

11 NOVEMBRE 2015

La regolamentazione della
fecondazione assistita nel difficile
dialogo tra le «due culture»

di Lorenzo Chieffi

Professore ordinario di Diritto pubblico
Seconda Università degli Studi di Napoli



La regolamentazione della fecondazione assistita nel difficile dialogo tra le «due culture»*

di Lorenzo Chieffi

Professore ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico
Seconda Università degli Studi di Napoli

Sommario: 1. Premessa. 2. L'incoerenza scientifica della normativa sulla fecondazione assistita. 3. La necessaria integrazione legislativa della fecondazione eterologa. 4. Le ambiguità legate al divieto di ricorrere alla selezione preimpianto. 5. L'indeterminatezza della sorte degli embrioni soprannumerari: una auspicabile apertura alla donazione per adozione. 6. L'impiego degli embrioni soprannumerari per l'avvio di pratiche sperimentali. 7. Considerazioni conclusive: tra inerzia parlamentare e attivismo giurisprudenziale.

1. Premessa

Il settore della medicina riproduttiva appare, nel nostro Paese, al centro di un vivace, e a tratti anche assai aspro, confronto tra le cd. "due culture"¹ per una certa difficoltà da parte della scienza giuridica di indirizzare tempestivamente il veloce incedere delle conoscenze scientifiche.

Nonostante le straordinarie opportunità offerte dalla tecnologie applicate alla fecondazione assistita, per assecondare le aspettative di genitorialità delle coppie impossibilitate ad accedervi, il dibattito politico, per un insanabile scontro tra distinte visioni della bioetica, dogmatiche e laiche, non è sempre riuscito a fornire i necessari stimoli per l'elaborazione di una adeguata disciplina

* Riceviamo e volentieri pubblichiamo.

¹ Volendo qui riprendere il titolo della nota conferenza tenuta nel 1959 a Cambridge, e poi tradotta e pubblicata in Italia nel 1964, da C. P. SNOW, *Le due culture*, tr. it., 3° ed., Milano, 1977, 60, che, tra le cause dei ritardi della società contemporanea, che portano «a interpretare il passato in maniera errata, a non capire il presente, ed a precluderci ogni speranza per il futuro», rinviene proprio la perdurante incomprendimento, quando non «ostilità e disprezzo», persistente tra umanisti e scienziati.



normativa. La stessa incapacità dell'operatore del diritto, sia esso il legislatore che il giudice, di dominare compiutamente il fenomeno scientifico, per l'assenza, spesso mostrata, di una adeguata sensibilità culturale che gli consentisse di coglierne compiutamente² il possibile impatto all'interno della società, è stata la causa di un insoddisfacente prodotto legislativo e giurisprudenziale, sovente adottato sull'onda dell'emozione e di una «compassione cieca»³.

E così, accanto ad una pretesa del legislatore di regolamentare, secondo un modo di incedere interventista, ogni fase della procreazione assistita, fino ad invadere ambiti applicativi che dovevano essere lasciati più coerentemente alla responsabilità di colui che detiene la conoscenza scientifica, ha fatto anche seguito, in direzione contraria ed opposta, un suo *assordante* silenzio, nonostante gli effetti prodotti dai frequenti interventi censori del giudice costituzionale a salvaguardia dell'autonomia dello scienziato e dei diritti inderogabili dell'individuo.

Non potendo, d'altra parte, ammettersi una accettazione acritica e passiva dei risultati del conoscenza in questo settore della biomedicina, da cui potrebbero derivare pregiudizi per gli stessi valori personalistici, è indubbia l'esigenza di una assidua verifica, nelle concrete prassi, delle conseguenze prodotte dai molteplici impieghi delle innovazioni introdotte. Lo sviluppo, nelle sedi opportune, di un dibattito, aperto alla più ampia partecipazione di tutti i soggetti interessati, potrà infatti rendere possibile una ragionevole regolamentazione giuridica (né proibizionista e neppure eccessivamente permissiva) delle tecnologie utilizzabili, così da ridurre i possibili effetti di una visione *scienziata* ed *utilitarista* della conoscenza, certamente distante da quei beni cui si richiama il Testo fondamentale dello Stato.

Una auspicabile interrelazione tra i protagonisti (in quanto esecutori o destinatari) del fenomeno scientifico, nel contribuire a stemperare la persistente incomprendimento tra la cultura umanistica e quella tecnologica, potrebbe altresì disvelare⁴ lo stretto legame («la non estraneità») della scienza

² Avvalendosi del metodo induttivo basato sulla falsificabilità della prova che ha ispirato la nota teoria popperiana richiamata in *Scienza e filosofia. Problemi e scopi della scienza*, tr. it., Torino, ristampa del 2000.

³ M. MARZANO, *La guerra dei giudici*, in *La Repubblica* del 28 agosto 2014. Le vicende che hanno indotto i giudici ad autorizzare metodi privi di evidenza scientifica (a base di somatostatina, come proposto dal medico modenese Luigi Di Bella, ovvero di cellule staminali mesenchimali, di cui è stata promotrice *Stamina Foundation*) o addirittura a dissuadere l'esecuzione di profilassi vaccinali, in grado, al contrario, di assicurare la necessaria copertura epidemiologica della popolazione interessata, rappresentano chiare prove di una scarsa dimestichezza con le scienze della vita da parte degli operatori giudiziari, che hanno preferito sovente privilegiare, a seguito della pressione dei soggetti interessati e degli stessi *mass media*, soluzioni di tipo compassionevole, pietoso.

⁴ Grazie all'apporto di convincenti evidenze scientifiche.



«all'altra parte del mondo storico, che è quello morale e sociale»⁵. In questa direzione, una maggiore considerazione, da parte del legislatore statale, dei risultati della riflessione sviluppata da organismi appositamente abilitati, come il Comitato Nazionale per la Bioetica⁶, potrebbe certamente consentire una elaborazione più accorta e matura del contenuto della norma giuridica.

Secondo l'auspicio manifestato dall'attuale Presidente di questo importante, ma ancora scarsamente valorizzato, organismo consultivo a composizione interdisciplinare⁷, soltanto la realizzazione di una più intensa alleanza «dialettica» tra cultura umanistica e scientifica, in grado di mitigare l'antica «reciproca lotta dogmatica», potrà favorire una guida più responsabile della umanità, che consenta alla scienza di non fermarsi «al qui ed ora, perché è responsabile del futuro» e alla morale di non ritrovare «la sua risorsa solo nel passato, se deve governare e non solo ostacolare il futuro»⁸.

2. L'incoerenza scientifica della normativa sulla fecondazione assistita

A riprova di questa difficile comprensione del fenomeno scientifico, da parte del nostro legislatore, sono le evidenti incongruenze che continuano a permanere in Italia nonostante il ripetuto intervento censorio della Consulta, all'esito delle numerose suggestioni interpretative *up/botton* provenienti dalle Corti sovranazionali e da numerosi giudici di merito. Nell'incidere sull'armonia complessiva di sistema, l'assetto normativo vigente continua infatti a impedire un ragionevole accesso alle tecniche di fecondazione assistita da parte di quelle coppie che fossero incapaci di generare naturalmente.

Un auspicabile riassetto della legislazione in questo settore della medicina della riproduzione ne consentirebbe, peraltro, la conformazione al complesso di valori, come la giustizia e l'equità⁹, oltre

⁵ F. P. CASAVOLA, *L'umanità e il dialogo che nascono dal convergere di più saperi*, in *Il Mattino* del 20 gennaio 2015.

⁶ Il Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) è stato istituito con D.P.C.M. del 28 marzo 1990 che gli conferisce (cfr. <http://www.governo.it/bioetica/>), «funzioni di consulenza presso il Governo, il Parlamento e le altre istituzioni», oltre che «funzioni di informazione nei confronti dell'opinione pubblica sui problemi etici emergenti con il progredire delle ricerche e delle applicazioni tecnologiche nell'ambito delle scienze della vita e della cura della salute», attraverso l'adozione di pareri, mozioni e risposte.

⁷ A norma del D.P.C.M. del 28 marzo 1990, istitutivo del CNB, tale organismo dovrà avvalersi, per la sua composizione, «delle più autorevoli competenze nelle diverse discipline biologiche, giuridiche, scientifiche ed etiche (...) in grado di formulare indicazioni per possibili atti legislativi».

⁸ F. P. CASAVOLA, *Le due culture*, in <http://compagniadeglobulirossi.org/blog/2009/08/le-due-culture-francesco-paolo-casavola-2/>.

⁹ Corte Cost. sent. 12 aprile 2012, n. 87, richiamata dalla più recente sent. 10 giugno 2014, n. 162. Le pronunce della Consulta, citate nel corso del presente lavoro, sono state tratte dal sito internet www.giurcost.org.



che ai criteri ermeneutici¹⁰ richiamati nella giurisprudenza costituzionale e di cui spesso si sono fatti pure interpreti, in via sostitutiva, proprio quei giudici ordinari che sono stati ripetutamente coinvolti dai molteplici soggetti interessati.

Tale integrazione e, per alcuni ambiti, revisione della regolamentazione legislativa sulla procreazione assistita avrebbe l'importante effetto di agevolare, nel rispetto degli inderogabili limiti individuati a protezione dei diritti del nascituro, il compito dei Tribunali chiamati a dirimere eventuali controversie insorte tra quanti fossero stati coinvolti dalle più disparate applicazioni di questa pratica medica.

3. La necessaria integrazione legislativa della fecondazione eterologa

Nonostante le sollecitazioni indirizzate al legislatore dalla Corte Costituzionale, attraverso la sentenza n. 162 del 2014, ad introdurre apposite disposizioni di legge ovvero rivolte al Governo per aggiornare le Linee guida, continua a permanere, a circa un anno dalla pubblicazione di questa pronuncia di accoglimento, un inopportuno vuoto normativo¹¹ a cui, solo recentemente, ha tentato di porre rimedio il *Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della C. Cost. 162/2014*, adottato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome¹².

¹⁰ Dalla «razionalità» della legge», alla «coerenza logica, teleologica e storico-cronologica» a «presidio contro l'eventuale manifesta irrazionalità o iniquità delle conseguenze» della stessa legge (Corte Cost. sent. 12 aprile 2012, n. 87), «proporzionalità», «ragionevolezza che “richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazioni stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi” (sent. n. 1/2014)» (Corte Cost. sent. 10 giugno 2014, n. 162).

¹¹ Anche se non sono mancati, in questo lasso di tempo, ripetuti annunci del Governo presieduto da Matteo Renzi e, all'interno della sua compagine, del Ministro della Salute, Beatrice Lorenzin («*Sull'eterologa non ho perso. Tutti si fermano o sarà il caos*», intervista a cura di M. BOCCI, in *La Repubblica* del 10 agosto 2014), sulla necessità di procedere al più presto a colmare i vuoti prodotti dalla giurisprudenza costituzionale, attraverso un decreto legge o, in alternativa, un disegno di legge, pure integrando le Linee guida vigenti in materia.

¹² Questo documento (14/109/CR02/C7SAN14/109/CR02/C7SAN) è reperibile all'indirizzo <http://www.regioni.it/>.

In attesa di una convincente disciplina legislativa¹³, in grado di fornire maggiore stabilità¹⁴ in tutto il territorio nazionale ad una materia particolarmente sensibile, per interferire con l'esercizio di alcuni diritti fondamentali¹⁵, va a merito di questi enti territoriali, a distanza di cinque mesi dalla pronuncia della Corte, di aver provveduto, sia pure in via «transitoria»¹⁶, alla definizione degli «indirizzi operativi» e delle «indicazioni cliniche omogenee»¹⁷.

L'accordo raggiunto non ha, tuttavia, impedito alle stesse Regioni di pervenire ad una differenziazione dei costi della prestazione sanitaria, legati all'ammontare dei *ticket* imposti all'utenza, indispensabile per realizzare la fecondazione eterologa. Ciò ha provocato una sorta di asimmetria nel godimento dell'opportunità offerta dalla pronuncia della Corte Costituzionale che potrebbe, progressivamente, condurre ad una «frammentazione e diversificazione dei diritti su base

¹³ Che, pure in presenza dei nuovi spazi consentiti dalla giurisprudenza costituzionale, non ha dissuaso le coppie interessate a rivolgersi ancora una volta a dei giudici cautelari e di merito (cfr., ad esempio, Trib. civ. Bologna, Sez. I, 14 agosto 2014, richiamata da L. PLEUTERI- G. SGARLATA, *Il giudice sdogana l'eterologa: si può partire*, in *La Repubblica* del 19 agosto 2014) per ottenere l'accesso all'eterologa, nonostante le precisazioni fornite dall'allora Presidente della Consulta (*Sull'eterologa è già caos. Toscana contro Lorenzin. La Consulta: si può partire*, in *La Repubblica* dell'11 agosto 2014), sulla immediata applicabilità della legge n. 40 nella dimensione assunta a seguito della sent. 10 giugno 2014, n. 162. Per G. TESAURO, infatti, il centri autorizzati avrebbero potuto certamente praticare l'eterologa a condizione di rispettare «tutti quei paletti che la legge 40 ha fissato per la procreazione medicalmente assistita e tutti i meccanismi di controllo pubblico».

¹⁴ Attraverso una adeguata regolamentazione legislativa, ad esempio, del diritto alla riservatezza del donatore di gameti, l'inserimento delle pratiche di fecondazione assistita tra i livelli essenziali delle prestazioni contemplati dalla lett. m) dell'art. 117 Cost., in grado di garantire eguaglianza di accesso alle coppie, indipendentemente dal luogo di residenza.

¹⁵ A cominciare dal diritto del nato, a seguito all'impiego della pratica eterologa, di conoscere la propria identità genetica che, nel coinvolgere «una questione di politica e di tecnica legislativa di competenza del conditor iuris», richiede «esclusivamente» lo svolgimento di «scelte di opportunità» riconducibili alla discrezionalità riservata al legislatore ordinario» (Corte Cost. sent. 10 giugno 2014, n. 162). La opportunità concessa al nato da fecondazione eterologa di risalire alle proprie origini genetiche, per avviare un protocollo di cura, sarebbe peraltro coerente con quanto oggi consentito dalla legge statale in materia di adozione [art. 28, comma 4 della legge n. 184 del 1983, come modificato dall'art. 100, comma 1, lett. p) del d. lgs. n. 154 del 2013] a seguito degli interventi della Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, causa Godelli c. Italia, ric. n. 33783/09, in [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-114323#{"itemid":\["001-114323"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-114323#{), e della stessa Corte Cost., sent. 22 novembre 2013, n. 278.

¹⁶ *Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della C. Cost. 162/2014, cit.*

¹⁷ Relativamente alla «istituzione di un Registro nazionale per la tracciabilità donatore/nato»; alla introduzione della «regola della gratuità e volontarietà della donazione di cellule riproduttive»; al «principio di anonimato del donatore e la sua deroga esclusivamente per esigenze di salute del nato»; alla «introduzione di un limite massimo alle nascite da un medesimo donatore»; alla «introduzione di un limite minimo e massimo di età per i donatori»; alla «introduzione immediata della fecondazione eterologa nei LEA, con relativa copertura finanziaria» (*Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della C. Cost. 162/2014, cit.*).



territoriale¹⁸, ad ulteriore dimostrazione dell'urgenza di un intervento statale (di tipo legislativo e attraverso le Linee guida) in grado di garantire uniformità di trattamento.

L'auspicato intervento legislativo, suscettibile di essere sindacato soltanto dalla Consulta, avrebbe pure l'effetto di assicurare maggiore solidità interpretativa rispetto alla attuale disciplina amministrativa introdotta dalle Regioni, in adempimento dell'intesa raggiunta, facilmente aggredibile da parte del giudice amministrativo¹⁹, in presenza di un ricorso avanzato da quanti continuassero ad essere esclusi da tale pratica medica.

Pur non condizionando l'accesso allo svolgimento della fecondazione eterologa, da parte delle coppie interessate, l'intervento del Parlamento, nel dare esecuzione a quanto prescritto dalla direttiva europea sull'attivazione dei centri abilitati a conservare le cellule riproduttive²⁰, potrebbe pure provvedere ad una compiuta regolamentazione del Registro nazionale dei gameti, indispensabile per assicurare la loro tracciabilità e il monitoraggio del numero delle donazioni effettuate da ciascun volontario.

La stessa protezione della *privacy* di questi donatori, entro i limiti indispensabili per assicurare, per ragioni sanitarie, la conoscenza delle origini genetiche di coloro che fossero stati generati grazie all'impiego di questa pratica riproduttiva, non potrebbe che formare oggetto di una apposita disciplina legislativa, in grado di assicurare eguaglianza di trattamento su tutto il territorio nazionale.

¹⁸ C. SARACENO, *I gemelli divisi e una legge che non c'è*, in *La Repubblica* del 19 settembre 2014.

¹⁹ A riprova della fragilità della disciplina amministrativa introdotta a livello regionale è la recente ord. del 10 aprile 2015, adottata dal Consiglio di Stato, Sez. III, n. 01486/2015 Reg. Prov. Cau., n. 01686/2015 Reg. Ric., in <https://www.giustizia-amministrativa.it>, con cui è stata sospesa, in via cautelare, la delibera della Giunta regionale lombarda (D.G.R. N. X/2344 del 12.9.2014) che, in attesa delle determinazioni del Governo nazionale sull'inserimento nei LEA della fecondazione eterologa, aveva posto a totale carico degli interessati i costi della prestazione, di gran lunga superiori al ticket prescritto in altre Regioni, con l'effetto di determinare una disparità di trattamento tra le coppie in considerazione della loro capacità economica di accedere o meno a tale tecnica riproduttiva. Per i giudici di Palazzo Spada tale previsione determina, infatti, una irragionevole «disparità di trattamento sotto il profilo economico tra la PMA omologa e quella eterologa, stante l'incontestata assunzione a carico del s.s.r. lombardo - salvo il pagamento di ticket - della prima». La sospensione della vigenza del provvedimento regionale veniva, quindi, disposta per la «gravità ed irreparabilità» delle conseguenze arretrate «poiché l'esecuzione dei provvedimenti impugnati è suscettibile di produrre l'effetto della perdita, da parte di coloro che non sono in grado di sostenere l'onere economico ivi previsto, della possibilità di accedere alle tecniche in parola dovuta al superamento dell'età potenzialmente fertile durante il tempo occorrente per la definizione del giudizio nel merito».

²⁰ Direttiva 2004/23/CE del P.E. e del Consiglio del 31 marzo 2004, in *G.U.C.E.* L 102/48, IT 7.4.2004, sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani.

4. Le ambiguità legate al divieto di ricorrere alla selezione preimpianto

Pure in presenza del persistente divieto, contenuto nell'art. 13, n. 2 lett. b) della legge n. 40, di consentire alla coppia interessata la selezione preimpianto degli embrioni, talune aperture appaiono tuttavia oggi consentite attraverso una lettura sistematica della sentenza della Consulta n. 151 del 2009, che, nell'ammettere la creazione di più embrioni e la possibilità per la coppia stessa di accedere alla diagnosi genetica per verificarne lo stato di salute, potrà implicitamente²¹ condurre il medico ad impiantare, con il consenso degli interessati, soltanto quelli che fossero giudicati integri, così da scongiurare il successivo ricorso alla interruzione volontaria della gravidanza (IVG), come consentito dalla stessa legge n. 40.

Nel rigettare ogni accostamento di questi «strumenti conoscitivi e diagnostici» alle pratiche eugenetiche riguardanti le «politiche sanitarie pubbliche», preordinate ad inaccettabili selezioni basate sulle caratteristiche somatiche del nascituro, appare certamente ragionevole la posizione di quanti ritengono ammissibile una selezione preimpianto che sia «in grado di far compiere agli individui e alle famiglie scelte tese ad avere bambini in buona salute», coerentemente all'esercizio del «diritto delle donne e degli uomini alla propria integrità fisica e alla autodeterminazione»²².

Del resto, l'esigenza di «assicurare concrete aspettative di gravidanza», in adempimento alle finalità perseguite dalla legge n. 40, potrebbe giustificare, attraverso il ricorso ad un'interpretazione costituzionalmente orientata, un inesorabile «affievolimento della tutela dell'embrione»²³ proprio attraverso lo svolgimento di una selezione preimpianto.

²¹ Cfr. A. SANTOSUOSSO- C. A. REDDI, *Opinione dissenziente* sulla “Relazione finale” della Commissione di studio sugli embrioni crioconservati nei centri di P.M.A., nominata con Decreto del Ministro del Lavoro della Salute e delle Politiche Sociali il 25 giugno 2009, approvata a maggioranza l'8 gennaio 2010, in <http://www.unipv-lawtech.eu/files/relazionecommembrionicio.pdf>, che parlano di «possibilità giuridica» di una selezione preimpianto a seguito dell'intervento del giudice delle leggi. Per questi Autori vi è, infatti, «un ambito di diagnosi preimpianto che è sicuramente connesso e presupposto» dalla Corte Costituzionale (sent. 8 maggio 2009, n. 151) ed in particolare «quando la diagnosi preimpianto sia richiesta da parte di coppie sterili o infertili che, a norma della legge n. 40, abbiano avuto accesso alle tecniche di procreazione assistita, sempre che la diagnosi sia effettuata su embrioni destinati all'impianto e abbia la finalità di informare la coppia sullo stato di salute degli embrioni».

²² A. SANTOSUOSSO- C. A. REDDI, *Opinione dissenziente, cit.*

²³ Volendo in questa sede riprendere l'espressione utilizzata dal giudice delle leggi nella sent. 8 maggio 2009, n. 151, per giustificare la produzione, e inevitabile possibile spreco, degli embrioni abbandonati all'esito delle necessarie valutazioni scientifiche concordate negli sviluppi della relazione terapeutica.

In assenza di un «esplicito richiamo», all'interno del nostro Testo costituzionale, «allo *status* legale dell'embrione»²⁴, la tutela di quest'ultimo non potrebbe, per lo stesso giudice delle leggi²⁵, essere infatti «assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione».

Pure in presenza di «diritti costituzionalmente rilevanti», la cui disciplina è contenuta in norme «costituzionalmente necessarie» ovvero a «contenuto costituzionalmente vincolato» non suscettibili, come la legge n. 40, di abrogazione totale²⁶, l'attenuazione del grado di tutela dell'embrione viene, per tale via, giustificato soltanto dalla presenza di un superiore interesse della donna, certamente meritevole di protezione, a una procreazione che, a seguito dell'impianto, non la costringa per ragioni sanitarie ad una successiva interruzione volontaria della gravidanza.

Nel riproporre quanto in precedenza sostenuto dalla stessa giurisprudenza costituzionale²⁷, nella parte in cui veniva esclusa una «precedenza totale ed assoluta» della protezione del concepito (ormai giunto ad una fase di crescita fetale) rispetto ad «altri beni che godono pur essi di tutela costituzionale», a maggior ragione si potrebbe sostenere, in presenza di un embrione portatore di gravi malformazioni o malattie genetiche, l'assenza di una «equivalenza» tra la sua salvaguardia e il diritto alla salute «proprio di chi è già persona, come la madre», costretta a procedere ad una successiva IVG, in assenza della opportunità di ricorrere ad una selezione preimpianto.

Peraltro, l'esigenza di espungere dal nostro ordinamento giuridico, analogamente a quanto consentito in altri Paesi²⁸, l'esplicito divieto di effettuare questa selezione è stata pure sollecitata dalla Corte di Strasburgo²⁹ che ha ricondotto il «desiderio» di «mettere al mondo un figlio non

²⁴ L. VIOLINI – B. VIMERCATI, *Alla ricerca dello statuto costituzionale degli embrioni crioconservati*, in *Quaderni di Scienza e Vita*, n. 11, 2013, 71, che rilevano, al riguardo, la profonda diversità tra il nostro testo costituzionale e quanto viene, invece, riconosciuto dalla Costituzione irlandese (VIII emendamento, entrato in vigore nel 1983) a norma del quale «lo Stato riconosce il diritto alla vita del concepito e, tenuto conto dell'eguale diritto della madre alla vita, si impegna a rispettarlo, proteggerlo e implementarlo attraverso sue leggi» e dalla Costituzione ungherese (art. II) per la quale «la dignità umana è inviolabile. Ogni uomo ha diritto alla vita ed alla dignità umana, la vita del feto va protetta fin dal concepimento».

²⁵ Corte Cost. sent. 8 maggio 2009, n. 151.

²⁶ Cfr. Corte Cost. sent. 10 febbraio 1997, n. 35 e sent. 28 gennaio 2005, n. 45

²⁷ Corte Cost. sent. 18 febbraio 1975, n. 27. E' chiaro che questa pronuncia della Corte riguardava un differente contesto simbiotico tra la donna e il nascituro, oramai impiantato nell'utero della prima.

²⁸ Come, ad esempio, la Germania (art. 3 della *Embryonenschutzgesetz*), la Spagna (art. 12, Ley 14/2006), l'Argentina (art. 17, Ley 26.862/2013) e la Francia (artt. 162.16 e 162.17, della legge 94/654).

²⁹ Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, causa Costa e Pavan c. Italia (Ric. n. 54270/10), reperibile in http://www.camera.it/application/xmanager/projects/camera/attachments/sentenza/testo_inglese/000/000/511/Costa_e_Pavan.pdf.



affetto da malattia genetica», di cui i genitori fossero portatori sani, all'ambito di protezione offerta dall'art. 8 CEDU che consente una scelta «espressione della vita privata e familiare dei ricorrenti». Un'eventuale preclusione a questa diagnosi, nel determinare uno «stato di angoscia della ricorrente», costretta nella tragica opzione tra possibilità di generare un «figlio affetto da malattia» e le «sofferenze derivanti dalla scelta dolorosa di procedere, all'occorrenza, ad un aborto terapeutico», sarebbe per questo giudice sovranazionale «sproporzionata», proprio per la sua ingerenza nel «diritto dei ricorrenti al rispetto della vita privata»³⁰.

In direzione analoga, la «possibilità giuridica» di svolgere una selezione preimpianto, nella misura oggi consentita dall'interpretazione offerta dalla Corte Costituzionale, dovrebbe ancora una volta, per ragioni di armonia di sistema³¹, ragionevolmente condurre, in ossequio al principio di eguaglianza, al riconoscimento dell'opportunità di accedervi anche alle coppie fertili e portatrici di malattia geneticamente trasmissibile³². L'apertura offerta dalla successiva sent. n. 162 del 2014, a favore della fecondazione eterologa per le coppie sterili e infertili³³, dovrebbe, per simmetria di trattamento, pure condurre le coppie fertili, affette da siffatta patologia, ad usufruire dei gameti esterni provenienti da altri individui.

Siffatta estensione della categoria dei soggetti ammessi alla fecondazione eterologa ovvero omologa (accompagnata però da una selezione preimpianto), cui hanno pure acceduto alcuni giudici di

³⁰ Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, causa Costa e Pavan c. Italia (Ric. .o 54270/10), *cit.*

³¹ In ossequio ai canoni più volte richiamati dalla Corte Costituzionale nella sua giurisprudenza (sentt. 12 aprile 2012, n. 87 e 10 giugno 2014, n. 162) di «razionalità», «giustizia», «equità», «coerenza logica».

³² Nelle more della pubblicazione del presente lavoro, la Corte Costituzionale, sent. 5 giugno 2015, n. 96, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, commi 1 e 2, e dell'art. 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui non consentono il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili.

³³ Affette da una patologia geneticamente trasmissibile, ovvero per la presenza di una condizione fisica che ostacola le capacità riproduttive di uno dei due coniugi, anche a causa di malattie virali sessualmente trasmissibili e, in particolare, di virus HIV e di quelli della epatite B e C (Linee guida dell'11 aprile 2008, in *G.U.* del 30 aprile 2008). Attraverso l'opportunità offerta a queste coppie di ricevere gameti appartenenti ad un donatore anonimo, la Corte ha inteso porre rimedio ad una irragionevole divieto disposto dalla legge n. 40 che, nel determinare una disparità di trattamento rispetto alle coppie, analogamente sterili e infertili, in grado comunque di ricorrere alla fecondazione omologa, era certamente in grado di arrecare pregiudizio al godimento di taluni diritti fondamentali: dal diritto alla salute della donna, costretta a impiantare embrioni malati che l'avrebbero poi indotta ad una successiva IVG, al diritto di autodeterminazione della coppia, comprensivo dell'aspettativa di soddisfare il bisogno di genitorialità, impedita dall'incompatibilità genetica dei coniugi.

merito³⁴, attraverso discutibili forme di disapplicazione della legislazione vigente³⁵, avrebbe ancora una volta il ragionevolmente effetto di scongiurare il ricorso da parte della donna alla IVG, a seguito dell'avvio naturale della gestazione, in presenza di una grave malformazione genetica del feto.

5. L'indeterminatezza della sorte degli embrioni soprannumerari: una auspicabile apertura alla donazione per adozione

L'inevitabile spreco degli embrioni soprannumerari³⁶, derivanti da un impianto parziale di quelli in precedenza prodotti per avviare una fecondazione omologa o anche eterologa, cui si aggiungono quelli in precedenza selezionati³⁷ per essere affetti da gravi patologie genetiche, pone l'ulteriore questione, su cui ancora una volta tace la legge n. 40, relativa ad un loro successivo impiego per fini adottivi, a beneficio di altre coppie (sterili/infertili o anche fertili) diverse da quelle che li abbiano generati, ovvero di tipo sperimentale, per trarne dagli stessi le cellule staminali utili alla cura di gravi patologie genetiche.

L'opportunità di favorire l'impiego degli embrioni eccedentari per la *nascita*, che richiederebbe un appropriato intervento normativo³⁸, è stata pure sollecitata dal Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) potendo, sia pure parzialmente, «risolvere il problema bioetico degli embrioni residuali» e offrire anche una valida alternativa alla stessa fecondazione eterologa, ancora vietata al tempo (eravamo nel 2005) della manifestazione di questo parere. Nella prospettiva di una inevitabile dissoluzione degli embrioni soprannumerari, a seguito del loro abbandono da parte delle coppie legittimate, la possibilità offerta agli stessi di poter continuare ad esistere all'esito di una loro

³⁴ Come il Trib. Bologna, Sez. I civ., 10 giugno 2009, in <http://www.personaedanno.it>, e il Trib. Salerno, ord. 13 gennaio 2010, Sez. I civ., in *Dir. Giur.*, 2010, n. 1, p. 54 ss., che ha, infatti, consentito ad una coppia fertile, all'interno della quale entrambi i coniugi erano portatori di una mutazione del gene SMA1, di procedere ad una selezione preimpianto attraverso il disinvolto ricorso ad una «interpretazione adeguatrice» degli artt. 1, comma 2, e 4, comma 2, della legge n. 40 (S. AGOSTA, *Tra dimensione fattuale e suggestioni soprannazionali: il giudice al cospetto del biodiritto*, 14 maggio 2014, in <http://www.federalismi.it/>).

³⁵ Che avrebbe dovuto invece condurre questi giudici a coinvolgere preliminarmente la Corte Costituzionale. L'intervento *creativo* dei giudici di merito costituisce la principale conseguenza della persistente incapacità mostrata dal legislatore statale a disciplinare l'impiego di una tecnica medica in grado di soddisfare una aspettativa di genitorialità da parte di coppie impedita dalla presenza di deficit riproduttivi.

³⁶ Non potendo certo immaginarsi una conservazione *sine die* degli embrioni crioconservati ad esclusivo beneficio procreativo della coppia che li ha generati che, per varie ragioni (legate al successo di precedenti impianti, al peggioramento della salute della donna, ecc.), potrebbe pure decidere di abbandonarli, non essendo tenuta comunque ad utilizzarli.

³⁷ Nella misura pure consentita dalla giurisprudenza [Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, causa Costa e Pavan c. Italia (Ric. n. 54270/10), *cit.*] che ha dichiarato la ragionevolezza della selezione preimpianto.

³⁸ In modo da regolamentare lo *status* familiare del nascituro.

adozione (nonostante la non corrispondenza genetica con la donna che sarebbe disposta ad accoglierli nel proprio grembo) finisce per rendere del tutto irragionevole il persistente silenzio serbato dalla legge n. 40 al riguardo.

L'abbandono degli embrioni, da parte della coppia legittimata ad impiegarli, a seguito di una esplicita dichiarazione ovvero del decorso di un determinato lasso di tempo³⁹, finisce per rendere perciò auspicabile⁴⁰ l'avvio della procedura per una loro «donazione per l'adozione», volendo qui riprendere l'espressione utilizzata negli USA⁴¹, ad un loro «impianto»⁴² ovvero «accoglienza»⁴³ per consentirne la maturazione fino alla nascita da parte di altre coppie interessate.

La non essenzialità del requisito della «provenienza genetica» per la costituzione di una famiglia e l'instaurazione di relazioni parentali, che ha reso possibile la legittimazione da parte della Corte Costituzionale⁴⁴ della fecondazione eterologa, attraverso il richiamo per analogia dello stesso istituto dell'adozione di individui ormai nati, potrebbe pure condurre il legislatore a sdoganare la pratica della donazione degli embrioni abbandonati. Un intervento legislativo di questo genere, avrebbe l'effetto di assimilare, nei rapporti con il nascituro, la condizione familiare di entrambi i coniugi, che non avendo alcun legame genetico con quest'ultimo si troverebbero in una situazione di assoluta parità, con quella, questa volta asimmetrica, di quanti, avendo acceduto alla eterologa, si trovano ad avere con lo stesso sia un legame genetico (con la madre, cui appartiene l'ovulo) e sia di tipo sociale (con il padre, cui invece non appartiene il seme)⁴⁵. Attraverso la legittimazione di una *doppia* eterologa, tale pratica verrebbe cioè ad anticipare, al momento della accettazione del dono dell'embrione prodotto da altra coppia, la tradizionale instaurazione del rapporto di adozione che presuppone, invece, la nascita dell'adottato.

³⁹ Che potrebbe essere, sull'esempio della Ley spagnola 14/2006, *sobre técnicas de reproducción humana asistida*, legato al decorso di un periodo non inferiore a quattro anni (art. 11, n. 6), in assenza di alcuna manifestazione di volontà da parte dei soggetti cui appartengono gli embrioni crioconservati.

⁴⁰ Come era, del resto, nei propositi di alcuni progetti di legge (n. 4308, art. 1, n. 4, per iniziativa dell'on.le Farina Coscioni ed altri; n. 4800, art. 3, per iniziativa dell'on. Bocciardo ed altri), presentati alla Camera dei Deputati, nel corso della XVI legislatura, da parlamentari con diverso orientamento, sia laico che cattolico.

⁴¹ Cfr. *Federal Register* 2002;67:48654, richiamato da L. Romano, *Embrioni crioconservati. Quale futuro?*, relazione al X Congresso Nazionale Associazione Scienza e Vita, 23-24 novembre 2012, in http://www.scienzaevita.org/materiale/Relazione_LRomano.pdf.

⁴² Come previsto nella Proposta di legge n. 2958, presentata alla Camera nel corso della XVI legislatura, per iniziativa dell'on. Palagiano ed altri (IDV).

⁴³ Secondo la prassi francese ripresa da A. NICOLUSSI, *Verso l'adozione per la vita degli embrioni abbandonati?*, in *Quaderni di Scienza e Vita*, n. 11, 2013, 68.

⁴⁴ Corte Cost. sent. 10 giugno 2014, n. 162.

⁴⁵ L'asimmetria potrebbe ovviamente essere determinata, in direzione contraria, dalla presenza di una madre biologica (cui non appartiene l'ovulo) e di un padre genetico (cui, invece, appartiene il seme).

Del resto, la prevalenza attribuita alla relazionalità ed affettività che intercorre tra i genitori sociali e il nascituro, pure in assenza tra gli stessi di alcuna affinità genetica, ha recentemente indotto un giudice adito⁴⁶ a riconoscere i diritti genitoriali alla coppia (madre biologica, padre sociale) che, a causa di un involontario scambio di provette da parte degli operatori sanitari di un noto ospedale romano, aveva, dopo la nascita, proceduto al riconoscimento del figlio.

L'assenza di una disposizione legislativa che disciplini questa eventualità e la legittimazione parentale riconosciuta, dal codice civile (art. 236), a colei che ha portato in grembo fino al momento della nascita il bambino poi nato, ha reso inevitabile la soluzione adottata dal giudice cautelare a seguito di ricorso avanzato dalla coppia cui invece apparteneva geneticamente l'embrione.

A differenza della condizione, affetta da una sorta di *strabismo* (madre genetica, padre sociale, o viceversa), nella quale verrebbe a trovarsi il nato a seguito di fecondazione eterologa, la donazione per adozione consentirebbe allora, a somiglianza di una qualunque adozione di un bambino già nato, una maggiore simmetria della relazione familiare tra genitori (entrambi sociali, senza alcuna affinità genetica con l'embrione ceduto) e colui che vedrà poi la luce.

Le possibili conseguenze psicologiche che potrebbero derivare a danno di chi fosse stato generato a seguito di questo atto di liberalità, su cui si è soffermata la stessa Corte Costituzionale⁴⁷ con particolare riguardo agli effetti prodotti dalla eterologa, non dovrebbero peraltro differenziarsi, per l'analogia in precedenza individuata, da quelle subite da un qualunque individuo che fosse stato invece adottato a seguito della sua nascita.

Nel rispetto ovviamente di tutte le opportune garanzie, dirette ad assicurare la regolarità della procedura di donazione, che potrebbe prevedere ad esempio il previo intervento del Tribunale dei minorenni, l'auspicio di evitare lo spreco e successivo abbandono degli embrioni crioconservati, potrebbe pure giustificare la possibilità di estendere l'impianto alle donne *single*⁴⁸, a somiglianza

⁴⁶ Trib. Roma, ord. 8 agosto 2014, in <http://www.siallafamiglia.it/scambio-di-embrioni-lordinanza-del-tribunale-di-roma/>, in seguito confermata da Trib. Roma, Sez. I, ord. 22 aprile 2015 (giudice Cecilia Pratesi), reperibile in

<http://www.quotidianodiritto.ilsole24ore.com/pdf/2010/05/05/ordinanza-Tribunale-roma.pdf>, con la quale si ribadisce l'esigenza di «tener conto in via preminente dell'interesse superiore del fanciullo» consistente «nella valorizzazione del legame simbiotico dapprima tra madre uterina e nascituri, e quindi tra la puerpera ed i neonati, oltre che nella considerazione del loro inserimento, sia pure all'epoca ancora *in nuce*, nel nucleo familiare formato dalla partoriente e dal coniuge».

⁴⁷ Corte Cost. sent. 10 giugno 2014, n. 162.

⁴⁸ Come peraltro disposto dall'art. 2, Proposta di legge n. 4308, per iniziativa dell'on. Farina Coscioni ed altri, appartenenti al PD, di impostazione laica, e pure auspicato da una parte della dottrina (L. EUSEBI,



della pratica di adozione monogenitoriale oggi consentita dall'art. 44 della Legge sull'adozione n. 184 del 1983, sia pure, in quest'ultimo caso, in presenza di particolari condizioni⁴⁹.

6. L'impiego degli embrioni soprannumerari per l'avvio di pratiche sperimentali

E' chiaro che l'auspicabile apertura alla donazione per adozione risolverebbe solo in parte la questione della sorte dei numerosi embrioni crioconservati⁵⁰ che non potrebbero, di certo, essere immersi all'infinito nell'azoto indispensabile per la loro conservazione, sia per gli elevati oneri finanziari che ne derivano⁵¹ e sia, soprattutto, per i pericoli di un loro progressivo deterioramento che li renderebbe inutilizzabili, potendo arrecare pregiudizio per la salute della gestante e per lo stesso nascituro.

In presenza di incerte evidenze scientifiche sui tempi massimi di conservazione degli embrioni crioconservati, la legislazione straniera ne ha infatti scandito, in via precauzionale⁵², la durata che potrà condurre, alla scadenza, al loro abbandono: si va dai tre anni previsti dalla legislazione brasiliana, portoghese e montenegrina, ai cinque anni, per quella argentina, ai dieci anni, indicati da quella australiana, austriaca, israeliana, ungherese ed inglese⁵³.

Il possibile deterioramento di una parte degli embrioni crioconservati ha condotto taluni ad auspicarne, anche nel nostro Paese, l'impiego a fini sperimentali, in modo da consentire, attraverso la produzione di linee cellulari di staminali da essi derivate, la cura (o anche lo studio) di malattie genetiche.

Tale utilizzo alternativo degli embrioni prodotti, oltre ad esprimere solidarietà verso le persone sofferenti, e sovente orfane di terapia, potrebbe rappresentare, a giudizio di una ragionevole

Crioconservazione e adottabilità degli embrioni umani, in *Quaderni di Scienza e Vita*, n. 11, 2013, 64; F. MANTOVANI, *Prospettive giuridiche in tema di embrioni crioconservati*, in *Quaderni di Scienza e Vita*, n. 11, 2013, 56), anche di ispirazione cattolica.

⁴⁹ Il Trib. per i minorenni dell'Emilia Romagna – Bologna, [decr. del 21 marzo 2013](http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2014/09/Decreto-trib-min-bo.pdf), <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2014/09/Decreto-trib-min-bo.pdf>, ha riconosciuto ad ogni effetto l'adozione di una minore, in precedenza autorizzata negli Stati Uniti, da parte di una cittadina italiana single.

⁵⁰ Da notizie apparse sulla stampa (*Fecondazione, embrioni «in più» alla ricerca: ricorso per abolire il divieto dalla Legge 40*, in *La Repubblica* del 10 ottobre 2014) si evince che, alla data dell'ultima rilevazione risalente al 2012, gli embrioni crioconservati sarebbero «18.957, 159 di più dell'anno precedente».

⁵¹ Cfr. Comitato Nazionale per la Bioetica, *Adozione per la nascita degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)*, 18 novembre 2005, in <http://www.governo.it/bioetica/testi/APN.pdf>, p. 3.

⁵² Cfr. A. SANTOSUOSSO- C. A. REDI, *Opinione dissenziente sulla «Relazione finale» della Commissione di studio sugli embrioni crioconservati nei centri di P.M.A.*, cit.

⁵³ Questi riferimenti normativi sono ripresi da L. ROMANO, *Embrioni crioconservati. Quale futuro?*, cit.

dottrina, «l'unica opzione che implica» la prosecuzione della loro vita: «in altra forma, *diffusa, cellulare* (..) *come cellule* in altri individui (come la donazione di organi di cadavere)»⁵⁴.

Di fronte all'inevitabile spreco di embrioni soprannumerari, in esecuzione delle metodologie attualmente impiegate dalla scienza della riproduzione, quella prospettata dagli Autori qui considerati appare l'unica strada percorribile, in aggiunta ovviamente alla loro donazione per adozione.

Non potendo certamente immaginarsi che il legislatore pervenga ad introdurre un divieto all'impiego della fecondazione assistita, proprio per evitare la produzione eccedentaria di queste entità *in fieri*, che avrebbe l'effetto di negare ai soggetti interessati la possibilità di soddisfare la propria aspettativa di genitorialità, non si comprende, se non per ragioni etiche, legate ad una presunta soggettivazione degli embrioni, la persistente preclusione da parte della legge n. 40 ad un loro impiego sperimentale, pur non prendendo poi la stessa posizione sulla loro sorte alla scadenza del periodo di crioconservazione. Ad una ampia valorizzazione della vita embrionale, insuscettibile di alcuna sperimentazione, viene paradossalmente a corrispondere una loro totale svalutazione, all'esito della loro inesorabile alterazione con il trascorrere del periodo massimo di conservazione. La lacunosità e, per molti versi, contraddittorietà della legge n. 40⁵⁵ ha pertanto recentemente indotto una coppia di coniugi con problemi di infertilità a presentare un ricorso davanti ad un giudice di merito (il Tribunale di Milano) per ottenere la disponibilità dell'unico embrione ancora crioconservato, e destinato a non essere più impiantato, sul presupposto che lo stesso, alla pari dei tessuti umani, «sia costituito da “parti del corpo” appartenenti a due *partner*, in quanto tale nella disponibilità in base al principio di autodeterminazione»⁵⁶. A seguito della nascita di tre figli, ottenuti proprio attraverso il ricorso ad una fecondazione omologa, per i soggetti istanti appare

⁵⁴ A. SANTOSUOSSO- C. A. REDDI, *Opinione dissenziente* sulla «Relazione finale» della Commissione di studio sugli embrioni crioconservati nei centri di P.M.A., *cit.* La scienziata e Senatrice a vita, E. CATTANEO (*Neuroni umani. Dalle staminali nuove frontiera per il Parkinson*, in *La Repubblica* del 7 novembre 2014) riferisce dei risultati raggiunti da una *équipe* dell'Università svedese di Lund, guidata da M. Parmar, che «ha dimostrato di poter ottenere in laboratorio i neuroni dopaminergici che degenerano nel Parkinson, partendo da staminali embrionali umani» derivanti «da blastocisti soprannumerari (..), composti da poche centinaia di cellule indifferenziate, prodotti da fecondazione in vitro e non utilizzati dalla coppia» che, come consentito in questo Paese scandinavo, ne aveva autorizzato l'impiego per scopi di ricerca, impedendone così l'abbandono.

⁵⁵ Che, nel valorizzare l'impiego della fecondazione assistita per agevolare la procreazione auspicata dai soggetti interessati, non fornisce soluzione alcuna per rimediare allo spreco di embrioni che ne potrebbe inevitabilmente derivare.

⁵⁶ Cfr. *Fecondazione, embrioni “in più” alla ricerca: ricorso per abolire il divieto dalla Legge 40*, in *La Repubblica* del 10 ottobre 2014.

irragionevole la persistenza del divieto ad un impiego di questo embrione per fini sperimentali che preclude la sua destinazione alla «ricerca senza scopo di lucro e senza finalità selettive ed eugenetiche»⁵⁷.

Nel prendere cioè atto dell'inevitabile abbandono di alcuni embrioni soprannumerari, da parte di chi aveva già soddisfatto il desiderio di genitorialità, anche a seguito di una selezione preimpianto, veniva, nel contempo, sollecitato il giudice adito a verificare l'opportunità di investire la Corte Costituzionale su questa persistente proibizione legislativa che viene a riconoscere all'embrione una rilevanza giuridica difficilmente armonizzabile con le opportunità (a cominciare dalla IVG) pure consentite dalla legge sulla procreazione assistita.

Peraltro, la stessa misura della pena comminata dalla legge n. 40 – reclusione da due a sei anni, suscettibile di aggravamento nel caso di selezione a scopo eugenetico (art. 13, n. 4)– nei confronti di quanti si fossero resi responsabili della violazione del divieto di sperimentazione di embrioni, certamente non parificabile alle conseguenze della commissione del reato di omicidio colposo o doloso, punito con una condanna di ben altra consistenza afflittiva, sembrerebbe offrire un'ulteriore pista interpretativa a favore di un'improbabile soggettivazione di queste entità⁵⁸.

Ad ulteriore riprova di siffatta peculiare valenza giuridica riconosciuta all'embrione, certamente non parificabile ad un soggetto di diritto, è pure la recente pronuncia del Tribunale di Milano ⁵⁹ che, a seguito del deterioramento degli embrioni per il cattivo funzionamento dell'impianto di refrigerazione, è giunto a condannare il responsabile dell'Azienda ospedaliera ad un risarcimento dei danni provocati ai coniugi istanti per le lesioni, da questi subite, del «diritto al concepimento che fa parte delle fondamentali estrinsecazioni della persona umana riconosciute dalla Costituzione, catalogabili come diritti inviolabili (art. 2 e art. 29 Cost.), in ragione della basilare inerenza al nucleo dell'individuo (così come sancito dalla Suprema Corte a proposito del diritto alla sessualità – Cass. n. 13547/09)»⁶⁰.

⁵⁷ Cfr. *Fecondazione, embrioni "in più" alla ricerca: ricorso per abolire il divieto dalla Legge 40, cit.*

⁵⁸ Nonostante la lettera dell'art. 1 della legge n. 40, nella parte in cui consente «il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito». L'attenuazione della pena disposta per la distruzione, a fini sperimentali, dell'embrione, costituisce riprova della contraddittorietà di questa legge. Ad una diversa conclusione si dovrebbe invece giungere in presenza della introduzione, pure da taluni auspicata, del reato di "embrionicidio" (su cui si sofferma NUNZIATA, *L'embrionicidio nello schema di legge - delega per un nuovo codice penale*, in *Crit. Pen.*, 1996, fasc.3-4, 3) che avrebbe, coerentemente, presupposto una reale soggettivazione dell'embrione.

⁵⁹ Trib. Milano, Sez. V civ., sent. 21 maggio 2013, n. 7085, inedita.

⁶⁰ Trib. Milano, Sez. V civ., sent. 21 maggio 2013, n. 7085, *cit.*

Per questo giudice, infatti, la responsabilità imputabile a chi avrebbe dovuto diligentemente custodire gli embrioni, comporta quindi un indiscutibile «pregiudizio morale»⁶¹, per entrambi i genitori, a seguito della lesione, di «indubbia gravità», di un interesse di «rilevanza costituzionale»⁶².

Siffatta impostazione appare, nell'economia di questo giudicato, l'inevitabile conseguenza della impossibilità di assimilare la distruzione degli embrioni crioconservati alla «perdita di un figlio, posto che la legge sulla procreazione medicalmente assistita consente e tutela l'attuazione del diritto alla procreazione per le coppie sterili e infertili»⁶³.

Ad una conclusione analoga era in precedenza pure giunta la Corte EDU⁶⁴ che, nel rimarcare la scarsa coerenza della legislazione italiana sulla fecondazione assistita, nella parte in cui pone limiti alla selezione preimpianto di embrioni affetti da malattia genetica di cui sia portatrice sana la coppia interessata, pur consentendo poi alla donna (a seguito dell'impianto) di ricorrere alla IVG⁶⁵, ha espressamente negato l'assimilabilità dell'embrione al «concetto di bambino».

7. Considerazioni conclusive: tra inerzia parlamentare e attivismo giurisprudenziale

Le nuove opportunità oggi offerte alle coppie di accedere ad ulteriori applicazioni di fecondazione assistita, proprio a seguito dei numerosi interventi giurisprudenziali qui richiamati, dovrebbe, per coerenza ed armonia di sistema, condurre a rimuovere taluni persistenti impedimenti ancora contenuti nella legge n. 40.

Pur dovendo certamente riconoscersi ai giudici, costituzionali e ordinari, il merito di aver aperto significativi varchi all'interno di una disciplina legislativa particolarmente restrittiva, sarebbe certamente opportuno un riassetto della materia in esame da parte dell'organo della rappresentanza popolare, in grado di colmare i persistenti vuoti e porre rimedio alle rilevate contraddizioni.

Nel rispetto dei molteplici criteri interpretativi (dalla ragionevolezza, alla proporzionalità, razionalità, coerenza logica, ecc.), come richiamati dalla Consulta nella sua giurisprudenza, tale intervento legislativo avrebbe certamente l'effetto di assicurare, nel pieno rispetto di un sistema

⁶¹ A causa di un «forte grado di frustrazione e di disillusione» per la non realizzazione dell'impianto, motivo di «grave colpo psicologico ed una forte sofferenza dell'anima, dolore non meramente temporaneo, alimentato dal permanente dubbio circa la possibile realizzazione della loro speranza nell'occasione» (Trib. Milano, Sez. V civ., sent. 7085/13).

⁶² Trib. Milano, Sez. V civ., sent. 21 maggio 2013, n. 7085, *cit.*

⁶³ Trib. Milano, Sez. V civ., sent. 21 maggio 2013, n. 7085, *cit.*

⁶⁴ Corte EDU sent. 28 gennaio 2012, causa Costa e Pavan v. Italia, *cit.*

⁶⁵ Per la Corte EDU, sent. 28 gennaio 2012, causa Costa e Pavan v. Italia, *cit.*, tale contraddizione appare tanto più incomprensibile «tenuto conto, in particolare, delle conseguenze che ciò comporta sia per il feto, il cui sviluppo è evidentemente assai più avanzato di quello di un embrione, sia per la coppia di genitori, soprattutto per la donna».



ordinamentale informato alla divisione dei poteri ed al principio di legalità, una maggiore e certamente auspicabile certezza del diritto.

Senza affatto invadere gli ambiti di competenza degli organi tecnici, maggiormente abilitati ad assecondare, mediante l'impiego di norme certamente più duttili (come le Linee guida, i Protocolli, ecc.), appartenenti alla famiglia del *soft law*, il veloce incedere della conoscenza scientifica, l'intervento del legislatore potrebbe certamente indirizzare, nel rispetto della capienza interpretativa della norma giuridica, il successivo esame da parte del giudice dei singoli casi di specie che fossero stati a lui sottoposti. Nel cogliere «nel crogiolo storico della socialità la valenza giuridica dei fatti, pur carichi di raffinate specificità scientifiche e filosofiche», il diritto, sforzandosi di mettere da parte una tradizionale «connotazione» di tipo prettamente «formalistico», dovrebbe, per tale via, pervenire ad una giusta sintesi degli apporti che derivano da *altre* culture, in modo da superare i «confini» che vorrebbero ostacolarne il necessario dialogo⁶⁶.

Una auspicabile duttilità della normativa legislativa, distante dalla invasività e pervasività che ha caratterizzato la legge n. 40, avrebbe poi l'importante effetto di indirizzare l'opera di quanti fossero successivamente chiamati, nello svolgimento delle rispettive competenze (a cominciare dagli operatori sanitari), ad assicurare l'esecuzione di questa pratica della medicina della riproduzione.

Il necessario riordino della disciplina vigente sulla fecondazione assistita, nel rispondere alle numerose aspettative provenienti dal corpo sociale cui hanno dato pure voce, come abbiamo visto, i giudici, consentirebbe di ridurre il fenomeno, certamente discriminatorio, del cd. *Turismo della procreazione*, cui sono tuttora costretti quanti, ancora impediti ad accedere ad alcune tecniche di fecondazione, decidono, in una era caratterizzata dalla globalizzazione delle conoscenze e da una maggiore mobilità degli individui, di emigrare in Paesi certamente più permissivi, con l'intento di soddisfare il proprio desiderio di genitorialità.

Pur dovendo impegnarsi ad assicurare la necessaria protezione di quanti fossero nati a seguito dell'impiego di questa pratica medica, attraverso un sicuro e stabile riconoscimento del loro *status*

⁶⁶ N. LIPARI, *Il diritto quale crocevia fra le culture*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2015, 1, 9 ss., a giudizio del quale occorre «uscire dal dualismo tra cultura umanistica e cultura scientifica» cogliendo «proprio nella cifra della giuridicità una possibile chiave di sintesi». Per questo Autore proprio «nell'ottica del diritto inteso come storia sia la cultura umanistica che quella scientifica perdono la loro pretesa specificità e scoprono, nella proiezione verso il futuro, l'indispensabilità di una loro alleanza dialettica». Al giurista, in altre parole, sarebbe «chiesto di farsi interprete di apparati culturali e scientifici diversi per ricondurli a sintesi nella peculiarità del singolo momento, ancorando il metodo di analisi e le forme di conoscenza dell'esperienza ad una visione storica e quindi fortemente dinamica».

familiare, la legge dovrebbe perciò dare maggiore spazio alle svariate applicazioni oggi conosciute della scienza procreativa. L'accesso a queste tecniche dovrà ovviamente avvenire nel pieno rispetto della capienza interpretativa consentita dal disposto costituzionale, che è certamente in grado di estendere la sua protezione anche alle relazioni familiari di tipo *affettivo* e *sociale*, assolutamente prive di alcuna corrispondenza genetica.

Tale copertura legislativa avrebbe l'ulteriore effetto di porre rimedio alla prassi, che nel nostro Paese ha sovente caratterizzato la materia dei diritti civili, di una continua *rincorsa*, ad opera dell'organo della rappresentanza politica, degli indirizzi interpretativi in precedenza introdotti dalla giurisprudenza che, sia pure limitatamente ai casi di specie esaminati, ha generalmente anticipato e offerto impulso ad un successivo intervento del Parlamento.

In questa direzione appaiono emblematiche di questa tendenza le molteplici pronunce giurisprudenziali che hanno, a seconda delle competenze dei giudici aditi, prodotto una diretta⁶⁷ o indiretta⁶⁸ innovazione della disciplina normativa vigente, cui avrebbe dovuto fare seguito un

⁶⁷ Come nel caso dell'espunzione del divieto di produrre più di tre embrioni o del ricorso all'eterologa.

⁶⁸ Per la selezione preimpianto o l'apertura a favore della maternità surrogata. Recente è la pronuncia della Corte di Appello di Milano (cfr. I. GREGANTI, *Gemelli in utero in affitto*, in *Il Mattino* del 25 marzo 2015) che ha assolto, perché il fatto non sussiste, una coppia accusata del reato di *alterazione di stato civile* a seguito della richiesta di trascrizione, in Italia, dell'atto di nascita dei loro due gemelli, generati in Ucraina grazie al ricorso ad una fecondazione eterologa cui aveva fatto poi seguito una maternità surrogata, come consentita in questo Paese dell'est europeo. Peraltro, sono oramai molteplici le sentenze (Trib. Venezia, ord. 8 ottobre 2014, Trib. Trieste 4 ottobre 2013, Trib. Milano 15 ottobre 2012, tutte reperibili in <http://www.biodiritto.org/>) che autorizzano questo tipo di trascrizione dell'atto di nascita, rilasciato da autorità straniera, che riguarda bambini venuti alla luce a seguito di ricorso alla pratica, ancora vietata dalla legge n. 40, di affitto di utero. In direzione analoga, una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo (Sez. II, 27 gennaio 2015, Causa Paradiso e Campanelli c. Italia, Ricorso n. 25358/12, reperibile all'indirizzo http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?contentId=SDU1126686) ha condannato l'Italia, per violazione dell'art. 8 della Convenzione, per i danni subiti da una coppia che, dopo aver tentato di registrare all'anagrafe il certificato di nascita del loro figlio nato in Russia, sempre grazie alla maternità surrogata, si era vista – in direzione contraria a quanto pure consentito, come si è già detto, da altri giudici - privare del bambino che era stato allontanato dalla stessa per essere dato in adozione. Non dissimile è stata la condanna pronunciata dallo stesso giudice di Strasburgo nei confronti della Francia (Corte europea dei diritti dell'Uomo, sent., Sez. V, 26/06/2014, n. 65941/11 e Corte europea dei diritti dell'Uomo, sent., Sez. V, 26/06/2014, n. 65192/11, in <http://www.echr.coe.int/>). Gli spazi individuati da alcuni giudici, che hanno inteso valorizzare i rapporti affettivi ormai instauratisi tra i genitori e i figli procreati ricorrendo all'utero di una persona estranea, dovrebbero probabilmente indurre il legislatore del 2004 a riconsiderare, con qualche legittima apertura, l'esclusione di questa tecnica che, oltre a provocare una difformità di interpretazioni giurisprudenziali (che hanno, ad esempio, condotto la Cass. civ., Sez. I, n. 24001 del 26 settembre 2014, reperibile in <http://lanuovagiustiziacivile.com/wp-content/uploads/2015/01/Sentenza-24001-del-2014.pdf>, a confermare la condanna inferta da una Corte d'Appello, per ragioni di ordine pubblico, nei confronti di una coppia emigrata in Ucraina per ricorrere alla maternità surrogata) viene pure a discriminare coloro che non hanno le capacità (di tipo economico) per affrontare questi viaggi all'estero.

tempestivo intervento del legislatore ordinario in grado di colmare i persistenti vuoti ancora presenti nel comparto della medicina qui analizzato.

Il disinteresse invece mostrato dalle Assemblee parlamentari, e dalle stesse forze politiche ivi rappresentate⁶⁹, per temi riguardanti l'inizio o la stessa fine dell'esistenza umana, nel denunciare un loro preoccupante ritardo culturale nonostante le evidenti trasformazioni subite dalla società⁷⁰, continua a privare della necessaria copertura giuridica la condizione di quei soggetti (come l'embrione, la donna, il morente) che, proprio in considerazione di una precipua fragilità, avrebbero bisogno di maggiore attenzione da parte della legislazione.

Questa apatia dell'organo della rappresentanza politica, incapace di assecondare le aspettative provenienti dalla società, costringe inesorabilmente altri, come la magistratura nel nostro caso, ad occupare spazi che avrebbero richiesto, in via preliminare, una attenta e democratica riflessione sulle conseguenze, per la tenuta dei diritti fondamentali dell'individuo, delle applicazioni più avveniristiche della ricerca medica. Ne è derivata una sorta di deriva giurisdizionale della vita quotidiana⁷¹ che sembra oramai costantemente accompagnare alcune delle scelte più intime compiute dall'essere umano, per essere legate alla sua riproduzione o alle decisioni di fine vita.

Lungi dal comprimere gli ambiti di libertà consentiti dall'ordinamento costituzionale, comprensivi dell'estrinsecazione del genio scientifico e dello stesso diritto di autodeterminazione dell'individuo, l'introduzione di questo indispensabile solco normativo avrebbe, allora, l'effetto di ridurre le inevitabili anomalie che possono certamente derivare, in un sistema di *civil law*, dall'esercizio di un potere senza freni, privo dei necessari contrappesi. E così, a parte la possibile disparità di trattamento tra individui, a causa di una diversa sensibilità culturale mostrata dal giudice adito o di

⁶⁹ Come giustamente rilevato da un'autorevole dottrina (S. RODOTA', *Se sui diritti civili il Parlamento va contro mano*, in *La Repubblica* del 17 agosto 2014), è proprio l'esperienza vissuta nell'ultimo ventennio dal nostro Paese a mostrare come la «tutela dei diritti è stata garantita quasi esclusivamente dai giudici costituzionali e ordinari, mentre il Parlamento cercava di ridurne illegittimamente l'ampiezza o rimaneva colpevolmente silenzioso».

⁷⁰ Assai distante dalla attuale contingenza politica è l'esperienza pure vissuta dal nostro Paese nel periodo a cavallo tra gli anni '70 e '80 (definiti da S. RODOTA', *Così cominciò in Italia la rivoluzione dei diritti*, in *L'Espresso 60 anni. La nostra storia. L'ora dei diritti civili*, vol. 4, Roma, 2015, p. 7, come gli anni del «disgelo costituzionale») che consentì, grazie ad una «benefica congiunzione tra consapevolezza politica, spinte sociali, innovazione culturale», una «sempre più diffusa» percezione della «necessità non solo di dare attuazione a fondamentali istituti previsti dalla Costituzione, ma di svilupparne le indicazioni più significative». Appartengono, infatti, a quegli anni, tra quelle che più interessano in questa sede, le significative riforme del diritto di famiglia (legge 151/1975), sull'interruzione volontaria della gravidanza (legge 194/1978), sui trattamenti sanitari obbligatori (legge 180/1978), sull'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale (legge 833/1978), sulla rettificazione e attribuzione di sesso (legge 164/1982).

⁷¹ Cfr. I. DIAMANTI, *I riflettori sui Magistrati*, in *La Repubblica* del 13 aprile 2015.



una sua differente lettura dei principi costituzionali da cui trarre la regola da applicare al caso di specie, non meno rilevanti potrebbero essere, come l'esperienza poi ha dimostrato, gli effetti negativi dell'esercizio del cd. diritto *libero* ad opera di Corti che, in assenza di un ragionevole e chiaro quadro normativo di riferimento, sono, pure, giunte a disapplicare (come nel caso della fecondazione surrogata⁷² o della fecondazione *post mortem*⁷³) leggi ancora vigenti, in quanto ritenute inadeguate al grado di conoscenza scientifica ormai raggiunto ovvero giudicate contraddittorie con gli spazi di azione pure consentiti all'individuo dal nostro ordinamento giuridico.

⁷² Cfr. Trib. Roma, Sez. XII, ord. 17 febbraio 2000, Giudice C. Schettini, in *Famiglia e diritto*, 2000, n. 2, pp. 151-156, il quale, attraverso la diretta applicazione dei principi ricavabili dalla stessa Costituzione e, in particolare, contenuti negli artt. 2, 3 e 32, era giunto a legittimare, in via cautelare, il ricorso alla maternità surrogata in grado di assicurare, a suo giudizio, la tutela della salute psichica della donna committente. Per questo giudice, pur non potendosi infatti affermare «che "il generare" sia necessario alla salute», non poteva tuttavia escludersi «che, in determinati casi, il desiderio di procreazione non appagato può comportare squilibri psichici dai risvolti patologici, specie per le donne».

⁷³ Cfr. Trib. Bologna, ord. 16 gennaio 2015, R.G. 9667/2014, in <http://www.biodiritto.org/>, che ha consentito ad una vedova cinquantenne di utilizzare ai fini procreativi gli embrioni crioconservati prima dell'entrata in vigore della legge n. 40, nonostante fosse sopraggiunta nel 2011 la morte del coniuge.