

DAL 2004 AL 2014: LO SGRETOLAMENTO NECESSARIO DELLA LEGGE SULLA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA

Paola Sanfilippo

ABSTRACT

Con l'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004, il legislatore italiano ha introdotto una serie di limiti, divieti e sanzioni che esorbitano dalla loro naturale vocazione di semplice regolamentazione di comuni pratiche di fecondazione artificiale, sfociando piuttosto nella predisposizione di uno statuto punitivo che impone paternalisticamente scelte etiche ed ideologicamente orientate nel senso di una generale avversione verso procedimenti riproduttivi diversi da quelli ortodossi. A dieci anni dalla loro introduzione, le norme in materia di PMA non sembrano tuttavia destinate a sopravvivere: hanno infatti ripetutamente vacillato sotto la scure dei giudici nazionali ed europei, rivelandosi in tutta la loro incostituzionalità, nella loro illogicità sistematica e nell'inaccettabile indifferenza verso le esigenze concrete di coppie sterili o infertili.

SOMMARIO

1. Le barriere normative all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita: un (cattivo) esempio di legislazione "confessionale". – 2. Il primo affondo della Corte Costituzionale contro il rigido limite dei tre embrioni da trasferire. – 3. La sostanziale disapplicazione del divieto di diagnosi genetica preimpianto. – 4. Il superamento del divieto di fecondazione eterologa: la sentenza della Corte costituzionale 9 aprile 2014, n. 162. – 5. Le fallimentari disposizioni superstiti della legge 40. In particolare, il suo apparato punitivo spropositato e irrealistico: un pernicioso caso di diritto penale simbolico.

1.

1. Le barriere normative all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita: un (cattivo) esempio di legislazione "confessionale".

Dopo un travagliato iter parlamentare e accessi dibattiti sul regime giuridico della PMA, con la legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"¹, il legislatore italiano ha significativamente arginato la libertà di realizzazione di interventi di fecondazione assistita, invertendo la rotta di fatto già consolidata nella prassi del nostro Paese e legittimamente battuta prima dell'introduzione della disciplina in esame.

Il delicato argomento, che comporta intime scelte individuali, ha infatti messo il legislatore di fronte alle inevitabili interazioni del tema sia con la scienza medica, la cui evoluzione è progressiva e costante, sia con la sensibilità etica radicata nel nostro peculiare contesto sociale e culturale, spesso terreno fertile per l'adozione di scelte normative che non rappresentano altro se non la risposta ad istanze ideologicamente orientate.

Nel tentativo di contemperamento di opposte esigenze, il Parlamento sembra tuttavia essersi trovato a sciogliere un dubbio amletico tra essere o non essere "flessibile" di fronte al riconoscimento della liceità di modalità riproduttive diverse da quelle, per dir così, convenzionali.

Il risultato di tale impegno si è cristallizzato nei diciotto articoli della legge n. 40 del 2004, i quali, introducendo limiti all'accesso alle tecniche di PMA, delineano in particolare uno statuto punitivo della fecondazione assistita soltanto astrattamente predisposto al fine di prevenire il rischio di scivolamento verso pratiche abusive. L'impressione è che sul piano degli effetti, invece, si riveli sostanzialmente idoneo a frustrare non solo il godimento di un'imprescindibile libertà – quella di procreare – ma anche il perseguimento delle finalità stesse per le quali le norme sono state adottate², introducendo misure piuttosto orientate alla tutela incondizionata dell'embrione e della naturalità della procreazione.

Si tratta di una disciplina la cui applicazione non solo non agevola, ma inevitabilmente complica l'esperienza di soggetti che intendono risolvere le proprie difficoltà riproduttive³.

Le stesse disposizioni introduttive ne rappresentano il primo sintomo.

Seppure negli intenti formalmente aspirino a favorire la rimozione di cause impeditive della procreazione, le norme del Capo I della legge 40/2004 forniscono una dissonante quanto inequivocabile chiave di lettura dell'intera normativa, caratterizzata da una diffusa avversione verso procedimenti riproduttivi diversi da quelli ortodossi: il ricorso alle pratiche di procreazione medicalmente assistita dev'essere concepito come un'*extrema ratio* cui affidarsi esclusiva-

1 L'intricato tema della fecondazione medicalmente assistita, sin dall'entrata in vigore della legge n. 40/2004, ha destato l'interesse di parecchi studiosi e giuristi che, nel tentativo di esaminare ed interpretare le intenzioni del legislatore, le singole disposizioni e i loro effetti sulla prassi applicativa, hanno accompagnato la vita della normativa, evidenziandone luci ed ombre: G. BALDINI, *Legge 40/2004 e diagnosi genetica di preimpianto. Rilievi sull'evoluzione normativo-giurisprudenziale intervenuta*, in AA.VV., *Nascere e morire: quando decido io? Italia ed Europa a confronto*, Firenze, 2011; *Procreazione assistita: esperienze e prospettive applicative della legge 40*, in AA.VV., *Produrre uomini*, a cura di A. BUCELLI, Firenze, 2005; S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, *Dir. pen e proc.*, 2004; *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico tra valori ideali e opzioni ideologiche*, *Ind. pen.*, 2000; C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Commentario*, Torino, 2004; C. CASONATO, *Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione di impatto normativo*, in *La nuova disciplina della procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Trento, 2004; E. DOLCINI, *Embrione, pre-embione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita (legge 19 febbraio 2004, n.40)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004; ID., *Il punto sulla fecondazione assistita: in particolare il problema della fecondazione eterologa*, in *Corr. merito*, 2013; ID., *La legge n. 40 del 2004: alla prova dei fatti, un efficace strumento di lotta contro la procreazione medicalmente assistita*, in *Corr. merito*, 2007; ID., *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello Stato: da sempre, un rapporto difficile*, in *questa Rivista*, 27 novembre 2013; G. LOSAPPIO, *Procreazione assistita (commento alla l. 9 febbraio 2004, n.40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita)* in AA. VV., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. PALAZZO, C.E. PALIERO, Padova, 2007; L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n.40*, Milano, 2004; A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi e prassi*, Torino, 2012.

2 E. DOLCINI, *Embrione, pre-embione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita (legge 19 febbraio 2004, n.40)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 465.

3 Cfr. E. DOLCINI, *La legge n. 40 del 2004: alla prova dei fatti, un efficace strumento di lotta contro la procreazione medicalmente assistita*, in *Corr. merito*, 2007, p. 1425 ss.

mente nelle ipotesi di accertata impossibilità di rimuovere le cause della sterilità o infertilità⁴ della coppia attraverso altri efficaci metodi terapeutici e non terapeutici.

Proprio a tal fine il legislatore si premura di individuare severe barriere all'ingresso, attraverso la previsione di stringenti condizioni oggettive e soggettive di accesso alle tecniche, nonché mediante la promozione e l'informazione in merito a percorsi alternativi alla PMA per le coppie che desiderano un figlio.

Il principale limite all'accesso alle tecniche è desumibile dall'art. 5 della legge *de qua*, che precisa i requisiti soggettivi per il ricorso a interventi di procreazione medicalmente assistita e circoscrive sensibilmente l'ambito dei soggetti che sono legittimati a richiederli.

Con una selezione realizzata *ex ante* a scopo evidentemente "eugenetico", il legislatore sottopone gli aspiranti genitori a dure prove, prescrivendo in primo luogo che la richiesta per il ricorso alla fecondazione artificiale sia avanzata da una coppia⁵, coniugata o convivente: la congiunzione disgiuntiva tra i due aggettivi introdurrebbe, a rigore, un'alternativa tra le due possibilità, suffragata dal medesimo tenore letterale dell'art. 12, comma 2 della legge n. 40/2004, che conferma l'opzione. Se la *ratio* del requisito del coniugio è rappresentata, pertanto, dalla necessità di assicurare alla comunità una garanzia formale della effettività del nucleo familiare e dell'impegno alla concreta realizzazione del bene del nato in un contesto stabile, quella del secondo mitiga il rigore del precedente, attraverso il riconoscimento della convivenza come una dimensione di *affectio* potenzialmente stabile e non meno meritevole di considerazione in cui coltivare e realizzare l'interesse del minore durante il suo sviluppo⁶.

Si prescrive, inoltre, che i membri della coppia siano di sesso *diverso*, precludendo così il ricorso alla fecondazione artificiale alle coppie omosessuali in virtù di un ragionamento che sembra ispirato alle stesse logiche discriminatorie che impediscono ai *single* l'accesso alle tecniche⁷.

I richiedenti, infine, oltre ad essere in età potenzialmente fertile ed entrambi viventi, devono aver già raggiunto la maggiore età: l'ultimo requisito rappresenta probabilmente quello che maggiormente prova l'incoerenza sistematica in cui la legge n. 40/2004 spesso incappa e inciampa. Al di là dell'evidente incompatibilità della norma con il principio di uguaglianza, l'esclusione del minore dall'accesso alla fecondazione artificiale risulta illogica, considerando che la stessa donna minorenni cui è impedito fare ricorso ad un intervento di PMA è invece legittimata ad interrompere volontariamente la gravidanza ai sensi dell'art. 12, comma 2 della legge n. 194/1978. Inspiegabilmente le norme poste a tutela dell'embrione e quelle a tutela del concepito si muovono su due binari distinti e paralleli, certo antitetici nella *ratio*.

Una volta setacciato il bacino di potenziali beneficiari degli interventi di fecondazione artificiale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita filtra ulteriormente il novero degli aspiranti genitori, attraverso la previsione di cui all'art. 4 comma 1, che impone l'accertamento delle cause impeditive della procreazione mediante documentazione o certificazione medica. Si tratta di un limite che in alcuni casi non risulta difficilmente aggirabile: specie nel caso di infertilità o sterilità inspiegate, la documentazione medica ha infatti carattere essenzialmente presuntivo e non certificativo, fondandosi sulle sole dichiarazioni degli stessi membri della

4 Le Linee Guida del Ministero della Salute nel 2004 e nel 2008, emanate in applicazione dell'art.7 della legge n. 40/2004, utilizzano "infertilità" e "sterilità" come sinonimi. Tuttavia i significati dei due termini non possono essere considerati perfettamente coincidenti: nella letteratura scientifica la coppia si considera infertile se non è in grado di concepire dopo uno o due anni di rapporti sessuali regolari e non protetti; per sterilità s'intende, invece, l'incapacità di condurre la gravidanza fino all'epoca in cui si riesca a garantire una vitalità del feto, WORLD HEALTH ORGANIZATION, *The epidemiology of infertility. Report of a WHO Scientific Group*, Geneva, 1975, p. 20.

5 La norma, precludendo irragionevolmente la facoltà di ricorrere alla PMA al *single* che intenda risolvere i propri problemi riproduttivi derivanti da sterilità o infertilità non altrimenti rimovibili, tradisce la stessa finalità che la legge n. 40/2004 si prefigge e si pone in evidente contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost.

6 *Contra* C. CASINI - M. CASINI - M.L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n.40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Commentario*, Torino, 2004, p. 99 ss., dove addirittura si definisce "una pesante frattura nel sistema ordinamentale" l'eventuale rinuncia alla condizione del coniugio a favore della convivenza della coppia richiedente l'intervento di PMA, stante la considerazione del matrimonio stesso come l'istituzione "che presiede al bene della discendenza".

Appare condivisibile la sola perplessità degli autori circa l'accertamento della convivenza, la cui prova diventa dunque ardua, considerata l'assenza di un criterio che stabilisca la sua durata minima. Cfr., tra gli altri, anche F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, p.49; P. STANZIONE, *Introduzione*, in P. STANZIONE - G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Milano, 2004; R. VILLANI, *La procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n.40*, Torino, 2004, p.72.

7 L'esclusione era peraltro rafforzata dall'ormai incostituzionale divieto di ricorrere a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo *ex art.* 4, comma 3 e dal divieto di surrogazione della maternità di cui al comma 6 dell'art. 12 ed è con vigore scongiurata dalla previsione di sanzioni amministrative e penali particolarmente affittive.

coppia; nessuna sanzione, peraltro, è specificamente prevista per la mancata ottemperanza all'onere di certificazione mediante atto medico, né può configurarsi un'ipotesi di falso ideologico del medico che si limiti a recepire le dichiarazioni rese dalla coppia⁸.

Qualora, poi, i membri di una coppia che aspirano a diventare genitori dovessero superare i primi due scogli dell'insidioso percorso ad ostacoli predisposto dal legislatore, non sarebbero ancora liberi di accedere alle tecniche di fecondazione artificiale, ma sarebbero tenuti a resistere a un ennesimo quanto astratto tentativo di dissuasione: «alla coppia dev'essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai sensi della l. n. 184/1983 e successive modificazioni, come alternativa alla procreazione medicalmente assistita»⁹. Quasi un ultimo sforzo finalizzato a scongiurare la libera e consapevole scelta di ricorrere a metodi riproduttivi diversi dalla procreazione naturale¹⁰, per i quali è sottintesa una generale disapprovazione.

Come un guardiano posto a insuperabile presidio di valori di natura essenzialmente confessionale radicati e sostenuti da forze politiche anche diversamente connotate, la legge n. 40 del 2004 dimostra, già solo attraverso la predisposizione di principi generali e di preliminari barriere all'accesso alle tecniche, la sua vocazione di normativa posta non a favore ma *contro* la PMA, lasciandone aperto l'ingresso a un numero inaccettabilmente contenuto di coppie e dimostrandosi, di fatto, inadeguata ad adattarsi alle esigenze e sensibilità della realtà sociale in evoluzione, nonché ai costanti progressi della scienza medica.

I dati sugli effetti pratici della disciplina all'indomani della sua entrata in vigore sono eloquenti¹¹: tra il 2003 ed il 2005 si assiste ad un incremento sia della percentuale di parti plurimi che di quella relativa agli aborti spontanei; decresce invece il numero di gravidanze ottenute mediante fecondazione artificiale. Incrementa esponenzialmente, poi, il c.d. turismo procreativo, con consistenti costi in termini non solo economici ma anche psicologici e di garanzia sanitaria.

La panoramica pre e post-legge n. 40/2004 induce ad una sconcertante constatazione: se l'introduzione di una disciplina della procreazione medicalmente assistita ha avuto – in teoria – lo scopo di mettere un freno al c.d. “far west procreativo” attraverso l'individuazione di un modello normativo cui attenersi per porre fine al vuoto legislativo su una materia eticamente sensibile, risolvendo contestualmente perplessità sollevate dall'applicazione delle nuove tecniche riproduttive, tale obiettivo non può considerarsi perseguito neppure in minima parte. L'applicazione puntuale sia dei principi generali che del successivo statuto punitivo finiscono per realizzare un autentico caso di eterogenesi dei fini, dovuta alla scarsa considerazione degli effetti pratici, per nulla secondari, che hanno alterato lo scopo originario della disciplina e causato una straordinaria riduzione della libertà e dell'autonomia del singolo di autodeterminarsi.

Alla prova dei fatti la legge n. 40/2004, appena nata, era già palesemente incostituzionale in parecchi punti cruciali. Nonostante le aspettative certamente deluse, tuttavia, dopo dieci anni dalla loro introduzione le norme in materia di PMA continuano a sopravvivere con la loro forza deterrente, spesso in patente violazione dei fondamentali diritti della persona, a presidio del presunto valore della naturalità della procreazione e a tutela incondizionata dell'embrione, unici comuni denominatori su cui si costruisce l'intero impianto della legge in tema di fecondazione artificiale.

Non tutte le sue disposizioni sembrano però destinate a sopravvivere nella loro originaria formulazione: in più ipotesi la manifesta illogicità sistematica e l'inaccettabile inidoneità delle norme ad aderire alle esigenze concrete di coppie sterili o infertili non hanno tardato a rivelarsi, così come gli interventi correttivi della giurisprudenza nazionale ed europea sotto la cui scure diverse disposizioni hanno ripetutamente capitolato.

8 Così A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi e prassi*, Torino, 2012, p. 72, che richiama anche la pronuncia del Tar Lazio, III *quater*, 31 ottobre 2007 - 21 gennaio 2008 n. 398, dove si precisa il carattere solo presuntivo della documentazione richiesta nel caso di infertilità idiopatica, il carattere invece “estimativo” della certificazione rispetto ai casi di sterilità o infertilità da causa accertata.

9 Così prescrive il secondo inciso del comma 1 dell'art. 6 della legge n. 40/2004 il quale, proponendo l'adozione come un'opzione eventualmente sostitutiva della fecondazione artificiale, finisce per snaturare l'istituto stesso dalla sua precipua funzione, quella di fornire uno strumento attraverso il quale poter garantire al minore una famiglia in cui potersi sviluppare: una finalità ben diversa da quella della PMA, che intende invece risolvere i problemi riproduttivi della coppia che non può procreare per vie naturali a causa di sterilità o infertilità.

10 *Contra* S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p.157 in cui si evidenzia la sostanziale inesistenza di argomenti di principio che possano distinguere tra procreazione naturale e procreazione assistita sul piano dei diritti fondamentali.

11 Cfr. E. DOLCINI, *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello Stato: da sempre, un rapporto difficile*, in *Dir. Pen. Cont.*, 27 novembre 2013.

La graduale e continua metamorfosi della disciplina della fecondazione artificiale è pertanto il risultato di plurimi tentativi di bilanciamento tra opposte esigenze realizzati dai giudici, principalmente relativi a tre tra più odiosi divieti e limiti predisposti dal legislatore, tutti variamente affetti da un evidente *deficit* di laicità, oltre che ispirati da granitici pregiudizi di natura etica e religiosa: si tratta, in particolare, dei limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni di cui all'art. 14 della legge n.40/2004, del divieto di sperimentazione sugli embrioni umani *ex art.* 13, da cui è desumibile un irragionevole divieto di diagnosi genetica preimpianto, e del divieto previsto dall'art. 4, comma 3, di ricorrere a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, associato ad una misura sanzionatoria particolarmente afflittiva.

2.

Il primo affondo della Corte Costituzionale contro il rigido limite dei tre embrioni da trasferire.

L'intervento della Corte Costituzionale sui mortificanti limiti applicativi delle tecniche di fecondazione artificiale sugli embrioni ha rappresentato uno dei più significativi sforzi realizzati dalla giurisprudenza nel faticoso percorso di ridimensionamento dei presupposti non solo procedurali, ma anche ideologici precisati dal legislatore.

Con la sentenza n. 151 del 2009 la Consulta ha, infatti, sapientemente restituito ragionevolezza all'art. 14 della legge n. 40/2004, rimuovendo le asfissianti soglie predisposte dalla norma e individuando nella salute della donna un valore imprescindibile.

Nella sua configurazione originaria, la disposizione si articolava in una pluralità di divieti e sanzioni evidentemente orientati alla totale protezione dell'embrione e della sua integrità, indifferente rispetto a qualsiasi logica di bilanciamento con altri interessi e valori meritevoli di tutela.

Ai divieti di soppressione e di crioconservazione degli embrioni si affiancava il divieto di creazione di embrioni c.d. soprannumerari al fine di scongiurare un loro eventuale sacrificio¹²; a quest'ultimo si associava poi l'obbligo di un unico e contemporaneo impianto. L'autorizzazione alla crioconservazione rappresentava un'ipotesi eccezionale, configurabile esclusivamente nel caso di impossibilità di trasferimento degli embrioni a causa di gravi motivi di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna, comunque imprevedibile al momento della fecondazione: se, a prima vista, il dettato del comma 3 poteva apparire come una deroga al reato di crioconservazione realizzata in funzione di un bilanciamento di interessi, in realtà si configurava come un ulteriore mezzo, perfettamente coerente con l'intero ordito della legge, idoneo a scongiurare una potenziale manipolazione o strumentalizzazione dell'embrione prima del suo trasferimento in utero, comunque da realizzare appena possibile. L'impossibilità, ancora attuale, di effettuare una riduzione embrionaria di gravidanze plurime, se non in ossequio alle procedure previste dalla legge in tema di interruzione volontaria di gravidanza, e la previsione di aspre e simboliche sanzioni conseguenti alla violazione delle disposizioni previste dall'art. 14 sono poi due ennesimi indici di un'ostilità del legislatore nei confronti di metodi artificiali di riproduzione e manipolazione degli embrioni tale da infliggere alla donna che ricorra alle tecniche di PMA « un trattamento peggiorativo e punitivo, per la sua tracotanza, rispetto a colei che abbia concepito per vie naturali »¹³.

A distanza di cinque anni dalla sua entrata in vigore, tuttavia, la disposizione può dirsi riformulata quasi per intero.

Per effetto della pronuncia della Corte Costituzionale il comma 2 dell'art. 14 è stato dichiarato illegittimo limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre»: risulta dunque soppresso il limite massimo dei tre embrioni da impiantare contemporaneamente, che si poneva in insanabile contrasto sia con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., riservando il legislatore il medesimo trattamento a situazioni dissimili, che con l'art. 32 Cost., per il potenziale pregiudizio cagionato alla donna e alla sua salute.

Le argomentazioni della Consulta a sostegno della decisione demolitoria sono caratteriz-

12 Cfr. tra gli altri O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009, p. 38.

13 Cfr. A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi e prassi*, Torino, 2012, p. 240.

zate dalla stessa logica e ragionevolezza che sembra invece sfuggita al legislatore nel configurare la disposizione: considerando che un risultato positivo della procreazione medicalmente assistita dipende sia dalle caratteristiche degli embrioni, sia dalle condizioni delle donne che si sottopongono alle procedure, l'individuazione di un limite legislativo alla creazione e all'impianto di embrioni finisce per *aggravare*, e non agevolare, le procedure di fecondazione assistita.

Quanto minori saranno le probabilità di attecchimento embrionale, tanto maggiore sarà il rischio di dover esporre la donna a ulteriori e reiterati cicli di fecondazione e all'insorgenza conseguente di sindromi da iperstimolazione ovarica; nell'ipotesi inversa, invece, l'esito totalmente positivo dell'impianto condurrà a gravidanze trigemine, considerate alla luce dei dati di esperienza e dalla letteratura scientifica come gravidanze a rischio per potenziali complicazioni e pregiudizi sia per la salute della donna che dei nascituri.

La predisposizione di un limite fisso e massimo di tre embrioni impiantabili, dunque, oltre a violare il principio della gradualità e della minore invasività della tecnica di procreazione assistita il cui rispetto è richiesto dall'art. 4, comma 2, ha risvolti negativi nella prassi, determinando un'inaccettabile sperequazione dei diritti della donna rispetto a quelli dell'embrione¹⁴. Proprio al fine di evitare una simile conseguenza, la Corte Costituzionale aggiunge poi una fondamentale precisazione, statuendo che «la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione¹⁵».

Sotto questa nuova prospettiva di più ampio respiro, il venir meno dell'obbligatorietà di eseguire un unico e contemporaneo trasferimento degli embrioni in utero restituisce finalmente dignità al ruolo del medico¹⁶, in grado di stabilire l'*an* ed il *quantum* degli embrioni da produrre sulla base delle sue conoscenze tecnico-scientifiche, e di predisporre un piano terapeutico personalizzato per ogni coppia in base alle condizioni di salute di ciascuno dei suoi membri, considerate in concreto.

Se gli viene riconosciuta la possibilità di valutare, di volta in volta, il numero degli embrioni da impiantare strettamente necessario sia ad assicurare la buona riuscita della tecnica di fecondazione che a ridurre al minimo il potenziale pregiudizio per la salute della donna e del feto, il sanitario con la sua attività e con il consenso informato dei suoi pazienti diventa garante del rispetto di entrambi i principi di rango costituzionale che si sono riconosciuti come violati dall'art. 14 della legge sulla PMA nella sua originaria formulazione: attraverso la differenziazione delle posizioni di ciascuna coppia sulla base di valutazioni effettuate *ad hoc*, si assicura nuovamente il pieno rispetto del principio di uguaglianza e del principio di ragionevolezza, che ne rappresenta un'estrinsecazione; la tutela effettiva della salute fisica e psichica della donna, nel cui rispetto deve essere effettuato ogni intervento terapeutico, riduce il rischio di sproporzioni aprioristiche dettate da scelte di politica legislativa adottate ad esclusiva e totale salvaguardia dell'embrione e restituisce all'art. 32 Cost. il suo naturale respiro.

Il giudice *a quo*, peraltro, non si lascia sfuggire un'importante occasione per suggerire chiaramente una "gerarchia" tra i valori coinvolti in un processo così complesso com'è quello della fecondazione assistita, e per ricollocare la salute della donna al centro di ogni possibile decisione sul trasferimento di embrioni. La Corte, facendo propria tale riflessione, si rifà integralmente al portato della fondamentale e ancora attuale sentenza costituzionale n. 27 del 1975 in tema di interruzione di gravidanza sottolineando che, indipendentemente dalla definizione giuridica del concepito, «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione, che persona deve ancora diventare»¹⁷.

L'iter logico-argomentativo demolitorio della Consulta sull'incostituzionalità dell'art. 14 della legge n. 40 /2004, articolato sui diversi profili già commentati, raggiunge però il suo culmine nelle considerazioni conclusive, che rappresentano l'ultimo ma non meno significativo affondo dei giudici costituzionali contro l'incoerenza della disposizione in questione. Nella sua nuova veste, l'art. 14 appena smantellato non può tollerare la sopravvivenza del limite

14 L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 688.

15 Corte Cost. 1 aprile 2009 – 8 maggio 2009 n. 151.

16 G. FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte Costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 350.

17 Corte Cost. 18 febbraio 1975, n.27, in *Giur. cost.*, 1975, 117 ss.

rappresentato dal divieto di crioconservazione degli embrioni prodotti: se le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, considerata anche l'evoluzione della scienza medica, il primo comma della norma in parola è destinato a subire una considerevole deroga.

L'effetto della sentenza n. 151 del 2009 è, così, quello di statuire implicitamente anche il riconoscimento della piena liceità – e non più il divieto – della crioconservazione degli embrioni che sono stati prodotti ma non impiantati tutti contemporaneamente¹⁸, in virtù di una scelta del medico che, seppur discrezionale, dev'essere comunque orientata a garantire sia l'efficacia della terapia che la salvaguardia della salute della donna¹⁹.

Con questo primo e fondamentale intervento giurisprudenziale, la legge n. 40/2004 comincia a svuotarsi dei suoi opprimenti contenuti e ad acquistare finalmente coerenza con il sistema normativo del nostro ordinamento, rendendosi non solo più tollerabile agli occhi di qualsiasi lettore che abbia a cuore i fondamentali principi costituzionali, ma anche più malleabile rispetto alle esigenze concrete delle coppie che intendano accedere a metodi procreativi alternativi rispetto a quelli naturali, impossibilitate a causa di situazioni patologiche impeditive della procreazione non diversamente risolvibili²⁰.

La soppressione dell'irragionevole limite dei tre embrioni da trasferire in un unico e contemporaneo impianto e la conseguente deroga al divieto di crioconservazione di quegli embrioni che non siano stati trasferiti stravolgono, dunque, le originarie modalità di realizzazione del processo di fecondazione artificiale, facendo venire meno la portata propositiva di una disposizione fulcro dell'intera normativa sulla procreazione medicalmente assistita, ma lasciano irrisolti diversi profili problematici relativi agli altri due più controversi divieti predisposti dal legislatore in merito alla fecondazione assistita: il divieto di diagnosi genetica preimpianto e il divieto di fecondazione eterologa.

Nel corso dei dieci anni trascorsi dall'entrata in vigore della legge n. 40/2004, anche questi imponenti limiti principalmente posti alla piena libertà di ricerca e sperimentazione scientifica e al principio di autodeterminazione dell'individuo sono stati gradualmente erosi dal tenace impegno della giurisprudenza nazionale e sovranazionale.

3.

La sostanziale disapplicazione del divieto di diagnosi genetica preimpianto.

Strettamente connesso al tema del divieto di crioconservazione e di impianto contemporaneo di un numero prestabilito di embrioni è un altro limite che appare desumibile da una lettura combinata di più disposizioni della l. n. 40/2004, consistente nella preclusione che il legislatore prospetta dinanzi alla possibilità di effettuare una diagnosi genetica su cellule prelevate dagli embrioni prima del loro trasferimento in utero²¹, al fine di selezionare per l'impianto soltanto quelli privi di eventuali malattie cromosomiche e genetiche ed anomalie potenzialmente idonee a generare patologie nel nato o, ancor prima, a provocare il rischio di

18 Cfr., con argomentazioni eterogenee, E. DOLCINI, *Embrioni nel numero "strettamente necessario": il bisturi della Corte Costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 960 e L. EUSEBI, *Problemi aperti circa le condotte incidenti sulla vita umana*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 860 ss.

19 In questo senso anche M. MANETTI, *La sentenza sulla PMA, o del legislatore che volle farsi medico*, in *www.costituzionalismo.it*, 28 maggio 2009.

20 Cfr. *Relazione del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita* (l. 19 febbraio 2004, n. 40, art. 15), 2011, in *www.ministerosalute.it*, 2013. Nella Relazione si riferiscono diversi dati statistici raccolti a seguito della svolta ottenuta grazie alla fondamentale sentenza della Corte Costituzionale, che evidenziano gli effetti positivi prodotti dalla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 14 della legge n. 40 del 2004. Tra gli altri, si registra il costante incremento del numero di coppie trattate nei centri italiani di PMA e di gravidanze ottenute attraverso la fecondazione assistita; si sottolinea anche la diminuzione e il progressivo affiancamento alla media europea del numero di gravidanze e parti plurigemellari conseguenti all'applicazione di tecniche di fecondazione *in vitro*.

21 F. FIORENTINO, *La diagnosi genetica preimpianto: problemi pratici e questioni applicative in campo medico*, in *Tecnologie riproduttive e tutela della persona*, p. 115 ss.; C. FLAMIGNI, *La procreazione assistita. Fertilità e sterilità tra medicina e considerazioni bioetiche*, Bologna, 2011, p. 86.

un'interruzione di gravidanza spontanea e precoce²².

Sebbene non esista una norma specifica che consacrì formalmente il divieto, un ostacolo al riconoscimento della piena liceità²³ di tale tecnica diagnostica sembrerebbe individuabile nell'art. 13 della disciplina in tema di procreazione medicalmente assistita, dedicato alla sperimentazione sugli embrioni umani, verso la quale è palese una diffusa avversione²⁴: se il comma 1 della norma *de qua* prevede un generalizzato divieto di sperimentazione su ciascun embrione, il successivo comma specializza la portata sostanziale dell'intera disposizione, introducendo una figura ulteriore di attività – definita “ricerca clinica e sperimentale” – rispetto alla quale il legislatore si dimostra più indulgente, vincolandone la realizzazione a finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche, sebbene in via del tutto residuale rispetto ad altre prospettabili metodologie alternative.

Come è stato osservato, il comma 2 dell'art. 13 configurerebbe dunque una causa di giustificazione rispetto alla fattispecie descritta dal comma 1, che invece tipizza il delitto di sperimentazione come forma di strumentalizzazione e manipolazione dell'embrione. Se la fattispecie base si riferisce, pertanto, a qualsiasi attività di accertamento e studio di ipotesi non verificate condotta con un approccio scientifico-sperimentale²⁵, la fattispecie ulteriore, che racchiude in sé il *genus* della sperimentazione, si caratterizzerebbe per un *quid pluris* che la differenzia e specializza, rappresentato dalla realizzazione di indagini finalizzate alla ricerca, la diagnosi e la cura di malattie dell'embrione in vista del suo impianto in utero e della successiva fase di vita intrauterina²⁶.

Completando la lettura della parte propositiva dell'art. 13, si dimostra infine particolarmente coerente con gli scopi di indistinta tutela della integrità e dignità della vita dell'embrione – i comuni denominatori dell'intera legge n. 40/2004 – il comma 3 b) in tema di ingegneria genetica, che presidia il valore dell'irripetibilità dell'essere umano vietando draconianamente «ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che [...] siano diretti ad alterare il patrimonio genetico²⁷ dell'embrione o del gamete o a predeterminarne caratteristiche genetiche».

Dall'analisi congiunta delle tre disposizioni, per lo più congegnate come divieti di gradata intensità, traspare un evidente e ingiustificato giudizio sfavorevole del legislatore²⁸ nei confronti della realizzazione di tecniche diagnostiche precedenti all'impianto. Ciò fornisce lo spunto per l'individuazione di diversi profili e livelli di irragionevolezza del divieto così come è stato complessivamente prospettato: anche questo limite alla sperimentazione e ricerca, autentico pilastro fondante lo statuto punitivo della procreazione medicalmente assistita, ignora

22 La letteratura scientifica sul tema è amplissima, ma tradizionalmente vanno ben distinti i diversi metodi diagnostici praticati sull'embrione in considerazione dello stadio del processo riproduttivo: la diagnosi preconcezionale è la pratica realizzata sui gameti ancor prima della realizzazione del concepimento allo scopo di accertarne lo stato di “salute”; anche la semplice osservazione non invasiva dell'embrione precede il trasferimento in utero e mira a valutare lo stato di salute dell'embrione e l'opportunità del successivo impianto; la diagnosi preimpianto viene realizzata attraverso l'esame di cellule prelevate dall'embrione prima del suo trasferimento in utero; la diagnosi prenatale è chiaramente realizzata dopo il trasferimento ed impianto dell'embrione e consente di individuare eventuali anomalie del feto nella fase della gravidanza. Cfr. per le diverse tecniche, scopi e risultati delle tecniche di diagnosi preimpianto, tra gli altri; P. BRAUDE, S. PICKERING, F. FLINTER, C. MACKIE OGILVIE, *Preimplantation genetic diagnosis*, in *Nature Review/ Genetics*, 2002, 3, p. 940 ss.; C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004 n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Commentario*, Torino, 2004, p. 205; A. DE VOS - A. VAN STEIRTEGHEM, *Aspects of biopsy procedures prior to preimplantation genetic diagnosis*, in *Prenat Diagn*, 2001, 21, p. 767 ss.; G. GAMBINO, *Diagnosi prenatale. Scienza, etica e diritto a confronto*, Napoli, 2003; L.C. KREY, *Quality assessment of human embryos; state of the art and future perspectives*, in REVELLI - TUR KASPA - GUNNAR HOLTE - MASSOBRIO, *Biotechnology of human reproduction*, p. 201 ss.; NYGREN - ANDERSEN, *Assisted reproductive technology in Europe*; Y. VERLINSK, *Analysis of the first polar body: preconception genetic diagnosis*, in *Human Reprod*, 1990, 5, p. 828.

23 G. BALDINI, *PMA e diagnosi genetica preimpianto (PGD). Profili di illegittimità costituzionale del (presunto) divieto posto dalla legge n. 40 del 2004*, in BALDINI, SOLDANO (a cura di), *Tecnologie riproduttive e tutela della persona. Verso un comune diritto europeo per la bioetica*, 2007, p. 149.

24 La funzione general-preventiva della norma è assicurata dalla predisposizione di sanzioni estremamente afflittive, tanto da apparire simboliche: il trasgressore è infatti punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da 50.000 a 150.000; se è anche esercente una professione sanitaria, il condannato è altresì sospeso dall'esercizio della professione da uno a tre anni.

25 A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi e prassi*, Torino 2012, p. 252 ss.

26 F. GIUNTA, *Sperimentazione clinica*, in *Diritto Penale*, a cura di F. Giunta, Milano, 2008, p. 920 ss.; *Contra* C. CASINI, M. CASINI, M. L. DI PIETRO *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Commentario*, p. 200 ss.: secondo gli Autori, infatti, esisterebbe una differenza sostanziale tra ricerca e sperimentazione, termini che non potrebbero essere usati come sinonimi. Se la sperimentazione è per lo più distruttiva, implicando necessariamente la modifica del corpo su cui si interviene, la ricerca non può essere invasiva in quanto si sostanzierebbe in un'attività di semplice osservazione e studio.

27 Sulla paradossale equiparazione tra la verifica dell'esistenza di anomalie genetiche dell'embrione mediante diagnosi preimpianto ed il tentativo di alterazione del suo patrimonio genetico v. L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della liceità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, p. 28.

28 Cfr., tra gli altri, E. DOLCINI, *Legge sulla procreazione assistita e liceità dello stato: da sempre un rapporto difficile*, cit., 27 novembre 2013.

o sottostima le inevitabili ed illogiche conseguenze applicative negative a favore di presunte superiori istanze di integrale tutela della naturalità della generazione umana, realizzando un'ennesima patente violazione del principio di laicità.

Non soltanto tradisce ingiustamente le legittime aspettative delle coppie di aspiranti genitori, ma neutralizza in partenza anche i possibili vantaggi derivanti dagli sviluppi delle indagini scientifiche sugli embrioni, inibite dalla criminalizzazione della maggior parte degli interventi di manipolazione tecnica dell'embrione in potenza idonei a servire ad applicazioni diverse dal loro semplice impiego in processi di fecondazione artificiale.

Il primo livello di illogicità è sistematico ed endogeno rispetto allo stesso ordito della disciplina sulla procreazione medicalmente assistita: viene immediatamente all'attenzione un difetto di impostazione della normativa stessa, che fa emergere un chiaro contrasto tra l'art. 13 della legge n. 40 del 2004 e l'art. 14, il cui comma 5 espressamente prescrive il diritto che le coppie che possono accedere alle tecniche di PMA hanno di essere informate «sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero»²⁹.

Una simile formulazione fa senz'altro inciampare il legislatore nel groviglio da lui stesso intrecciato, se si considera che un'informazione adeguata sulla salute degli embrioni ancora da trasferire può essere oggi fornita agli aspiranti genitori proprio e soltanto attraverso le stesse tecniche diagnostiche genetiche preimpianto che sono vietate nel nostro ordinamento, ma che allo stesso tempo rappresentano spesso l'unico strumento per individuare e selezionare i soli embrioni privi di anomalie o patologie ereditarie.

Non è valso, al fine di risolvere l'*impasse*, il tentativo di ricostituire la coerenza in realtà mai posseduta dagli articoli messi a confronto, attraverso la precisazione, nonché l'inevitabile riduzione, dell'ambito delle indagini da effettuare sull'embrione prima dell'impianto. Le Linee Guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di PMA definite dal Ministero della Salute nel 2004 in ossequio all'art. 7 della l. n. 40/2004, infatti, limitavano ogni diagnosi relativa allo stato di salute degli embrioni creati *in vitro*, ai sensi dell'articolo 14, comma 5, ad un'indagine di tipo "osservazionale". Si precludeva così la possibilità di realizzare qualsiasi tipo di intervento diretto sull'embrione, ammettendosi la sola osservazione al microscopio della morfologia, della consistenza e della vitalità dell'embrione, incapace di individuare efficacemente eventuali anomalie³⁰. Annullata per eccesso di potere dal Tar del Lazio, la limitazione delle Linee guida del 2004 non è più contemplata in quelle definite successivamente, che non circoscrivono più, dunque, la diagnosi relativa alla salute degli embrioni all'indagine di tipo solo osservazionale, ma lasciano ancora il nervo scoperto, rappresentato dalla persistenza del divieto di diagnosi preimpianto come vero *punctum dolens* della normativa sulla fecondazione assistita.

Un secondo livello di incoerenza si individua in occasione del confronto e del coordinamento della disciplina italiana con la normativa internazionale sul tema. A fronte di un atteggiamento di netta chiusura del legislatore italiano sulle ipotesi di sperimentazione sugli embrioni umani e di ricerca con finalità diverse da quelle terapeutiche e diagnostiche, la Convenzione di Oviedo sui diritti dell'Uomo e la biomedicina, all'art. 18³¹, dimostra un contegno meno rigoroso nei confronti di potenziali indagini sugli embrioni *in vitro*.

Se, da un lato, introduce due precisi vincoli alla libertà di ricerca, rappresentati dal divieto di produzione di embrioni umani a fini di ricerca (peraltro perfettamente sovrapponibile al comma 3 a) della legge n. 40 /2004) e dalla necessaria garanzia di un'adeguata protezione dell'embrione, dall'altro non esclude *a priori* la possibilità di ricerca, ma lascia alla legislazione particolare dei singoli Stati membri la facoltà di ammetterla o vietarla. La Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina non assume, dunque, una posizione netta in merito alla libertà di studio e sperimentazione, anche se – vale ammetterlo – il tenore della disposizione lascerebbe apprezzare l'eventuale ammissibilità delle indagini sugli embrioni da parte dei singoli Stati

29 A questa disposizione si correla l'art. 6 della stessa legge, a norma del quale il medico è tenuto a una capillare informazione dei soggetti che accedono alle tecniche in ordine ad ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione artificiale, ai metodi utilizzati, alle probabilità di successo e agli eventuali rischi derivanti dalle stesse.

30 Sul punto anche A. CARIOLO - S. PAPANDREA, *Riflessioni minime su una legge controversa: l'obbligo di impianto nella disciplina sulla fecondazione assistita*, in www.laprocreazioneassistita.it.

31 A norma dell'art. 18 della Convenzione di Oviedo «quando la ricerca sugli embrioni in vitro è ammessa dalla legge, questa assicura una protezione adeguata all'embrione. La costituzione di embrioni umani a fini di ricerca è vietata».

«più come un'eccezione che come una regola generale»³². Diversa è invece la formulazione dell'art. 12 della stessa Convenzione, rubricato "Test genetici predittivi"³³ e del § 83 del suo Rapporto esplicativo, che esclude la presenza di limiti «al diritto di eseguire test diagnostici su un embrione al fine di stabilire se è portatore di caratteri ereditari che comporteranno una malattia grave per il bambino che dovrà nascere».

Molto più pregnante è invece l'incongruente risultato del coordinamento sistematico tra la legge in materia di procreazione medicalmente assistita e un'altra fondamentale disciplina nazionale su un tema eticamente sensibile: quella relativa alla tutela sociale della maternità e all'interruzione volontaria di gravidanza.

Sebbene siano state introdotte nel nostro ordinamento per scopi fondamentalmente opposti – per consentire alla coppia sterile o infertile di rimuovere le cause impeditive della procreazione l'una, per evitare la maternità alla donna che potrebbe subire dalla prosecuzione della gravidanza o dal parto un pregiudizio serio alla sua salute fisica o psichica l'altra – le normative in esame affrontano lo stesso tema della procreazione come atto di volontà positivo o negativo, rappresentando così due facce della stessa medaglia: sono entrambe strumenti legislativi che dimostrano come il raccordo tra il diritto e la tecnica e la scienza medica in costante evoluzione sia potenzialmente in grado di garantire alla donna il pieno esercizio della libertà di autodeterminarsi rispetto a scelte che la coinvolgono, in tutte le sue possibili connotazioni.

Messa a confronto la l. n. 40/2004 con la l. n. 194/1978, nasce immediatamente una certa perplessità conseguente al riscontro dell'effettiva e illogica disparità di trattamento tra la donna che, al fine di accertare la presenza di malattie ereditarie nell'embrione, intenda accedere a tecniche diagnostiche preimpianto ormai ritenute affidabili alla luce del progresso scientifico, e quella che invece richieda a gravidanza già instaurata un'indagine prenatale sul feto, per mezzo di tecniche che risultano decisamente più invasive sia per la donna stessa che per il nascituro.

Lostinato tentativo di perseguimento della *ratio* di salvaguardia incondizionata della dignità e dell'integrità dell'embrione inesorabilmente spinge il legislatore fino a una patente violazione del principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 Cost.³⁴: se è ragionevole la scelta di differenziare gli statuti punitivi dell'embrione e del feto in considerazione dei diversi interessi coinvolti, non lo è quella di accordare una tutela più marcata al primo rispetto al secondo, che si trova ad uno stadio di sviluppo più avanzato. La presenza di una malattia genetica non potrebbe dunque essere accertata su un embrione non ancora trasferito in utero, ma può essere invece verificata su un feto, con la conseguenza di indurre la donna a scegliere di interrompere una gravidanza che, con ogni probabilità, non avrebbe desiderato se avesse conosciuto i potenziali pregiudizi per il nascituro. L'impressione è che ci si trovi di fronte ad un caso di completa e aprioristica assimilazione del concepito a tutti gli altri soggetti coinvolti nel processo procreativo³⁵, noncurante della necessaria valutazione concreta e del bilanciamento degli eventuali rischi o benefici derivanti da indagini più o meno gravose.

Un ultimo rilevante profilo che vale a censurare definitivamente il divieto di diagnosi preimpianto è proprio quello riguardante la sua applicazione pratica, e in particolare le condizioni per l'accesso alle tecniche diagnostiche.

La legge sulla fecondazione medicalmente assistita individua all'art. 4, comma 1 esclusivamente la *sterilità* o l'*infertilità* come presupposti per l'accesso alle tecniche di fecondazione artificiale, trascurando situazioni patologiche intermedie che renderebbero comunque i portatori di tali malattie meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento. Se la versione del 2008 delle Linee guida del Ministero della Salute relative alle procedure e alle tecniche di PMA estende l'accesso alle tecniche anche alla coppia in cui l'uomo sia affetto da malattie virali sessualmente

32 Lo rilevano C. CASINI - M. CASINI - M.L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004 n. 40*, p. 200.

33 A norma di tale articolo «non si potrà procedere a dei test predittivi di malattie genetiche o che permettano sia di identificare il soggetto come portatore di un gene responsabile di una malattia sia di rivelare una predisposizione o una suscettibilità genetica a una malattia se non a fini medici o di ricerca medica, e con riserva di una consulenza genetica appropriata».

34 V. sul punto L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, p. 20 ss.

35 Probabilmente in forza dello stesso art. 1 della l. n. 40/2004, che delinea le finalità delle norme in materia di PMA. In realtà occorre sottolineare che la stessa Corte Costituzionale, nella sentenza n. 48 del 2005, ha precisato la portata meramente *enunciativa* dell'articolo introduttivo della legge sulla fecondazione assistita, dal quale non è dunque possibile trarre un'interpretazione che prospetti la soggettivizzazione dell'embrione che persona non è, non essendo ancora venuto ad esistenza.

trasmissibili³⁶, restano invece esclusi dall'accesso alla diagnosi genetica preimpianto e dalla PMA *tout court* i soggetti portatori di gravi malattie genetiche, sebbene non sterili o infertili³⁷.

La possibilità di una coppia portatrice di tali patologie di accedere o meno ad indagini diagnostiche preimpianto ed alle tecniche di procreazione medicalmente assistita dipende dunque, attualmente, dalla diversa soluzione ermeneutica che si adotta in merito al significato di "coppia infertile": se si accede ad un'interpretazione estensiva del concetto di infertilità, i soggetti portatori di anomalie genetiche possono accedere a diagnosi e selezione preimpianto perché in grado di condurre una gravidanza, ma non anche di portarla a termine a causa del rischio di aborti spontanei; se, diversamente, tali soggetti non sono considerati infertili, la porta d'ingresso alle tecniche diagnostiche precedenti all'impianto e a quelle di fecondazione artificiale è inesorabilmente sbarrata.

Loccasione per una riflessione sulle conseguenze pratiche negative del divieto desumibile dall'articolo 13 della legge n. 40/2004 e sul tentativo di trovare una via d'uscita all'aporia determinata dalla sua applicazione è rappresentata dall'analisi del caso dei coniugi Costa e Pavan³⁸. Si tratta di due cittadini italiani, portatori sani della mucoviscidosi ma non sterili, i quali, esclusi dalla legge italiana dall'accesso alla diagnosi preimpianto al fine di poter selezionare un embrione non affetto da tale patologia, hanno adito la Corte Europea dei diritti dell'Uomo nel 2010, lamentando la violazione degli artt. 8 e 14 della CEDU da parte della normativa italiana.

La pronuncia della Corte di Strasburgo sul tema è di fondamentale importanza, soprattutto per i risvolti relativi alle prospettive di evoluzione ed alla modifica sostanziale della legge italiana, già contrastante con i nostri stessi principi costituzionali. La sentenza condanna lo Stato italiano al risarcimento del danno morale cagionato alla coppia, alla quale è invece riconosciuto il diritto a concepire un figlio sano attraverso l'accesso alla diagnosi e alla selezione preimpianto. Accertato il contrasto tra l'art. 4 della normativa italiana in materia di PMA e l'art. 8 CEDU, che sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare, i giudici della Corte Europea dei diritti dell'Uomo consentono finalmente a quelli italiani di sollevare la questione di legittimità costituzionale ex art. 117 Cost., rilevando la violazione dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, allo scopo di ottenere un adeguamento delle norme interne al principio di cui all'art. 8 CEDU³⁹.

Oltre a quello originariamente previsto dall'art. 14, comma 2 ed ormai rimosso, anche il divieto di diagnosi e selezione preimpianto dal febbraio 2013 è definitivamente depotenziato grazie all'intervento correttivo della giurisprudenza, attenta a mantenere gli equilibri non garantiti dal legislatore.

L'ultima recente pronuncia emessa dal Tribunale di Roma⁴⁰ sul caso dei coniugi Costa e Pavan dopo la pronuncia di Strasburgo raggiunge uno stadio ulteriore: il giudice ordina le indagini diagnostiche e di selezione preimpianto alla struttura Asl che si era rifiutata, in ossequio a quanto statuito dai giudici europei, senza prima sollevare la questione pregiudiziale di costituzionalità, considerando che la regola ricavabile dalla sentenza Corte EDU è sufficientemente precisa ed incondizionata da sostituirsi senza ambiguità a quella interna, riconosciuta contraria alla Convenzione. Il giudice italiano con la sua ordinanza, pertanto, giunge alla sostanziale disapplicazione dell'art. 4 della l. n. 40/2004, di fatto sostituendosi al legislatore nel sopprimere l'intollerabile ostacolo all'accesso alle tecniche per i soggetti portatori di patologie genetiche.

36 Le Linee guida del 2008 fanno riferimento a infezioni da HIV, HBV o HCV per l'elevato rischio di infezione per la madre o per il feto che costituisce una causa di infertilità maschile, ostativa della procreazione a causa della necessaria adozione di precauzioni che si traduce in una condizione di infecondità.

37 Si sottolinea che i termini "sterilità" ed "infertilità" sono dalle Linee Guida del 2008 utilizzati come sinonimi, contrariamente a quanto precisato da vasta letteratura scientifica in materia: vedi *supra*, § 1.

38 La sentenza della Corte EDU del 28 agosto 2012 (ric. N. 54270/10) è consultabile, [cliccando qui](#).

39 Cfr. E. DOLCINI, *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello stato: da sempre, un rapporto difficile*, cit., 27 novembre 2013.

40 Trib. Roma, ordinanza 23 settembre 2013, in *magistraturademocratica.it*. Dopo la pronuncia della Corte di Strasburgo, la coppia chiede al Tribunale di Roma che venga ordinato in via d'urgenza alla ASL resistente di farli accedere alle procedure di procreazione medicalmente assistita con diagnosi genetica preimpianto sull'embrione, adottando ogni provvedimento ritenuto opportuno in relazione al caso in esame.

4.

Il superamento del divieto di fecondazione eterologa: la sentenza della Corte costituzionale 9 aprile 2014, n. 162.

Quello sulla fecondazione eterologa è stato certamente il più coriaceo dei divieti originariamente predisposti in materia di PMA: ha rappresentato, infatti, il prodotto normativo della posizione assunta da forze politiche influenzate da granitici pregiudizi di natura etica e religiosa, ponendosi in evidente contrasto con il principio di laicità dello Stato⁴¹.

Elaborato in violazione dei principali parametri costituzionali e dei fondamentali diritti della persona, è stato considerato il divieto che più a lungo e più strenuamente ha presidiato il presunto valore della naturalità della procreazione, e che ha inoltre evitato al legislatore lo scomodo compito di riconoscere definitivamente la legittimità di un modello di famiglia diverso da quello tradizionale, costituito dalla coppia eterosessuale e unita in matrimonio⁴².

Ancora una volta miope di fronte alla realtà sociale in evoluzione, attraverso l'art. 4, comma 3 della L. n. 40/2004 il legislatore non ha tutelato alcun bene di rilevanza costituzionale⁴³, restando piuttosto paternalisticamente ancorato all'urgenza di tutela della sola famiglia naturale⁴⁴, l'unica ritenuta idonea a garantire un rapporto di genitorialità biologica assunto come necessario⁴⁵.

A ben vedere, le pratiche di fecondazione realizzate avvalendosi di gameti che provengono da un terzo soggetto donatore estraneo alla coppia non offendono alcun bene giuridico.

Non pregiudicano la salute della donna sottoposta alle tecniche, né la espongono a rischi diversi da quelli cui potenzialmente sarebbe soggetta se ricorresse alla fecondazione omologa.

Non rappresentano una violazione dell'obbligo di fedeltà coniugale, considerato non solo che la pratica viene realizzata con l'accordo ed il consenso della coppia, ma anche che il delitto di adulterio è stato dichiarato già da tempo incostituzionale.

Non convince la *ratio* a sostegno del divieto di donazione di gameti, individuata nella tutela dell'interesse primario del figlio ad un'identità familiare e alla certezza biologica della genitorialità come «condizione prioritaria per la strutturazione della sua identità personale»⁴⁶: non esiste alcuna prova scientifica che evidenzi che i soggetti nati attraverso le tecniche di fecondazione eterologa siano destinati a vivere in contesti familiari deteriori rispetto a quelli nati attraverso processi riproduttivi tradizionali, e ciò dimostra come il legame affettivo prescinda da quello biologico e come la coincidenza tra genitorialità sociale e biologica rappresenti oggi più un dato esteriore e formale che una reale necessità ai fini della piena realizzazione del migliore interesse del nato.

La realizzazione di tecniche di fecondazione eterologa non lascia spazio neanche a paventati rischi di scambio di materiale genetico e denaro: il principio della necessaria gratuità di tale scambio, garantito dalla donazione dei gameti, esclude la minaccia dell'eventuale creazione di un mercato illecito della PMA.

Accertata l'assenza di «danno sociale»⁴⁷ nella donazione di gameti, non resta che constatare che il vero disvalore della fecondazione artificiale eterologa risiede semplicemente nell'apporto di materiale genetico di un terzo rispetto alla coppia, che si inserisce nel processo riproduttivo all'interno di un contesto relazionale ed affettivo già costituito⁴⁸: l'ostinata salvaguardia del paradigma della famiglia tradizionale lascia balenare il sospetto di un malcelato pregiudizio nei confronti di modelli genitoriali e familiari nuovi, ma comunque ormai specchio di una

41 L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, p. 41 ss.

42 E. DOLCINI, *La legge sulla fecondazione assistita, un esempio di «sana laicità»*, in www.statoe.chiesse.it, 2009, p.9.

43 S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 418.

44 G. DI COSIMO, *Quando il legislatore predilige un punto di vista etico/religioso: il caso del divieto di donazione dei gameti*, in *Dir. Pen. Cont.*, 17 ottobre 2013, p. 8; S. TORDINI CAGLI, *Il paternalismo legislativo*, in *Criminalia*, 2011, p.326.

45 Condivisibile l'affermazione di Vallini per cui l'art. 29 Cost., riconoscendo le prerogative della famiglia naturale, non intende esclusivamente quella caratterizzata dalla discendenza biologica, ma altresì tutela la formazione di nuclei affettivi fondati su presupposti diversi, comunque garantiti dagli artt. 2 e 30 Cost.: A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi e prassi*, Torino, 2012, p. 61, 121.

46 C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Commentario*, Torino, 2004, p. 74.

47 L'espressione è di E. DOLCINI, che diffusamente affronta il tema in *Il punto sulla fecondazione assistita: in particolare il problema della fecondazione eterologa*, in *Corr. merito*, 2013.

48 L. EUSEBI, *Lo statuto dell'embrione, il problema eugenetico, i criteri della generazione umana. La legge n. 40/2004 e i quesiti referendari*, in www.laprocreazioneassistita.it.

società plurale in costante progresso.

Si tratta di un pregiudizio di carattere esclusivamente morale, privo di qualsiasi appiglio costituzionale ma ancor prima logico, se si considera che la realizzazione di pratiche di fecondazione eterologa rappresenta spesso l'unico strumento che la coppia infertile ha a disposizione allo scopo di realizzare la stessa finalità proclamata dalla legge n. 40/2004 agli artt. 1 e 4, cioè quella «di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi» qualora sia «accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione».

Sotto il profilo della conformità a Costituzione, il divieto di donazione di gameti si rivelava da tempo illegittimo, se analizzato da diversi angoli prospettici.

Violava il principio di uguaglianza consacrato nell'art. 3 Cost., generando un'inaccettabile situazione di disparità di trattamento tra le coppie che, al fine di diventare genitori, devono ricorrere a tecniche di fecondazione omologa e quelle che, impossibilitate a fornire gameti propri, devono servirsi di quelli di un terzo; ancor prima non consentiva una considerazione bilanciata tra forme di infertilità che coinvolgono entrambi i soggetti che formano la coppia e quelle che invece attengono al singolo individuo.

L'art. 4, comma 3 della legge sulla procreazione assistita si poneva poi in palese contrasto con l'art. 32 Cost., che in positivo sancisce il principio di autodeterminazione dell'individuo in materia terapeutica e consente al paziente di richiedere e di sottoporsi a qualsiasi trattamento sanitario che possa risolvere un suo problema di salute.

La legittimità costituzionale del divieto era, infine, messa in discussione per la sua incompatibilità con gli artt. 2, 13, 29, 30 e 31 Cost. che, a diversi livelli, proteggono la libertà di ciascuno a svolgere la propria personalità, il diritto a procreare ed alla formazione di una famiglia⁴⁹.

La questione di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa è stata recentemente e definitivamente affrontata dalla Consulta che, accogliendo i ricorsi presentati dai tribunali di Milano, Firenze e Catania, ha dichiarato l'incostituzionalità degli articoli 4, comma 3, 9, commi 1 e 3 e 12, comma 1 della legge 19 febbraio 2004, n. 40: la pronuncia della Corte Costituzionale rappresenta però solo l'ultimo provvedimento dei giudici italiani in merito all'odioso divieto di donazione di gameti, preceduto da fondamentali ed autorevoli interventi sul tema dei giudici sovranazionali.

È la Corte EDU a pronunciarsi per prima sul divieto di fecondazione eterologa contenuto nella normativa austriaca in materia di PMA, la quale consente l'accesso alle tecniche di fecondazione artificiale omologa come *extrema ratio* rispetto a situazioni di totale inefficacia dei metodi riproduttivi tradizionali; ammette poi, in presenza di circostanze eccezionali, la realizzazione della fecondazione medicalmente assistita eterologa *in vivo* ma vieta quella realizzata *in vitro*⁵⁰.

Con la sentenza dell'1 aprile 2010, la Prima Sezione della Corte europea affronta il caso *S.H. e altri c. Austria*⁵¹, accogliendo tutte le argomentazioni sostenute dai ricorrenti, due coppie di cittadini austriaci affette da sterilità, e condanna l'Austria per la violazione dell'art. 8 della CEDU in combinato disposto con l'art. 14: non soltanto viene individuata una violazione del diritto dei ricorrenti al rispetto della propria vita privata e familiare, nel cui alveo è ricondotto anche il diritto di formare una famiglia e di ricorrere a tal fine a tecniche di fecondazione medicalmente assistita⁵², ma è anche evidenziato il carattere discriminatorio della lamentata limitazione di una libertà consacrata nella Convenzione, tale da generare situazioni di trattamento irragionevolmente differenziato tra coppie che intendano accedere alle tecniche di PMA.

Nonostante le peculiarità della normativa austriaca in tema di fecondazione eterologa con cui la Corte di Strasburgo si è trovata a confrontarsi, da questa pronuncia di prima istanza è possibile isolare considerazioni che agevolmente possono formularsi anche in relazione al divieto di fecondazione eterologa originariamente previsto dalla legge sulla procreazione as-

49 R. BARTOLI, *La totale irrazionalità di un divieto assoluto, Considerazioni a margine del divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p.90 ss.; M. D'AMICO, *Sull'incostituzionalità del divieto di "fecondazione eterologa" fra principi costituzionali ed europei*, in D'AMICO, LIBERALI (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, p.18 ss. 50 Artt. 3(1) e 3 (2) della *Fortpflanzungsmedizinengesetz*.

51 Anche la sentenza citata nel testo, come la successiva pronuncia della Grande Camera del 3 novembre 2011, è reperibile in traduzione italiana presso la sezione "Strumenti" del sito www.giustizia.it.

52 Una simile estensione dell'ambito di tutela dell'art. 8 CEDU è riconosciuta da più pronunce della stessa Corte europea, tra cui i casi *Evans c. Regno Unito* e *Dickson c. Regno Unito*.

sistita in Italia, ed in particolare quelle relative alla patente violazione da parte delle norme interne non solo dei principi costituzionali, ma anche delle norme convenzionali.

L'*input* fornito dai giudici europei ha infatti sollecitato i giudici di Firenze, Catania e Milano a sollevare dinnanzi la Corte Costituzionale la questione di legittimità relativa al controverso articolo 4, comma 3 della legge n. 40/2004, fondandola principalmente sul lamentato contrasto tra la disciplina sulla PMA e l'art. 117, comma 1 Cost., che impone il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

Lo slancio dei giudici italiani si rivela però intempestivo, dato il carattere non definitivo della pronuncia della Prima Sezione della Corte Edu: la sentenza della *Grande Chambre* del 3 novembre 2011, intervenuta a seguito di rinvio del caso, l'unica ad essere definitiva ex art. 44 CEDU, riforma integralmente la decisione dell'anno precedente affermando che il divieto di fecondazione eterologa sancito dalla legislazione austriaca rappresenta un'interferenza proporzionata e compatibile con l'art. 8 CEDU e nega pertanto la violazione, da parte della stessa disciplina nazionale, del diritto al rispetto della vita privata e familiare riconosciuta dalla Convenzione europea.

Considerato il *novum* costituito dalla diversa pronuncia della Grande Camera rispetto all'interpretazione formulata dalla Prima Sezione, la Corte Costituzionale italiana, senza entrare nel merito della questione⁵³, con l'ordinanza interlocutoria n. 150 del 22 maggio 2012 riunisce i giudizi di costituzionalità sollevati e restituisce gli atti ai giudici *a quibus* affinché procedano ad un rinnovato esame delle questioni sottoposte al suo giudizio alla luce della sentenza sopravvenuta il 3 novembre 2011.

Il secondo tentativo dei giudici italiani di formalizzare con una pronuncia della Consulta l'irragionevolezza del divieto di donazione di gameti ha esito positivo: dopo aver ricalibrato il tiro accogliendo l'invito della Corte Costituzionale, infatti, i giudici di Milano, Catania e Firenze riformulano le questioni di legittimità abbandonando il riferimento all'art. 117 Cost. e valorizzando piuttosto quegli stessi parametri costituzionali sulla cui violazione la Corte aveva in primo luogo deciso di non pronunciarsi. Le tre ordinanze eccepiscono in particolare l'irriducibile contrasto tra le norme della legge n. 40/2004 che vietano e sanzionano pesantemente l'accesso e la realizzazione di tecniche di fecondazione eterologa e gli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost.: seguendo l'*iter* logico-argomentativo seguito dai tutti i tribunali rimettenti, il divieto di donazione di gameti compromette il diritto della coppia di autodeterminarsi in ordine alla scelta di creare una famiglia, impedendo l'utilizzo dell'unico strumento spesso utilizzabile per risolvere i problemi di fertilità e sterilità; ne consegue un'ingiusta disparità di trattamento tra coppie, che sono differenziate esclusivamente in relazione al *tipo* di sterilità da cui sono afflitte⁵⁴.

Lo scorso 9 aprile la Corte Costituzionale si pronuncia, abbattendo anche l'ultimo dei soffocanti divieti predisposti dal legislatore in tema di PMA, sopravvissuto per ben dieci anni alla scure dei giudici e responsabile di un'intollerabile contrazione di diritti e libertà fondamentali di ogni individuo, nonché della contaminazione delle scelte di politica legislativa da parte di istanze di natura esclusivamente confessionale: il divieto di fecondazione eterologa è illegittimo qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità *assolute e irreversibili*. La sensazione, però, è che l'accezione di sterilità o infertilità debba essere intesa nel senso più ampio possibile, poiché la Corte privilegia una nozione *esistenziale* di salute umana.

Dichiarando l'incostituzionalità dell'articolo 4 comma 3, della legge n. 40/2004 e degli articoli 9, commi 1 e 3, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3», e 12, comma 1, ancora una volta la Consulta si ritrova ad assumere il ruolo di supplente di un legislatore incapace di apportare le necessarie modifiche ad una normativa manifestamente irragionevole.

La sentenza n. 162/2014 approfondisce l'intera tematica relativa regolamentazione della fecondazione assistita di tipo eterologo, affrontandola sotto angoli prospettici che richiamano i parametri costituzionali interni e non anche quelli utilizzati dalla Corte EDU⁵⁵. I giudici

53 A. PIZZORUSSO, *La restituzione degli atti al giudice a quo nel processo costituzionale incidentale*, Milano, 1965.

54 Trib. Milano, ord. 29 marzo 2013, con nota di [A. VERRI, Il Tribunale di Milano rimette nuovamente alla Corte Costituzionale la questione concernente la legittimità costituzionale della fecondazione eterologa](#), in *Dir. Pen. Cont.*, 15 aprile 2013.

55 Critico sulla decisione di fondare l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa (solo) su parametri costituzionali interni è A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte Edu*, in *Forum Quaderni costituzionali*.

costituzionali riconoscono, in primo luogo, l'urgenza di un serio bilanciamento tra i diversi e fondamentali interessi che vengono in rilievo.

Numerosi passaggi della motivazione sanciscono e precisano altrettanti principi già riconosciuti nel nostro ordinamento, ma di cui la Corte incisivamente chiarisce l'effettiva portata e latitudine, anche alla luce della maturata coscienza sociale.

Il primo nodo sciolto dalla sentenza attiene alla collocazione del ricorso alle tecniche di fecondazione eterologa tra le libertà ascrivibili all'individuo. La determinazione di avere o meno un figlio è espressione della generale libertà di autodeterminazione ed, in quanto tale, è incoercibile perché concerne la sfera intima e privata della persona; la scelta di diventare genitori e formare una famiglia spetta anche alla coppia sterile o infertile che intenda perseguire tale scopo accedendo alle tecniche di PMA di tipo eterologo. Considerate queste due fondamentali premesse, il sillogismo si completa: anche per tali ultimi soggetti la scelta deve considerarsi incoercibile.

A corollario – e a sostegno – della conclusione che riassume l'argomentazione logica della Corte, la sentenza chiosa: «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa»⁵⁶.

Non rilevrebbe dunque, sul punto, l'obiezione – variamente argomentata nel tempo – sulle potenziali conseguenze negative per il nato da fecondazione eterologa, correlate alla violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica e alla genitorialità non naturale. Simili preoccupazioni non possono essere alimentate, se solo si osserva che la regolamentazione generale dello stato giuridico del nato e dei rapporti con i genitori già predisposta dalla legge n. 40/2004 e dalla legge n.184/1983 in tema di adozione⁵⁷ è direttamente applicabile anche al nato da PMA eterologa, che dunque godrà dello stato di figlio nato nel matrimonio o riconosciuto, ma non potrà vantare alcuna relazione giuridica parentale con il donatore di gameti.

È evidente, già in questa prima articolazione della sentenza, la costante tendenza della Corte Costituzionale a ribadire un assunto che sembra essere sfuggito al legislatore in occasione della predisposizione della normativa sulla procreazione medicalmente assistita: la fecondazione eterologa ha come caratteristica quella di rappresentare una *species* rispetto al più ampio *genus* della PMA, è ciò – insiste la Corte – vale a subordinare tale peculiare tecnica alla normativa generale in tutte le sue disposizioni in virtù degli ordinari canoni interpretativi, e non a *differenziarne completamente* lo statuto.

Se per ben dieci anni è stata considerata come una tecnica di tipo eccezionale, emarginata in quanto “estrema”, la PMA di tipo eterologo riacquista adesso dignità assurgendo, anche in Italia, ad una delle diverse soluzioni prospettabili e praticabili da chi intenda superare i propri problemi riproduttivi derivanti da sterilità o infertilità.

Le differenze della fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo rispetto a quella di tipo omologo, inoltre, non rappresentano un ostacolo dirimente alla totale tutela del diritto alla salute di chi ricorra alle tecniche: indipendentemente dal tipo di pratica scelta per formare una famiglia deve essere garantita la salute dell'individuo, sia fisica che *psichica*.

Preso atto, infatti, che la permanenza del divieto di donazione di gameti potrebbe produrre conseguenze negative sulla salute anche psichica della coppia, e ledere proprio l'art. 32 che invece la tutela, la Consulta interviene evidenziandone l'inadeguatezza, nonché riaffermando quanto già precisato nelle sue precedenti pronunce (le fondamentali sentenze n. 8 del 2011 e n. 151 del 2009): l'intervento in ordine alle pratiche terapeutiche ed alla loro appropriatezza «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»⁵⁸. E proprio al fine di ridurre la probabilità di simili giudizi aprioristici dettati da scelte di politica legislativa, la titolarità delle scelte terapeutiche dev'essere riservata al medico, che agisce responsabilmente ed in piena autonomia, sempre assistito dal consenso del paziente⁵⁹.

Non c'è alcun rischio di scivolare nel c.d. *slippery slope*: la possibilità che la realizzazione della PMA di tipo eterologo pieghi la pratica medica a fini consumistici, assecondando “il

56 Cfr. § 6, diritto, che si riferisce all'istituto dell'adozione come esempio che dimostra la generale approvazione dell'ordinamento nei confronti della formazione di un nucleo familiare nel quale non rileva l'identità genetica.

57 I giudici costituzionali fanno esplicito riferimento all'art. 28 comma 5, della legge n.184/1983, recante norme relative al diritto del minore ad una famiglia, nel quale si specificano le modalità per l'accesso alle informazioni in merito all'identità dei genitori biologici dell'adottato.

58 Vedi § 7, diritto, Corte Cost. 10 giugno 2014 n. 162, su giurcast.org.

59 Sul punto cfr. anche § 2.

desiderio di autocompiamento” della coppia, è scongiurata *ex ante* dalla valutazione circa l'opportunità della esecuzione della fecondazione assistita da parte del professionista che si affida alla scienza medica ed alle evidenze scientifiche acquisite; *ex post* dal potere di controllo del legislatore, che mantiene la facoltà di verifica che le eventuali scelte mediche siano adottate in conformità ai parametri costituzionali e non ledano altri interessi di pari rango.

Dopo aver confermato l'incompatibilità del divieto di donazione di gameti con i parametri costituzionali individuati dai giudici di Catania, Milano e Firenze, le argomentazioni della Corte Costituzionale si orientano verso l'analisi dei potenziali effetti della soppressione delle norme che vietano la fecondazione eterologa.

Ancora una volta le parole dei giudici costituzionali risultano rassicuranti: l'accoglimento delle questioni di legittimità sollevate dai giudici *a quibus* davanti alla Corte non determinerà alcun vuoto normativo, così come prospettato, invece, dall'interveniente, secondo il quale le censure proposte sarebbero dunque da considerare inammissibili.

A giudizio della Consulta, infatti, la censura del divieto introdotto dall'art. 4, comma 3 della legge n. 40/2004 non può giustificare la paventata sensazione di *horror vacui* per due semplici ordini di ragioni. Giurisprudenza consolidata nell'ambito della stessa Consulta – e richiamata nella stessa pronuncia n. 162/2014 – chiarisce che, in generale, l'intervento della Corte a rimedio di un *vulnus* costituzionale, se provoca eventuali carenze legislative, dev'essere seguito dalla sollecita azione del legislatore, cui compete l'introduzione di disposizioni idonee a colmare il vuoto generato dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale.

Nel caso di specie si osserva, tuttavia, che tale vuoto non sussiste, essendo le norme di divieto e sanzione previste dalla normativa in tema di PMA perfettamente valide ed applicabili anche per lo svolgimento della fecondazione eterologa⁶⁰.

L'attenta anamnesi della preclusione introdotta dal legislatore con l'art. 4, comma 3 della legge n. 40, condotta dai giudici costituzionali attraverso la ricostruzione dei profili di illegittimità oggetto dello scrutinio, si perfeziona in una logica conclusione, enucleata e sviluppata nel § 13 dei motivi di diritto della decisione: il divieto censurato è «il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento».

La diagnosi del divieto di fecondazione assistita è dunque “deficit di ragionevolezza”.

Il divieto viola il canone di razionalità dell'ordinamento perché nega *in toto* il diritto alla genitorialità alle coppie affette da gravi patologie che causano sterilità ed infertilità assolute ed irreversibili, disattendendo la stessa *ratio legis* nonché lo stesso art. 3 Cost. che esige leggi ispirate a criteri di «coerenza logica, teleologica e storico-cronologica».

Non supera il test di proporzionalità, in quanto l'esigenza di assoluta tutela del nato che risulta dalla preclusione non è bilanciata da una corrispondente tutela del diritto della coppia di formare una famiglia: l'illogico squilibrio tra i diversi interessi in gioco diventa intollerabile soprattutto quando costringe gli aspiranti genitori a sottoporsi alle tecniche di PMA eterologa in altri Paesi, trasformando inaccettabilmente la disponibilità di risorse economiche in condizione necessaria e sufficiente per l'esercizio di un diritto fondamentale.

Per la Corte Costituzionale la prognosi del divieto di donazione di gameti è pertanto senz'altro infausta: l'art. 4, comma 3 della legge n. 40/2004 e le correlate disposizioni degli artt. 9, commi 1 e 3, e 12, comma 1 non possono sopravvivere, affetti da un insuperabile vizio di legittimità⁶¹.

All'indomani dalla pronuncia sulla norma simbolo della legge n.40/2004, gli effetti della soppressione del divieto di fecondazione eterologa sono lampanti.

Un dato, in particolare, richiama l'attenzione e manifesta la totale inadeguatezza della

60 Cfr. § 11.1, diritto. In questo passaggio della sentenza la Corte Costituzionale passa in rassegna le singole disposizioni che risultano efficacemente applicabili anche ai casi di donazione di gameti: l'art. 5 relativo ai requisiti soggettivi per l'accesso alle tecniche, l'art. 6 in tema di consenso, l'art. 7 sulle Linee guida emanate dal Ministro della salute, l'art. 8 che riconosce al nato da procreazione assistita (anche eterologa) lo status di figlio legittimo o riconosciuto dalla coppia, gli artt. 10 e 11 concernenti l'individuazione delle strutture autorizzate all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita e la loro registrazione presso l'Istituto superiore di sanità, l'art. 12 che concentra l'intero statuto punitivo della PMA. Al di là dei riferimenti interni alla legge n. 40/2004 e per profili ulteriori rispetto a quelli già disciplinati dalla stessa normativa, i giudici costituzionali richiamano, inoltre, le norme relative alla donazione di tessuti e cellule umani e quelle in tema di adozione, come riferimenti normativi cui la fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo è certamente subordinata.

61 Per un primo, analitico commento della sentenza costituzionale 162/2014 v. [V. TIGANO, La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro](#), in *Dir. Pen. Cont.*, 13 giugno 2014.

norma, ormai dichiarata incostituzionale, a rappresentare un valido strumento utile a risolvere in concreto i problemi di migliaia di coppie sterili: soltanto a poche settimane dalla pronuncia della Corte Costituzionale sono pervenute ai Centri Cecos di fecondazione assistita in Italia migliaia di richieste di accesso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, soprattutto relative all'ovodonazione⁶². L'esponentiale aumento della domanda da parte delle coppie si associa però a dubbi e perplessità in ordine alle procedure da seguire per la fecondazione eterologa: i Centri italiani non sono ancora in grado di fornire una risposta certa circa le modalità di attuazione delle tecniche, la cui definizione spetta al Ministero della Salute attraverso la prossima ed auspicabilmente emanazione di nuove linee guida.

5. **Le fallimentari disposizioni superstiti della legge 40. In particolare, il suo apparato punitivo spropositato e irrealistico: un pernicioso caso di diritto penale simbolico.**

Neutralizzati gli effetti dei tre più controversi articoli "fulcro" della normativa in materia di PMA, la legge del 19 febbraio 2004, n. 40, sentenza dopo sentenza, risulta oggi quasi integralmente smantellata, privata dei suoi più inaccettabili punti cardinali: stancamente sopravvive nel suo originario involucro attraverso poche norme che, preso anche atto dei progressi della scienza e del mutato spirito dei tempi, non hanno più ragion d'essere e contribuiscono a rendere la disciplina italiana una tra le più restrittive, se raffrontata alle norme che regolano la fecondazione assistita nel resto d'Europa.

Il principale riferimento normativo superstite è l'art. 5 della legge n.40/2004, in forza del quale resta in piedi una delle disposizioni che meglio sintetizza l'ordito ideologico che caratterizza l'intera architettura della legislazione nazionale, cioè l'irragionevole divieto di accesso alle tecniche di fecondazione assistita per i *single* e per le coppie omosessuali. Non soltanto viola gli artt. 3 e 32 Cost. e finisce inevitabilmente per tradire gli stessi intenti che la legge n. 40/2004 si prefigge⁶³, ma non può nemmeno giustificarsi in virtù della presenza di una disposizione omologa in qualcuna delle principali legislazioni europee: se la maggior parte delle discipline degli Stati europei, tra cui quelle belga, inglese e spagnola, non fa alcun accenno all'orientamento sessuale dei soggetti che compongono la coppia come requisito per l'accesso alle tecniche di PMA, la normativa olandese esplicitamente ammette le coppie omosessuali ai trattamenti di fecondazione assistita senza particolari condizioni o restrizioni; come quella spagnola ammette poi specificamente alle tecniche di PMA tutte le donne indipendentemente dal loro stato civile.

Il richiamato art. 5 della legge italiana è responsabile, inoltre, della sopravvivenza del divieto di accesso alle tecniche per i soggetti portatori di gravi malattie genetiche, anche se non sterili o infertili. Sebbene la questione della sua legittimità sia attualmente sottoposta all'attenzione della Corte Costituzionale a seguito dell'ordinanza del Tribunale di Roma del 14 gennaio 2014 e sia stata già affrontata dalla Corte Europea per i diritti dell'uomo nel 2012 con la pronuncia di condanna emessa nei confronti dell'Italia, una simile preclusione rappresenta una voce dissonante nel contesto europeo: legislazioni sul tema, quali quella francese, inglese e spagnola, correttamente individuano nelle tecniche di procreazione assistita non solo uno strumento per rimuovere problemi di sterilità non altrimenti risolvibili, ma anche un efficace mezzo attraverso il quale garantire alle coppie portatrici di malattie genetiche il diritto di generare un figlio sano.

Non è ancora sfuggita all'assalto dei giudici nazionali e sovranazionali la disposizione che vieta qualsiasi sperimentazione sugli embrioni umani, prevista dall'art. 13, commi 1 e 2, e che esclude ogni possibilità di utilizzo di embrioni per la ricerca scientifica, impedendo così alle coppie la donazione di embrioni.

62 Il comunicato di Cecos, l'associazione che raggruppa i principali centri di fecondazione medicalmente assistita pubblici e privati in Italia, contenente i dati relativi alle richieste è consultabile su cecos.it/stampa.

63 Sul punto vedi § 1.

Si tratta di una disposizione la cui violazione è punita con sanzioni⁶⁴ talmente rigide da apparire simbolicamente predisposte dal legislatore ad esclusiva tutela della dignità e dell'irripetibilità dell'essere umano, talmente illogiche da inibire completamente la ricerca anche sulle cellule staminali embrionali, l'unica potenzialmente in grado di giungere a significativi progressi nella cura di malattie ancora inguaribili. La stessa assimilazione tra clonazione riproduttiva e clonazione a fini di ricerca operata dall'art. 13, poi, lascia sorgere pesanti dubbi circa la conformità della norma a Costituzione, considerato che quello della libertà di ricerca scientifica è un principio costituzionalmente protetto.

La comprensibile insofferenza nei confronti dell'illogicità del divieto e della sua sopravvivenza è stata però, anche in questo caso, manifestata dalla questione di legittimità sollevata innanzi la Corte Costituzionale, la quale ha sospeso il proprio giudizio in attesa che la Grande Camera della Corte di Strasburgo si pronunci.

Non trascurabile, infine, è la norma che maggiormente contribuisce a configurare la legge n. 40/2004 come un pernicioso esempio di diritto penale simbolico: l'art. 12, che declina in dieci commi (*rectius*: nove, dopo la declaratoria di illegittimità costituzionale del primo) divieti e sanzioni di spropositata afflittività.

Lo statuto punitivo della procreazione medicalmente assistita può oggi dividersi in due macro-divieti: il primo attiene al rigido rispetto da parte del professionista dei requisiti soggettivi per l'accesso alle tecniche (comma 2) e del principio del consenso informato per la loro realizzazione (comma 4); il secondo (commi 6 e 7) è invece predisposto al fine di scongiurare l'adozione di metodi fecondativi diversi da quelli tradizionali, ancora una volta a presidio della dignità ed irripetibilità dell'essere umano.

Comune denominatore di entrambi i gruppi di divieti è l'assoluta sproporzione tra la condotta eventualmente posta in essere dal trasgressore ed il trattamento sanzionatorio che gli viene riservato.

Gli illeciti amministrativi di cui all'art. 12, comma 2 vengono puniti con una sanzione amministrativa pecuniaria che va da 200.000 a 400.000 euro, quelli di cui al comma 5 con la sanzione amministrativa pecuniaria da 100.000 a 300.000 euro. La severità quasi esemplare dell'intervento punitivo fa trasparire la stessa *ratio* delle disposizioni appena richiamate, che non può che ravvisarsi nell'intento del legislatore di introdurre un deterrente alla realizzazione di condotte su cui ha espresso un giudizio etico di totale disapprovazione. La stessa forza dissuasiva dei divieti è peraltro rafforzata da un'ulteriore sanzione accessoria, quella della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale per il medico e dalla sospensione dell'autorizzazione concessa alla struttura dove sono eseguite le pratiche vietate.

La connotazione ideologica dell'art. 12 con la sua carica deterrente si rivela, inoltre, nelle stesse disposizioni penali contenute nei commi 6 e 7⁶⁵, che sanzionano pesantemente non più soltanto il medico, ma chiunque realizzi la fattispecie incriminatrice descritta dalla norma.

Alla violazione del divieto di realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione della commercializzazione di gameti o di embrioni, insieme a quello di surrogazione di maternità, è associata la pena della reclusione da tre mesi a due anni e la multa da 600.000 a un milione di euro senza alcuna differenziazione tra le diverse condotte: a parte le considerevoli perplessità circa il divieto *assoluto* di maternità surrogata, la cui liceità sarebbe invece utile a superare casi di sterilità idiopatica, la norma pecca di eccessiva indeterminatezza. L'equiparazione tra le diverse condotte finisce, infatti, per anticipare eccessivamente la soglia della tutela ad uno stadio – quello della promozione – che è addirittura antecedente rispetto a quello in cui può profilarsi «il pericolo astratto dell'impianto di gameti o embrioni “commercializzati” nell'utero»⁶⁶.

Anche nel caso di divieto di realizzazione di «un processo volto ad ottenere un essere uma-

64 Il comma 4 dell'art. 13 prevede infatti che «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». Il comma 5 dello stesso articolo dispone poi la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti previsti dall'art. 13.

65 Il comma 6 punisce con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità; il comma 7 sanziona chiunque realizza un processo volto ad ottenere un essere umano discendente da un'unica cellula di partenza, eventualmente identico, quanto al patrimonio genetico nucleare, ad un altro essere umano in vita o morto con la reclusione da dieci a venti anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro. È inoltre prevista, per il medico, l'interdizione perpetua dall'esercizio della professione.

66 L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 687.

no discendente da un'unica cellula di partenza, eventualmente identico, quanto al patrimonio genetico nucleare, ad un altro essere umano in vita o morto» il canone dell'offensività non è neppure lambito, essendo l'incriminazione riferita non già al risultato dell'attività procreativa ma ad un'astratta "realizzazione" dello stesso processo. Come nella fattispecie precedente, però, anche in questa occasione il legislatore non rispetta alcun criterio di proporzionalità nell'individuazione del *quantum* del trattamento sanzionatorio: l'art. 12, comma 7 punisce chi trasgredisce con la reclusione da dieci a venti anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.

Non residuano dubbi circa i profili di illegittimità, anche costituzionale, delle stesse norme superstiti della legge n. 40/2004.

Risulta evidente, dall'analisi delle disposizioni sopravvissute, come l'impianto della legge sia stato lentamente ed instancabilmente eroso e depotenziato sia dall'applicazione delle tecniche nella prassi che dai progressivi interventi giurisprudenziali: nel corso di dieci anni dalla sua entrata in vigore, l'architettura della normativa sulla procreazione assistita si è, infatti, gradualmente impoverita dei suoi peculiari e soffocanti contenuti e risulta, dunque, in via di inevitabile estinzione. Non già per una inaspettata quanto coraggiosa svolta del legislatore, ma per la continua erosione del nucleo duro dell'impianto e soprattutto per la progressiva, sistematica disapplicazione delle sue norme, paradossalmente predisposte *contro* e non a favore della PMA, di fatto inadeguate sin dall'inizio ad adattarsi alle esigenze della realtà sociale in evoluzione.