsione, in sostanza, ricalca molto il quadro attuale italiano – ossia la possibilità di ricorrere alla PGD qualora si tratti di soggetti non sterili o infertili, bensì portatori sani di malattie geneticamente trasmissibili – con un'unica, sostanziale, differenza: la previsione, in Portogallo, proviene direttamente dal legislatore e non dall'intervento di una Corte costituzionale (non lasciando cioè spazio ad incertezza normativa).

In particolare, l'art. 28 della sopracitata legge, considera quale obiettivo specifico della PGD quello di identificare nell'embrione la presenza di gravi anomalie, prima del trasferimento nell'utero materno, al solo fine diagnostico, di trattamento o prevenzione di malattie genetiche gravi.

Affinché si possa procedervi, sarà necessario rivolgersi ad un medico specialista e potranno accedervi unicamente persone facenti parte di famiglie che siano portatrici di alterazioni e malattie di gravità tale da poter provocare la morte precoce, qualora sussista un rischio fondato di trasmissione alla prole (il quale deve essere determinato sulla base delle *best practices* consolidate al momento del trattamento).

In sostanza, nell'ordinamento portoghese vi è una tendenza all'ammissibilità “garantita e condizionata”⁴⁸³ della PGD, il cui utilizzo è sì consentito, ma tuttavia subordinato ad una serie di condizioni e limiti predeterminati.

⁴⁸² Legge 26 giugno 2006, n. 32, approvata nel mese di luglio, consultabile in <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2006/07/14300/52455250.PDF>. Per un commento si veda V. L. Raposo, “La nueva ley portuguesa sobre reproducción asistida”, in *Revista de Bioética y Derecho*, 2007, fasc. 10, pp. 8 ss.

⁴⁸³ S. Penasa, *op. cit.*, p. 285.

Per quanto concerne infine l'ordinamento francese, si può affermare che il modello adottato sia comune a quello appena descritto per il Portogallo: la legge n. 2011/814⁴⁸⁴, infatti, prevede un meccanismo di autorizzazioni da parte di un organismo pubblico indipendente (l'Agenzia per la Biomedicina), al quale sono concesse funzioni di controllo e valutazione.

In particolare, tale testo normativo definisce la diagnosi genetica preimpianto quale diagnosi biologica realizzata a partire da cellule prelevate dall'embrione *in vitro*, e prevede che essa possa essere autorizzata dall'Agenzia soltanto in casi eccezionali, che soddisfino le seguenti condizioni:

- il rilascio, da parte di un medico che operi in un centro pluri – disciplinare di diagnosi prenatale, di una attestazione che la coppia, alla luce della propria situazione familiare, abbia elevata probabilità di generare un figlio affetto da malattia geneticamente trasmissibile di particolare gravità, incurabile al momento della diagnosi;
- la preventiva e specifica identificazione, in uno dei componenti della coppia che accede alle tecniche di PMA (o nei loro ascendenti diretti) dell'anomalia o delle anomalie responsabili di una malattia gravemente invalidante, a rilevazione tardiva, in grado di mettere seriamente a repentaglio l'aspettativa di vita;
- il consenso scritto alla PGD da parte della coppia;
- l'unico scopo della PGD deve essere quello di individuare le malattie, nonché quello di trovare le modalità per prevenirle e curarle;
- sarà necessaria, in ogni caso, l'autorizzazione dell'Agenzia per la Biomedicina.

⁴⁸⁴ Si tratta della “Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique”, consultabile in www.legifrance.gouv.fr.

3.3. Spunti per il legislatore italiano.

Da quanto analizzato finora (senza alcuna pretesa di esaustività), è apparso un quadro diversificato di approcci normativi alla PMA ed in particolare sui temi della fecondazione di tipo eterologo e della diagnosi genetica preimpianto.

Poco dopo l'introduzione della L. 40/2004, ci fu chi ritenne che avremmo dovuto essere “molto soddisfatti di questa normativa, che è la migliore in Europa e forse nel mondo, che può incoraggiare nuove positive attenzioni alla vita umana anche fuori d'Italia e che finalmente introduce nell'ordinamento giuridico un elemento capace di arrestare l'attuale degrado della cultura dei diritti umani”⁴⁸⁵.

In realtà, come ben si è visto, tale testo legislativo non divenne affatto un modello per le altre legislazioni europee e del mondo, subendo anzi puntuali obiezioni sia dalle corti italiane che proprio da quelle estere, finendo per essere a poco a poco smantellata.

Il sistema italiano rappresenta pertanto un approccio residuale e recessivo di disciplina della attività medico – scientifica; tuttavia, se dal punto di vista legislativo l'Italia esprime elementi di elevata difformità a livello comparato, integrando il dato normativo con i risultati ottenuti dalla giurisprudenza, si riscontra in verità una sostanziale convergenza.

Infatti, unendo i contenuti rimasti della L. 40/2004 con il dettato giurisprudenziale, si ritrovano a grandi linee gli stessi metodi e principi degli altri ordinamenti europei, i quali tuttavia nel nostro caso non sono stati, appunto, normativizzati.

In tema di diagnosi genetica preimpianto, ad esempio, è stata la stessa Corte costituzionale, con sentenza n. 96/2015 ad auspicare, ad opera del legislatore, una valorizzazione delle discipline già appositamente individuate dalla maggioranza degli ordinamenti giuridici europei in cui tale forma di pratica medica è ammessa: in sostanza, il Giudice delle leggi ritiene che la comparazione con altri ordinamenti nazionali possa fornire elementi utili, alla luce dei quali il

⁴⁸⁵ C. Casini, “*Ad un passo dalla legge*”, in *Sì alla vita*, 2004, p. 26.

legislatore italiano potrebbe esercitare in maniera efficace ed adeguata la propria funzione normativa.

In tal senso, la comparazione è riconducibile alla funzione di ausilio per il legislatore, che orienti la sua discrezionalità senza tuttavia esplicitamente limitarne il concreto ambito di intervento⁴⁸⁶.

Innanzitutto, appare di fondamentale importanza considerare quale sia la qualificazione che i diversi Paesi attribuiscono alla PMA: se la si considera quale metodo alternativo al concepimento naturale, ovvero la si ricostruisca alla stregua di un trattamento sanitario volto a sopperire una problematica di natura medica, che colpisce un membro della coppia (o entrambi).

Analizzata da una prospettiva di diritto comparato, la legislazione italiana presenta una struttura normativa refrattaria all'utilizzo della PMA per fini diversi dal superamento delle difficoltà procreative connesse a sterilità ed infertilità: a differenza di molte altre leggi, infatti, la n. 40/2004 è l'unica a non prevedere tra le finalità ammesse per l'accesso alle tecniche di fecondazione quella di evitare la trasmissione alla prole di malattie genetiche.

Tale finalità continua tutt'oggi a mancare a livello di “*law in the books*”, ma è stata progressivamente imposta a livello di “*law in action*” dalla giurisprudenza ordinaria, fino ad essere stabilizzata dal summenzionato intervento della Corte costituzionale del 2015⁴⁸⁷; ciò, rende quantomeno opportuno un intervento di adeguamento normativo, alla luce delle analizzate esperienze comparate, al fine di dare certezza sia alle coppie che alla PMA si avvicinano, sia agli operatori sanitari che sono in essa coinvolti.

In tema di diagnosi genetica preimpianto, in particolare, alla luce del venir meno, a livello giurisprudenziale, del divieto assoluto di accesso alle tecniche di PMA per le coppie fertili ma portatrici sane di malattie geneticamente trasmissibili, il legislatore può trarre dall'esperienza estera due alternative di azione: da un lato, potrebbe perseverare nell'approccio astensionista, “che prevede la rinuncia ad intervenire al fine di colmare quantomeno le lacune legislative evidenziate dalla Corte costituzionale e una inevitabile surrogazione

⁴⁸⁶ S. Penasa, “*Modelli biogiuridici a confronto sulla diagnosi genetica preimpianto*”, in R. Fattibene (a cura di), cit., p. 264.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, p. 267.

nell'esercizio della funzione normativa a livello di adeguamento delle linee guida o [...] da parte della giurisprudenza”⁴⁸⁸; dall'altro, potrebbe finalmente intervenire ed introdurre una disciplina sistematica e compiuta, che solo il legislatore stesso ha la discrezionalità di individuare.

Qualora si propendesse per il primo approccio, ci troveremo di fronte ad un legislatore che si assumerà il rischio del protrarsi di una situazione di incertezza del diritto e mancata effettività dei diritti di tutti i soggetti coinvolti dal fenomeno della PMA.

Qualora, invece, il legislatore decidesse di intervenire concretamente, attraverso una legge di riforma della n. 40/2004, al fine di chiarire l'ambito e le modalità di applicazione di tutte le tecniche ad essa connesse (fecondazione eterologa, diagnosi genetica preimpianto ecc.), nonché di tutte le tematiche che ad oggi nel nostro ordinamento non sono puntualmente disciplinate, il quadro comparato non potrà che fornire elementi utili che potrebbero essere introdotti nel sistema italiano.

L'analisi comparata ha dimostrato l'esistenza di un orientamento consolidato che si fonda su una serie di principi e soluzioni normative che anche il legislatore italiano potrebbe utilizzare. Con riferimento, ad esempio, alla PGD, in tutte le normative europee analizzate si ritrova che:

- la finalità di tale analisi è quella di evitare la trasmissione o l'insorgenza di gravi malattie genetiche ed anomalie cromosomiche;
- ad essa si può accedere qualora vi sia elevato rischio di trasmissione alla prole, ovvero si provenga da una famiglia portatrice di malattie genetiche ed anomalie cromosomiche;
- per accedervi è necessaria una autorizzazione di un'autorità tecnica ed il rispetto delle *best practices*;
- sono vietati tutti gli strumenti atti a selezionare gli embrioni per scopi diversi da quelli connessi alla tutela dello stato di salute e sono escluse le malattie multifattoriali.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, p. 287.

Un ultimo spunto interessante per il legislatore italiano potrebbe essere quello di introdurre nel nostro ordinamento un organismo tecnico dotato di competenze specifiche e di funzioni autorizzative e di controllo – espressamente istituito e disciplinato dalla legge (e le cui decisioni sarebbero sempre, ovviamente, oggetto di controllo giurisdizionale) – che, come nelle esperienze analizzate a livello comparato, assicuri il necessario adeguamento alla evoluzione della scienza e della medicina (funzione che ad oggi in Italia si è presa precariamente a carico la giurisprudenza), nonché garantisca la certezza delle soluzioni giuridiche assunte a livello normativo.

Dall'analisi comparativa effettuata, in conclusione, sono sorte diverse suggestioni e diversi punti di partenza per il legislatore che forse verrà il quale, pertanto, non potrà esimersi dal cercare, nelle esperienze vicine alla nostra, l'equilibrio “di cui far tesoro nella risoluzione delle problematiche interne”⁴⁸⁹.

⁴⁸⁹ M. Salvetti, *op. cit.*, p. 152.

Conclusione: uno sguardo al futuro.

La società odierna dà risalto a bisogni che un tempo non erano conosciuti, non prevedibili e ancora non regolati (o regolati soltanto parzialmente) dal legislatore, interno e sovranazionale.

Ad esempio, restano prive di disciplina giuridica diverse questioni bioetiche tra le più complesse, quali l'eutanasia, la clonazione ed il trattamento di embrioni e ciò perché a tali ambiti possono applicarsi regole tra loro molto contrastanti⁴⁹⁰.

Il mutamento incessante portato dalla scienza e dalla tecnologia ha infatti progressivamente modificato la concezione giuridica tradizionale dell'uomo, la percezione che quest'ultimo ha di sé stesso e di ciò che lo circonda⁴⁹¹: ad essere messi in discussione sono temi fondamentali quali nascita, salute, morte e con essi gli strumenti giuridici necessari per autodeterminarsi.

La funzione regolatrice propria del diritto viene messa in dubbio dal ruolo di potere sempre più ampio della scienza, la quale spesso finisce per rendere il diritto un mero recettore del fatto nella norma: il rapporto tra diritto e nuove tecnologie è problematico ma anche fertile⁴⁹², in quanto il giurista si trova, da un lato, posto di fronte ad interrogativi laddove pensava di avere certezze (poiché il progresso scientifico ha di gran lunga superato i confini naturali della nascita e della morte), mentre dall'altro è costretto a rivedere ed affinare i suoi strumenti ed i concetti ai quali era abituato.

Tuttavia, il legislatore nazionale non sembra tenere il passo con il “ritmo incalzante dell'innovazione”⁴⁹³ scientifica e tecnologica, che ha messo e mette costantemente in discussione i valori a cui siamo abituati, sui quali non esiste una concezione unanimemente condivisa, bensì diversi modi di intenderli e verso i quali la tecnica legislativa dovrebbe dimostrarsi flessibile, costruendo un diritto che rispetti le scelte individuali.

⁴⁹⁰ G. Cricenti, *“I giudici e la bioetica. Casi e questioni”*, 2017, p. 11.

⁴⁹¹ G. Baldini, *“Prefazione”*, in G. Baldini (a cura di), *Persona e famiglia nell'era del biodiritto. Verso un diritto comune europeo per la bioetica*, cit., p. IX.

⁴⁹² G. Ferrando, *“Introduzione”*, in G. Baldini, *op. ult. cit.*, p. XI.

⁴⁹³ *Ibidem*.

In particolare, come si è visto nel caso della procreazione medicalmente assistita, il legislatore del 2004 non è stato all'altezza del proprio compito, avendo cercato di imporre delle regole rigide in un ambito ove, invece, era maggiormente necessaria elasticità, scontrandosi poi, a lungo termine, con i principi costituzionali interni ed europei.

Ciò, perché le scienze della vita, nel momento in cui rendono possibile la fruizione di elementi del corpo in vista di obiettivi quali la ricerca e la terapia, richiedono di elaborare delle regole di appartenenza e di circolazione coerenti con i valori e gli interessi in gioco, sempre rispettose dei diritti di tutti i soggetti via via coinvolti.

Infatti, l'evoluzione tecnica e scientifica, se nel concreto consente il raggiungimento di risultati che un tempo non erano neanche lontanamente immaginabili nel campo della procreazione, dall'altro pone una serie di problematiche relative all'opportunità⁴⁹⁴ e necessità di una disciplina che le regoli nella loro attuazione, in ragione soprattutto della loro incidenza sui diritti di tutti i soggetti coinvolti⁴⁹⁵.

La L. 40/2004, invece, nasceva con la preoccupazione prevalente di evitare che si facesse dell'embrione un oggetto disponibile per usi scientifici o manipolazioni genetiche⁴⁹⁶; tale impostazione, di per sé, avrebbe anche potuto essere condivisibile, ma ciò che non lo era furono proprio le modalità con cui il legislatore decise di raggiungere quell'obiettivo, ossia circondando le tecniche di procreazione medicalmente assistita di divieti e limitazioni eccessive, tra cui, decisamente emblematici, quello di non produrre più di tre embrioni da impiantarsi contemporaneamente, di diagnosi genetica preimpianto e di crioconservazione.

⁴⁹⁴ Bisogna dare risposta, in sostanza, alla “super domanda della bioetica” (così definita da A. Bucelli, *“Il cammino senza pregiudizi del biodiritto. La costruzione giuridica dei rapporti genitoriali”*, in G. Baldini (a cura di), *op. cit.*, p. 62, il quale riprende proprio G. Baldini, *“Riflessioni di biodiritto”*, 2012, p. 5): “tutto ciò che è tecnicamente possibile è anche eticamente accettabile, socialmente ammissibile e giuridicamente lecito?”.

⁴⁹⁵ B. Liberali, *“Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza”*, *cit.*, p. 703 – 704.

⁴⁹⁶ G. Cricenti, *op. cit.*, p. 42.

Tale approccio utilizzato nel 2004 fece sì che i genitori, e soprattutto le madri, videro lesi i propri diritti, alla luce anche del fatto che la Corte costituzionale, nel decidere la legittimità dell'aborto (che si riteneva sacrificasse l'embrione quale persona) e chi dovesse propendere nel conflitto tra diritto della madre e tutela del feto, scelse la prima⁴⁹⁷.

Il legislatore, in sostanza, spinto dalle diverse forze in campo, ha voluto dotare l'ordinamento di uno strumento in grado di risolvere i problemi riproduttivi legati all'infertilità e alla sterilità umana ma, nello stilare la legge, ha orientato la tutela verso un unico soggetto, l'embrione, senza tener conto dei diversi e molteplici interessi che anch'essi godono di tutela costituzionale, quali in primo luogo quello alla salute della madre.

“Una legge che tocca un settore, intimamente connesso a questioni etiche e morali e dominato dalla scienza e dalla tecnologia, risulta facilmente esposta al rischio di diventare una legge anacronistica perché non più rispondente al moderno sentire della società e al progresso scientifico e tecnologico. Non è un caso che a distanza di [...] anni dalla sua approvazione, il bilancio della legge 40/2004 sia sicuramente deludente”⁴⁹⁸.

La PMA è pertanto divenuta una questione valutabile principalmente dal punto di vista sanitario e non più unicamente bioetico e ciò in quanto, ormai, non sono più molto sindacabili le scelte di valore che ogni individuo compie nel delineare come vorrà essere genitore: il diritto alla genitorialità e il conseguente accesso alla fecondazione assistita sono stati ricollegati, dal Giudice delle leggi, al principio di autodeterminazione degli individui e pertanto procreare, anche attraverso la tecnica eterologa, è riconosciuto quale diritto fondamentale dell'individuo⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ Corte costituzionale, 18 febbraio 1975, n. 27, cit., in *Giurisprudenza costituzionale*, 1975, p. 117.

⁴⁹⁸ V. De Stefano, cit., pp. 204 – 205.

⁴⁹⁹ L. Militerni, “*Brevi spunti de jure condendo*”, in M. De Tilla, L. Militerni, U. Veronesi (a cura di), cit., p. 277.

Il legislatore, alla luce di quanto esposto sinora, deve interrogarsi sull'urgenza di occuparsi di quei temi che, seppur controversi e difficoltosi, necessitano maggiormente del bilanciamento tra i diversi principi che li regolano; ciò, tuttavia, attraverso un'impostazione laica, costruendo regole nelle quali tutti possano riconoscersi⁵⁰⁰.

L'esame della giurisprudenza in materia di PMA che si è susseguita nel corso degli anni⁵⁰¹, ha reso evidenti quali fossero le questioni che richiedevano una soluzione giuridica più urgente ed è emersa la centralità del parametro dei diritti fondamentali quale fonte di giustificazione, sia per le decisioni dei tribunali che via via si sono susseguite, sia per le decisioni politiche del legislatore del 2004.

La L. 40, in particolare, ne ha delineati alcuni, estendendoli agli embrioni sin dal loro concepimento: attraverso tale procedimento, si è arrivati a giustificare alcune limitazioni alla libertà di ricorrere alla fecondazione assistita, come il divieto di produrre embrioni soprannumerari, il divieto di crioconservarli e sopprimerli, nonché di selezionarli, in nome del loro diritto alla vita. Ciò, ha portato altresì alla creazione di un ulteriore pacchetto di diritti fondamentali riconosciuti all'embrione quale individuo, che a parere dei sostenitori del nostro testo legislativo dovevano essere tutelati, come ad esempio il diritto alla doppia figura genitoriale, all'identità personale ed alla famiglia naturale⁵⁰².

Tuttavia, tale impostazione ha inevitabilmente evidenziato come la L. 40/2004 non fosse per nulla espressione di tutto il dibattito politico che ruotava intorno al tema della PMA prima della sua emanazione, non essendo cioè il frutto di un compromesso, bensì risultato di una soltanto delle posizioni emerse all'interno dell'opinione pubblica⁵⁰³.

Ciò, a differenza invece di quanto era accaduto in passato con riferimento alla interruzione volontaria di gravidanza: il dibattito che vi ruotava intorno negli anni Settanta portò infatti, attraverso un percorso lungo e difficoltoso,

⁵⁰⁰ M. D'Amico, *“Le problematiche relative alla procreazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza”*, in M. D'Amico e B. Liberali (a cura di), cit., pp. 10 – 11.

⁵⁰¹ Tale analisi è stata effettuata nel secondo Capitolo del presente elaborato.

⁵⁰² N. Riva, *op. cit.*, p. 202 ss.

⁵⁰³ Il dibattito precedente all'entrata in vigore della L. 40/2004 è stato analizzato nel Capitolo 1, Par. 3 del presente elaborato di ricerca.

all'approvazione di una legge che mediava le diverse posizioni in campo; questo risultato fu possibile perché al centro delle discussioni sul tema non vennero posti i diritti degli embrioni e delle donne in contrapposizione, bensì la necessità più che pressante di porre fine al pericoloso fenomeno degli aborti clandestini.

È per questo, forse, che alcuni hanno ritenuto la legge 40/2004 “una legge cattiva, una legge crudele e spietata [...], nel senso che è fatta in modo da non poter realizzare i propri obiettivi dichiarati; [...] è una legge furba, nel senso che si è fatta una legge cattiva perché si volevano con essa ottenere obiettivi che non si osavano porre apertamente”⁵⁰⁴.

Guardando in concreto al percorso fatto dalla procreazione assistita in questi quasi quindici anni, si può in conclusione affermare che, da un lato, le regole poste dalla L. 40/2004 non hanno retto il confronto con i principi costituzionali ed europei, dall'altro, travolte e smantellate le vecchie regole – ed affermati tali principi – si è avvertita (e si avverte ancora) la necessità di fissarne di nuove, in quanto non tutti i problemi concernenti la PMA possono dirsi risolti per effetto delle pronunce della Corte costituzionale.

È innegabile, infatti, che con riguardo ad alcune limitazioni e divieti venuti meno, rimane aperto il problema della effettiva regolamentazione delle tecniche ora prive di una norma di riferimento.

Ad esempio, tra i tanti temi affrontati, l'eliminazione del divieto di fecondazione eterologa pone l'interrogativo di come le coppie debbano approcciarsi ora alla donazione dei gameti. È necessario, in tema di PMA eterologa, fissare una disciplina di tale tecnica che tuteli tutti i soggetti coinvolti⁵⁰⁵ (compreso il donatore), in quanto, per usare le parole della Corte costituzionale, “non si tratta di soggettivizzare la nozione di salute, né di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici, bensì di tenere conto che la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarla vanno accertate alla luce delle valutazioni

⁵⁰⁴ M. Jori, “*Fecondazione assistita e velo di ignoranza laicista*”, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale – Rivista telematica*, 2009, fasc. 6, p. 14.

⁵⁰⁵ Prevedendo, ad esempio, l'accesso gratuito dei genitori, donatori e figli nati da fecondazione eterologa all'assistenza psicologica.

riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango”⁵⁰⁶.

Con riferimento invece alla diagnosi genetica preimpianto, altro macro – tema su cui è intervenuta massicciamente la giurisprudenza, il legislatore dovrebbe “prendere sul serio” il “monito rafforzato”⁵⁰⁷ con cui il giudice delle leggi ha chiuso l'argomentazione della sentenza n. 96/2015, attribuendo ad egli il compito di introdurre apposite disposizioni che andassero a disciplinare gli aspetti concreti dell'applicazione di tale tecnica e nel contempo individuando quelli che non potevano sfuggire all'intervento normativo del medesimo legislatore: la “individuazione (anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico – scientifica) delle patologie che possono giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili e delle correlative procedure di accertamento (anche agli effetti della preliminare sottoposizione alla diagnosi preimpianto) e di una opportuna previsione di forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle”⁵⁰⁸.

È auspicabile, in sostanza, un intervento “leggero”⁵⁰⁹ del legislatore, che abbia come scopo, da un lato, quello di ridimensionare i limiti imposti dalla L. 40/2004 alla luce dei profondi cambiamenti che in questi anni sono intervenuti nella società, nella condizione umana e nella medicina⁵¹⁰, dall'altro quello di dare effettiva risposta alle problematiche applicative lasciate aperte dai vari interventi giurisprudenziali in tema di PMA.

La procreazione, nella società odierna, è caratterizzata da un particolare dinamismo, subordinato agli interessi concreti che la coppia decide di voler soddisfare, che comunque non può prescindere dall'importante ruolo della 'responsabilità genitoriale' e che passa da esercizio di un diritto alla procreazione

⁵⁰⁶ Così, la Corte costituzionale, con la sent. 162/2014, è giunta a dichiarare illegittimo il divieto di fecondazione eterologa contenuto nella L. 40/2004.

⁵⁰⁷ S. Penasa, “L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti 'rafforzati'”, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 8 luglio 2015.

⁵⁰⁸ Corte costituzionale, 5 giugno 2015, n. 96, analizzata nel dettaglio *supra* nel Capitolo 2, Par. 6.2. del presente elaborato di ricerca.

⁵⁰⁹ C. Flamigni e M. Mori, “La fecondazione assistita dopo 10 anni di legge 40. Meglio ricominciare da capo!”, 2014, p. 159 ss.

⁵¹⁰ E. Dolcini, “Riflessioni di politica criminale”, in M. Azzalini (a cura di), cit., pag. 217.

allo svolgimento della funzione genitoriale⁵¹¹; ciò, si verifica sia quando essa avvenga in modo naturale, sia quando si realizzi con metodi diversi (ad esempio, attraverso l'impiego di gameti estranei alla coppia).

Il legislatore si dovrà chiedere, in sostanza, quali sono gli interessi meritevoli di tutela e protezione, se i divieti di genitorialità prescritti dal nostro ordinamento possano fungere da contro – limite alla tutela dell'interesse del minore, ovvero se siamo giunti al punto di dover superare i confini della tradizione e accettare tutti i nuovi percorsi della genitorialità che l'evoluzione della società ci sta prospettando (ossia, ad esempio, quella derivante da fecondazione eterologa, da maternità surrogata, quella di coppie *same sex* ecc.).

Il legislatore che (forse) verrà, dovrà apprestare delle tutele non sfumate alle tecniche biologiche di riproduzione, come la fecondazione eterologa, la conservazione dei gameti donati, la fecondazione *post mortem* e, inevitabilmente, anche la surrogazione di maternità; infatti, anche se ad oggi il divieto contenuto nell'art. 12, co. 6, della L. 40/2004⁵¹² non è stato ancora intaccato, non è ignorabile che tale pratica venga comunque utilizzata in sua elusione, anche recandosi all'estero, con l'effettivo rischio di forme di criminalizzazione della surrogazione materna.

Si tratta certamente di un fenomeno complesso dal quale derivano non poche problematiche, con particolare riferimento all'individuazione della figura materna, allo *status* del nato ed alla validità di un accordo di tale tipo intercorso tra le parti (l'attuale divieto, a tal proposito, pone *contra legem* qualsiasi accordo in questo senso) e la L. 40/2004 fa discutere proprio perché nulla prevede in ordine alla legittimità del ricorso a tale tecnica compiuto all'estero da cittadini italiani, lasciando come sovente alla giurisprudenza il compito di sopperire a tale *vacatio legis*.

Continuare a vietare forme di procreazione che, nonostante la loro illegittimità, riescono comunque a fare il loro ingresso nel nostro ordinamento, non fa altro che generare situazioni di incertezza che hanno la concreta possibilità

⁵¹¹ A. Vesto, *op. cit.*, p 3 – 4.

⁵¹² Il quale recita: “Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro”.

di sconfinare in rischiose forme di sfruttamento dei protagonisti della procreazione (quali l'embrione o la madre surrogata, ovvero ancora gli stessi donatori di gameti).

E non è tutto. Oltre a dare una regolamentazione alle conseguenze create dai vari interventi giurisprudenziali, e dei fenomeni che – quali la gestazione per altri, appunto – rimangono vietati ma che tuttavia non possono essere ignorati ancora per molto, alla luce dello sviluppo scientifico e giuridico che stiamo vivendo, vi sono ulteriori ambiti che non è più tollerabile veder proibiti: si tratta, ad esempio, dell'accesso alla PMA per donne *single* (o vedove, attraverso l'utilizzo dei gameti del defunto *partner*) e per le coppie omosessuali e della possibilità di utilizzare gli embrioni soprannumerari a scopo di ricerca.

A quest'ultimo proposito, è innegabile come il progressivo aumento dell'utilizzo della procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo (ma non solo), abbia nel concreto dato luogo al problema della destinazione degli embrioni creati in soprannumero: essi potrebbero divenire oggetto di ricerca scientifica, essere impiantati a distanza di tempo anche in coppie estranee al loro concepimento, ovvero ancora distrutti.

Tale problematica, ovviamente, viene ricondotta alla questione relativa allo *status* giuridico dell'embrione medesimo, ossia se ad esso debba essere riconosciuto il medesimo statuto morale di ogni altro essere umano, ovvero se lo stesso non possa essere considerato tale e pertanto non debba essere tutelato; lungi dal voler aprire in questa sede l'analisi del dibattito inerente lo statuto dell'embrione, risulta tuttavia evidente la necessità di un intervento regolatore del legislatore, che stabilisca regole concrete – alla luce dell'evoluzione del tema, anche in seguito alla giurisprudenza intervenuta su argomenti diversi, ma comunque inesorabilmente connessi – al fine di rendere ipotizzabili usi concreti degli embrioni crioconservati ed inutilizzati.

Si avverte, in conclusione, la necessità di una nuova azione normativa in materia di procreazione medicalmente assistita, che riesca finalmente a trovare una soluzione concreta ed efficace ai problemi che ancora risultano aperti e a quelli che verranno, senza alcun approccio ideologico, evitando di commettere i grossolani errori del passato e facendosi carico (il legislatore) del compito di

elaborare una struttura normativa che tenga conto di ogni aspetto rilevante della materia, riconoscendo flessibilità e tutelando gli interessi di tutti – stavolta davvero – i soggetti coinvolti.

Riferimenti Bibliografici

Ainis M. (a cura di), *“I referendum sulla fecondazione assistita”*, 2005

Agosta S., *“Dalla consulta finalmente una nuova risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)”*, in www.forumcostituzionale.it

Alpa G., *“Lo statuto dell’embrione tra libertà, responsabilità, divieti”*, in *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, (a cura di) Fondazione Veronesi – Fondazione Corriere della Sera – RCS Quotidiani S.p.a., 2005

Arceri A., *“Unioni civili, convivenze, filiazione”*, in *Famiglia e diritto*, 2016, fasc. 10

Auletta T., *“Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia (L. 20 maggio 2016, n. 76)”*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, fasc. 3

Azzalini M., *“Introduzione”*, in M. Azzalini (a cura di), *La procreazione assistita dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, 2015

Azzariti G., *“Il “modello” della sentenza n. 16 del 1978 e il carattere abrogativo del referendum: un ritorno al futuro?”*, in www.costituzionalismo.it

Baldini G., *“Premessa”*, in G. Baldini (a cura di), *Persona e famiglia nell'era del biodiritto. Verso un diritto comune europeo per la bioetica*, 2015

Baldini G., *“Riflessioni di biodiritto”*, 2012

Baldini G. e Cassano G., *“Persona, biotecnologie e procreazione”*, 2002

Bartoli R., *“La totale irrazionalità di un divieto assoluto. Considerazioni a margine del divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa”*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 2011, fasc. 1

Bedeschi I., *“L'ambiente omosessuale non è dannoso per il minore. Cass. 601/2013”*, in *www.personaedanno.it*, 2013

Benanti C., *“L'adozione piena del figlio del partner dello stesso sesso, pronunciata all'estero, è efficace in Italia, nel superiore interesse del minore”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, fasc. 5

Bompiani A., *“La procreazione medicalmente assistita. Osservazioni sul disegno di legge unificato”*, in *Aggiornamenti sociali*, 1998, fasc. 49

Bottini E., *“Francia”*, in P. Passaglia (a cura di), *La fecondazione eterologa*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2014

Brunelli G. e Pugiotto A., *“Ritorno alle origini”*, in Michele Ainis (a cura di), *“I referendum sulla fecondazione assistita”*, 2005

Bucelli A., *“Il cammino senza pregiudizi del biodiritto. La costruzione giuridica dei rapporti genitoriali”*, in G. Baldini (a cura di), *Persona e famiglia nell'era del biodiritto. Verso un diritto comune europeo per la bioetica*, 2015

Busnelli F. D., *“Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito”*, in *Riv. dir. civ.*, 2011

Buzzi F. e Tassi G., *“La procreazione medicalmente assistita. Normativa, giurisprudenza e aspetti medico legali”*, 2011

Campione R., *“L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale”* in M. Blasi, R. Campione, A. Figone, F.

Mecenate, G. Oberto, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, 2016

Canestrari S., “*Commento alla legge 40/2004*” in *Diritto penale e processo*, 2004, fasc. 2

Carrato A., “*Diagnosi preimpianto: l'applicazione giurisprudenziale della sentenza n. 96/2015 della Consulta*”, in *Famiglia e diritto*, 2016, fasc. 6

Casaburi G., “*Il restyling giurisprudenziale*”, in *Giurisprudenza di merito*, 2009, fasc. 7

Casaburi G., “*Procreazione assistita: il Tribunale di Cagliari dà luce verde alla diagnosi preimpianto*”, in *Corr. Merito*, 2008, fasc. 3

Casaburi G., “*L'Unbirthday secondo il legislatore italiano: la <<non>> disciplina delle adozioni omogenitoriali nella l. 20 maggio 2016, n. 76*”, in *Foro it.*, 2016, Fasc. 1

Casini C., “*Ad un passo dalla legge*”, in *Sì alla vita*, 2004

Casonato C., “*Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione d'impatto normativo della procreazione medicalmente assistita*”, in www.forumcostituzionale.it, 2005

Cataldi G., “*La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di diagnosi genetica preimpianto*”, in R. Fattibene (a cura di), *La diagnosi genetica preimpianto tra normativa e giurisprudenza*, 2017

Celotto A., “*La Corte costituzionale <<decide di non decidere>> sulla procreazione medicalmente assistita*”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, fasc. 6

Cricenti G., *“I giudici e la bioetica. Casi e questioni”*, 2017

D'Agostino F., *“Etica della fecondazione assistita”*, in AA. VV., *La fecondazione assistita: Documenti del Comitato Nazionale per la Bioetica*, Dipartimento per l'informazione e l'editoria della Presidenza del Consiglio dei ministri, 1996

D'Amico M., *“Il divieto di diagnosi 'preimpianto'. Fra Corte costituzionale e giudici comuni sul problema postosi a Cagliari”*, in *Bioetica*, 2007, fasc. 4

D'Amico M., *“Le problematiche relative alla procreazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria e all'interruzione volontaria di gravidanza”*, in M. D'Amico e B. Liberali (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, 2016

D'Amico M. e Costantini M. P. (a cura di), *“L'illegittimità costituzionale del divieto della “fecondazione eterologa”. Analisi critica e materiali”*, 2014.

D'Antuono E., *“Bioetica”*, 2007

D'Avack L., *“La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno stato laico”*, in *Dir. di fam. e delle pers.*, 2004, fasc. 3 – 4, pt. 2

D'Avack L., *“Sulla procreazione medicalmente assistita eterologa: il Tribunale di Firenze e quello di Catania rinviando la questione alla Corte Costituzionale”*, in *Dir. di fam. e delle pers.*, 2011, fasc. 1, pt. 1

De Cunto E., *“Sentenza Costa e Pavan c. Italia e procreazione assistita: alcuni ragionamenti sulle questioni etiche alle quali la Corte di Strasburgo,*

correttamente, non ha risposto”, in Diritti umani in Italia. Rivista scientifica di informazione giuridica, www.duitbase.it, 2012

De Stefano V., *“La disciplina della procreazione medicalmente assistita nell’ordinamento giuridico italiano”*, in M. De Tilla, L. Militerni, U. Veronesi (a cura di) *“Fecondazione eterologa”*, 2015

Della Bella S., *“La svolta: il Tribunale di Cagliari e il Tribunale di Firenze ammettono la diagnosi preimpianto”*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, fasc. 5

Di Pietro M. L., Minacori R., *“Il ricorso alle tecniche di fecondazione artificiale: un’analisi quantitativa”*, in E. Scabini e G. Rossi (a cura di), *Famiglia generativa o famiglia riproduttiva? Il dilemma etico nelle tecniche di fecondazione assistita*, 1999

Dogliotti M., *“Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?)”*, in *Famiglia e diritto*, 2016, fasc. 10

Dogliotti M., *“La Corte costituzionale interviene sulla produzione e sul trasferimento degli embrioni a tutela della salute della donna”*, in *Famiglia e diritto*, 2009, fasc. 8 – 9

Dogliotti M. e Figone A., *“Procreazione assistita: Fonti, orientamenti, linee di tendenza”*, 2004

Dolcini E., *“Embrioni nel numero strettamente necessario”: il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004”*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, fasc. 2

Dolcini E., *“Fecondazione assistita e diritto penale”*, 2008

Dolcini E., “*La fecondazione assistita 'eterologa'. Una questione aperta*” in F. Poggi (a cura di), “*Diritto e bioetica. Le questioni fondamentali*”, 2013

Dolcini E., “*La lunga marcia della fecondazione assistita. La legge 40/2004 tra Corte costituzionale, Corte EDU e giudice ordinario*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, fasc. 2

Dolcini E., “*Il divieto di fecondazione assistita 'eterologa'...in attesa di giudizio*”, in *Diritto penale e processo*, 2011, fasc. 3

Dolcini E., “*Riflessioni di politica criminale*”, in M. Azzalini (a cura di), *La procreazione assistita dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, 2015

Dolcini E., “*Strasburgo-Firenze-Roma: il divieto di fecondazione eterologa si avvia al capolinea?*”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010, fasc. 3

Fadda R., “*Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*”, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, fasc. 10

Farina M., “*Adozione in casi particolari, omogenitorialità e superiore interesse del minore*”, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, fasc. 7 – 8

Felicetti F. e San Giorgio M. R., “*Osservatorio della Corte costituzionale*”, in *Corriere giuridico*, fasc. 3, 2005

Ferrando G., “*Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*”, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, fasc. 11, pt. 2

Ferrando G., “*Introduzione*”, in G. Baldini (a cura di), *Persona e famiglia nell'era del biodiritto. Verso un diritto comune europeo per bioetica*, 2015

Ferrando G., “*La disciplina dell'atto. Gli effetti: diritti e doveri*”, in *Famiglia e diritto*, 2016, fasc. 10

Ferrando G., “*La fecondazione assistita. Regole e principi*”, in M. Azzalini (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, 2015

Ferrando G., “*La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*”, in *Famiglia e diritto*, 2011, fasc. 5

Ferrando G., “*Le unioni civili: la situazione in Italia*”, in *Giur. it.*, 2016, fasc. 7

Flamigni C., “*Il libro della procreazione*”, 2003

Flamigni C., “*Il secondo libro della sterilità. La fecondazione assistita*”, 2008

Flamigni C., “*La procreazione assistita*”, 2002

Flamigni C. e Mori M., “*La fecondazione assistita dopo 10 anni di legge 40. Meglio ricominciare da capo!*”, 2014

Fossà C., “*Il paradigma del best interest of the child come roccaforte delle famiglie arcobaleno*”, in *Giur. It.*, 2017, fasc. 10

Gallo F., “*Procreazione medicalmente assistita e 'legge 40/04': evoluzione per via giurisprudenziale delle regole giuridiche tra corti nazionali, europee e internazionali*”, in G. Baldini (a cura di), *Persona e famiglia nell'era del biodiritto. Verso un diritto comune europeo per la bioetica*, 2015

Gattuso M., “*Un bambino e le sue mamme: dall'invisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40*”, in www.questionegiustizia.it

Gentilomo A., Piga A., Nigrotti S., *“La procreazione medicalmente assistita nell’Europa dei quindici. Uno studio comparatistico”*, 2005

Grosso G., *“La crioconservazione degli embrioni: profili d’incostituzionalità della legge n. 40 del 2004”*, in *Dir. di fam. e delle pers.*, 2008, fasc. 4

Guerrero Picòn C., *“Spagna”*, in P. Passaglia (a cura di), *La fecondazione eterologa*, in www.cortecostituzionale.it, 2014

Jori M., *“Fecondazione assistita e velo di ignoranza laicista”*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale – Rivista telematica*, 2009, fasc. 6

La Rosa S., *“La diagnosi genetica preimpianto: un problema aperto”*, in *Famiglia e diritto*, 2011, fasc. 8 – 9

La Rosa S., *“Il divieto di fecondazione eterologa va al vaglio della Corte costituzionale”*, in *Corriere giuridico*, 2010, fasc. 12

Lamarque E., *“Ammissibilità dei referendum: un’altra occasione mancata”*, in www.forumcostituzionale.it

Lamarque E., *“I referendum sulla legge sulla procreazione medicalmente assistita”*, in *Famiglia e diritto*, 2005, fasc. 2

Lamarque E., *“Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale”*, 2016

Lapertosa A., *“L. 40/2004: una legge da cambiare”*, 2012, www.personaedanno.it

Liberali B., *“La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia fra legislatore, giudici comuni, Corte costituzionale e Corte*

Europea dei Diritti dell’Uomo”, in *Rivista telematica giuridica dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2012, fasc. 3

Liberali B., “*Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all’interruzione volontaria di gravidanza*”, 2017

Lorenzetti A., “*Coppie same – sex e fecondazione assistita. La progressiva decostruzione del paradigma familiare*”, in M. Azzalini (a cura di), “*La procreazione assistita dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*”, 2015

Maestri E., “*Riproduzione artificiale e nuove famiglie: genitorialità o serialità riproduttiva?*”, in *Archivio giuridico di Filippo Serafini*, 2012

Maccaro A., “*La procreazione medicalmente assistita eterologa*”, in M. de Tilla, L. Militerni, U. Veronesi (a cura di), *Fecondazione eterologa*, 2015

Magrini V., “*La scelta della restituzione degli atti nell’ordinanza della Corte costituzionale n. 150/2012*”, in *Rivista telematica giuridica dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2012, fasc. 3

Malaisi B., “*L’inimmaginabilità del referendum sulla legge n. 40 del 2004 tra la tutela minima ed il bilanciamento di interessi costituzionalmente protetti*”, in M. Ainis (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, 2005

Mantovani F., “*La fecondazione assistita tra il “diritto alla prole” e il “diritto ai due genitori*”, in *Ind. Pen.*, 1990

Mastropietro B., “*Procreazione assistita: considerazioni critiche su una legge controversa*”, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2005, fasc. 4, pt. 2

Meli M., *“Il divieto di fecondazione eterologa e il problema delle antinomie tra diritto interno e Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo”*, in *La nuova giurisprudenza commentata*, 2011, fasc. 1, pt. 2

Mill J. S., *“Sulla libertà”*, 2000

Militerni L., *“Brevi spunti de jure condendo”*, in M. De Tilla, L. Militerni, U. Veronesi (a cura di), *Fecondazione eterologa*, 2015

Militerni M., *“Osservazioni conclusive: a dieci anni dal referendum abrogativo arriva la ‘rivincita’”*, in M. De Tilla, L. Militerni, U. Veronesi (a cura di), *Fecondazione eterologa*, 2015

Monaco G., *“Il referendum per l’abrogazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita di fronte al limite delle ‘leggi costituzionalmente necessarie’”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, fasc. 1

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 www.forumcostituzionale.it, 17 novembre 2006

Morozzo della Rocca P., *“Dove finirà l’embrione se il piano si inclina ancora?”*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, fasc. 3

Morrone A., *“Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell’ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale”*, in www.giurcost.org

Musumeci A., *“Dall’ammissibilità del referendum abrogativo totale... All’ammissibilità dei referendum abrogativi parziali sulla legge in materia di procreazione medicalmente assistita”*, in M. Ainis (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, 2005

Musumeci A., *“I referendum e la legge sulla procreazione medicalmente assistita. Note a margine su un dialogo (impossibile) tra Parlamento, Corte costituzionale e corpo elettorale.”*, in www.costituzionalismo.it.

Musumeci A., *“La legge 40/2004 tra giudici ordinari e Corte costituzionale”*, in M. Azzalini (a cura di), *La procreazione assistita dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, 2015

Nardocci C., *“Il <<nuovo>> status dell'embrione”*, in M. D'Amico e B. Liberali (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, 2016

Palmerini E., *“La Corte costituzionale e la procreazione assistita”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, fasc. 6, pt. 1

Pasetto S., *“Regno Unito”*, in P. Passaglia (a cura di), *La fecondazione eterologa*, in www.cortecostituzionale.it, 2014

Pellizzone I., *“Dopo la sentenza costituzionale n. 229 del 2015: la rilevanza penale della selezione eugenetica e della soppressione degli embrioni malati”*, in *Studium Iuris*, 2016, fasc. 7 – 8

Pellizzone I., *“Sentenza della Corte Europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell'ord. n. 150 del 2012 della Corte costituzionale”*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2012, fasc. 3

Penasa S., *“La via procedurale alla procreazione assistita in Europa. La ragionevolezza scientifica delle leggi come elemento necessario dell'esercizio discrezionale del potere legislativo”*, in M. Azzalini (a cura di), *La procreazione assistita dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, 2015

Penasa S., “*L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti 'rafforzati'*”, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015

Penasa S., “*Modelli biogiuridici a confronto sulla diagnosi genetica preimpianto: riflessioni comparate de iure condendo*”, in R. Fattibene (a cura di), *La diagnosi genetica preimpianto tra normativa e giurisprudenza*, 2017

Poggi F., “*Introduzione. Diritto, scienza e morale*” in F. Poggi (a cura di), *Diritto e bioetica. Le questioni fondamentali*, 2013

Raposo V. L., “*La nueva ley portuguesa sobre reproducción asistida*”, in *Revista de Bioética y Derecho*, 2007, fasc. 10

Razzano G., “*Il diritto alla vita fra bilanciamenti e inviolabilità (il suggerimento salomonico di 'dividere' il bene conteso non accontenta chi lo considera 'figlio')*”, in M. Ainis (a cura di), “*I referendum sulla fecondazione assistita*”, 2005

Riva N., “*Diritti e procreazione medicalmente assistita. Un esame della normativa italiana*”, 2012

Rodotà S., “*Su Welby l'occasione mancata dei giudici*”, in *La Repubblica*, 18 dicembre 2006

Romboli R., “*Il caso Englaro, la Costituzione come fonte immediatamente applicabile*”, in *Quaderni costituzionali*, 2009, fasc. 1

Rörig M.T., “*Germania*”, in P. Passaglia (a cura di), *La fecondazione eterologa*, in www.cortecostituzionale.it, 2014

Rossi S., *“Il Governo ricorre alla CEDU per salvare la legge n. 40”*, 2012, in www.personaedanno.it

Rossini G., *“E’ legittimo predire e selezionare l’uomo? Argomenti pro e contro la legittimità della diagnosi genetica preimpianto”*, 2011

Ruggeri A., *“La Corte costituzionale, i parametri ‘conseguenziali’ e la tecnica dell’assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell’anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione assistita”*, in www.giurcost.org., 2012

Salanitro U., *“Fecondazione eterologa: la parola alla Consulta”*, in *Famiglia e diritto*, 2010, fasc. 12

Salanitro U., *“Il dialogo tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale in materia di fecondazione eterologa”*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2012, fasc. 10, pt. 2

Salanitro U., *“La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita”*, in *Famiglia – Rivista di Diritto della Famiglia e delle Successioni in Europa*, 2004, fasc. 3, pt. 1

Salveti M., *“La fecondazione eterologa in Europa: un’analisi comparata”*, in M. de Tilla, L. Militerni, U. Veronesi (a cura di), *Fecondazione eterologa*, 2015

Santosuosso A., *“Per ricorrere al soccorso della tecnologia basta la sola certificazione di sterilità”*, in *Guida al diritto*, 2004, fasc. 3

Santosuosso F., *“La fecondazione artificiale nella donna”*, 1984

Santosuosso F., *“La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40”*, 2004

Schlesinger P., *“La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze”*, in *Famiglia e diritto*, 2016, fasc. 10

Sesta M., *“La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare”*, in *Famiglia e diritto*, 2016, fasc. 10

Sesta M., *“Procreazione medicalmente assistita”*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, 2004

Sgreccia E., *“Problemi etici della fecondazione artificiale”*, in AA. VV., *La fecondazione assistita: Documenti del Comitato Nazionale per la Bioetica*, Dipartimento per l'informazione e l'editoria della Presidenza del Consiglio dei ministri, 1996

Silverio S., *“Spunti sulla tutela del ‘nascituro’”*, in M. Ainis (a cura di), *“I referendum sulla fecondazione assistita”*, 2005

Silvestri G., *“Relazione di sintesi”*, in Ainis M. (a cura di), *“I referendum sulla fecondazione assistita”*, 2005

Sirchia G., *“Prefazione”* a F. Santosuosso, *La procreazione medicalmente assistita*, 2004

Tincani P., *“La legge 40 e la civiltà giuridica”*, in M. Azzalini (a cura di), *La procreazione assistita dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, 2015

Tomarchio G., *“Nascere sotto il codice: una riflessione giuridica sulla legge 40 per la procreazione medicalmente assistita”*, 2005

Tripodina C., “*Corte costituzionale e referendum sulla procreazione assistita*”, in *Democrazia e diritto*, 2004, fasc. 4

Tripodina C., “*Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell’interpretazione del diritto alla vita (riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 369 del 2006)*”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, fasc. 6

Tripodina C., “*La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la ‘Costituzione che non vale più la pena difendere?’*”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, fasc. 3

Tripodina C., “*Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*”, in *Diritto pubblico*, 2004, fasc. 2

Trucco L., “*La procreazione medicalmente assistita al vaglio della Corte costituzionale*”, 2007, VII

Turillazzi E., “*Continua l’‘intervento demolitorio’ operato dalla Corte Costituzionale alla legge 40/2004: tra dignità, uguaglianza, tutela della salute della donna e libertà conoscitiva della scienza medica*”, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2009, fasc. 3

Vaccari G., “*La sentenza n. 151/2009 della Corte costituzionale: sulla ragionevolezza scientifica di un intervento legislativo in materia di procreazione medicalmente assistita*”, in *Studium Iuris*, 2009, fasc. 11

Vallini A., “*La diagnosi e selezione preimpianto: da illecito penale a questione deontologica. Eterogenesi dei fini di un legislatore irragionevole. Preimplantation diagnosis and selection: from a crime to a deontological issue*”,

heterogenesis of the aims of a unreasonable legislator”, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2011, fasc. 6

Veronesi U., “*Prefazione*”, in M. de Tilla, L. Militerni, U. Veronesi (a cura di), *Fecondazione eterologa*, 2015

Vesto A., “*La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*”, 2018

Vitale A., “*Legge 40/2004: breve storia di un martirio giudiziario*”, in UCCR – Unione Cristiani Cattolici Razionali, 2013, www.uccronline.it/2013/05/09/legge-402004-breve-storia-di-un-martirio-giudiziario/

Winkler M. M., “*La Cassazione e le famiglie ricomposte: il caso del genitore convivente con persona dello stesso sesso*”, in *Giur. it.*, 2013, fasc. 5

Zagrebelsky V., “*Una legge incompatibile con i diritti umani*”, 2012, in www.personaedanno.it

Zanon N., “*Memoria difensiva, redatta per i presentatori della richiesta di referendum popolare per l’abrogazione della legge 19 febbraio 2004, n. 40*”, in M. Ainis (a cura di), “*I referendum sulla fecondazione assistita*”, 2005

Indice cronologico delle sentenze

Giurisprudenza costituzionale:

Corte costituzionale, 18 febbraio 1975 n. 27, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1975

Corte costituzionale, 7 febbraio 1978, n. 16, in *www.giurcost.org*

Corte costituzionale, 16 maggio 1978, n. 68, in *www.cortecostituzionale.it*

Corte costituzionale, 03 febbraio 1987, n. 27, in *www.giurcost.org*

Corte costituzionale, 12 aprile 1989, n. 203, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1989

Corte costituzionale, 26 settembre 1998, n. 347, in *www.giurcost.org*

Corte costituzionale, 20 gennaio 2004, n. 25, in *www.giurcost.org*

Corte costituzionale, 28 gennaio 2005, n. 45, in *www.giurcost.org*

Corte costituzionale, 28 gennaio 2005, n. 46, in *www.giurcost.org*

Corte costituzionale, 28 gennaio 2005, n. 47, in *www.giurcost.org*

Corte costituzionale, 28 gennaio 2005, n. 48, in *www.giurcost.org*

Corte costituzionale, 28 gennaio 2005, n. 49, in *www.giurcost.org*

Corte costituzionale, Ord. 24 ottobre 2006, n. 369, in *www.giurcost.org*

Corte costituzionale, 08 maggio 2009, n. 151, in *www.giurcost.org*

Corte costituzionale, Ord. 12 marzo 2010, n. 97, in *www.giurcost.org*

Corte costituzionale, Ord. 07 giugno 2012, n. 150, in *www.giurcost.org*

Corte costituzionale, 10 giugno 2014, n. 150, in *www.giurcost.org*

Corte costituzionale, 10 giugno 2014 n. 162, in *www.giurcost.org*

Corte costituzionale, 05 giugno 2015, n. 96, in *www.cortecostituzionale.it*

Corte costituzionale, 11 novembre 2015, n. 229, in *www.cortecostituzionale.it*

Corte costituzionale, 14 dicembre 2017, n. 269, in *www.giurcost.org*

Giurisprudenza europea:

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 21 marzo 2000, n. 33290/96, in *Dr. famille*, 2000, comm. 45

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sezione. I, 01 aprile 2010, n. 57813/2000, in *www.giustizia.it*

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, 3 novembre 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, fasc. 1

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sezione II, 28 agosto 2012, in *www.giustizia.it*

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, 11 febbraio 2013, in *www.associazionelucacoscioni.it*

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 21 luglio 2015, Oliari c. Italia, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, fasc. 1

Giurisprudenza di legittimità:

Corte di Cassazione, 18 giugno 2008, n. 16593, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, fasc. 6

Corte di Cassazione, 11 luglio 2012, n. 1164, in *www.dirittoegiustizia.it*

Corte di Cassazione, 11 gennaio 2013, n. 601, in *Giur. It.*, 2013, fasc. 5

Corte di Cassazione, 22 giugno 2016, n. 12962, in *Foro it.*, 2016, fasc. 1

Corte di Cassazione, 30 settembre 2016, n. 19599, in *Giur. It.*, 2016, fasc. 10

Corte di Cassazione, 15 giugno 2017, n. 14878, in *www.articolo29.it*

Giurisprudenza di merito:

Tribunale di Napoli, 18 dicembre 1984, in *Dir. delle Pers. e della Fam.*, 1985

Tribunale di Catania, sez. I Civile, Ordinanza 03 maggio 2004, in *Famiglia e diritto*, 2004, fasc. 4

TAR Lazio, 09 maggio 2005, n. 3452, in *www.giurcost.org*

Tribunale di Cagliari, 16 luglio 2005, in *Rassegna di diritto civile*, 2006, fasc. 3

Tribunale di Napoli, 28 giugno 2006, in *Corr. merito*, 2006, fasc. 8 – 9

Corte di Appello di Napoli, 11 aprile 2007, n. 1067, in *Corr. Merito*, 2007, fasc. 6

Tribunale di Cagliari, 24 settembre 2007, n. 3336, in *www.altalex.com*

Tribunale di Firenze, Ord. 17-19 dicembre 2007, in *Guida al diritto*, 2008, fasc. 3

TAR Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398, in *www.giurcost.org*

Tribunale di Firenze, Ord. 11 luglio 2008, n. 323, in *Foro it.*, 2008, fasc. 11

Tribunale di Firenze, Ord. 26 agosto 2008, n. 382, in *Foro it.*, 2008, fasc. 11

Tribunale di Bologna, Sez. I Civ., ord. 29 giugno 2009, in *Giurisprudenza di merito*, 2009, fasc. 7

Tribunale di Salerno, ord. 09 gennaio 2010, n. 191, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, fasc. 5

Tribunale di Firenze, Ord. 13 settembre 2010, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010

Tribunale di Catania, 23 ottobre 2010, in *www.penalecontemporaneo.it*

Tribunale di Milano, 03 febbraio 2011, in *www.pluris-cedam.utetgiuridica.it*

Tribunale di Milano, Sez. I Civile, Ord. 29 marzo 2013, in *www.ilsole24ore.com*

Tribunale di Firenze, Ord. 10 aprile 2013, in *www.penalecontemporaneo.it*

Tribunale di Catania, Ord. 13 aprile 2013, in *www.penalecontemporaneo.it*

Tribunale di Parma – Giudice Tutelare, 03 luglio 2013, in *www.articolo29.it*

Tribunale di Roma, 23 settembre 2013, in *www.giurcost.org/casi_scelti/TribunaleRoma23092013.pdf*

Tribunale per i minorenni di Bologna, 31 ottobre 2013, in *www.articolo29.it*

Tribunale per i minorenni di Palermo, 04 dicembre 2013, in *www.articolo29.it*.

Tribunale di Roma, Ord. 14 gennaio 2014, n. 69, in *www.osservatorioaic.it*

Tribunale di Roma, Ord. 05 marzo 2014 n. 86, in *www.gazzettaufficiale.it*

Tribunale di Napoli, Ord. 03 aprile 2014 n. 149, in *www.gazzettaufficiale.it*

Corte di Appello di Milano - Sez. pers. min. fam., Ord. 16 ottobre 2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, fasc. 5

Tribunale per i minorenni di Roma, 22 ottobre 2015, in *www.articolo29.it*

Tribunale per i minorenni di Roma, 23 dicembre 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, fasc. 7 – 8

Tribunale di Milano, Sez. I, ord. 18 aprile 2017, in *Famiglia e diritto*, 2017, Fasc. 6

Corte d'Appello di Milano, 22 aprile 2017, in *Foro it.*, 2017, fasc. 1

Tribunale per i Minorenni di Bologna, 06 luglio 2017, in *Foro it.*, 2017, fasc. 1

Tribunale di Pordenone, ordinanza 2 luglio 2018, in *www.articolo29.it*