

LEGGE SULLA PROCREAZIONE ASSISTITA E LAICITÀ DELLO STATO: DA SEMPRE, UN RAPPORTO DIFFICILE*

di Emilio Dolcini

SOMMARIO: 1. L'impatto sulla prassi della legge 40/2004. – 2. Una legge confessionale? – 3. La Chiesa cattolica di fronte alla *pma*. – 4. La dottrina cattolica in tema di embrione, di diagnosi preimpianto e di donazione di gameti. – 5. L'intervento demolitorio della Corte costituzionale sulla legge 40/2004. – 6. Questioni aperte dopo la sentenza della Corte costituzionale del 2009. – 7. La diagnosi genetica preimpianto: si può eseguire? – 8. La diagnosi genetica preimpianto: a quali condizioni vi si può accedere? – 9. Il problema della fecondazione eterologa.

1. L'impatto sulla prassi della legge 40/2004

1.1. La legge 40/2004 affronta un problema – quello della *sterilità di coppia* – diffuso e fortemente avvertito nella società italiana: come riferisce Carlo Flamigni¹, uno dei massimi esperti di medicina della riproduzione, sono il 15-20% le coppie italiane interessate da quel problema.

Nel merito, la legge amplia fortemente la gamma dei limiti e dei divieti imposti alla procreazione medicalmente assistita (*pma*), dotandoli nel contempo di un apparato sanzionatorio ben più stringente rispetto a quello dei codici di autoregolamentazione.

È dunque persino ovvio che la legge n. 40/2004 non abbia favorito – a dispetto della dichiarazione di intenti contenuta nell'art. 1 co. 1 –, ma abbia reso più difficile la soluzione dei problemi riproduttivi. Lo ha fatto, anzi, in modo molto netto: alla tedesca, si potrebbe parlare di una "*legge di lotta contro la pma*"².

1.2. Gli effetti immediati della nuova disciplina emergono da un confronto tra i dati del 2003 e quelli del 2005³.

* Relazione, integrata con le note, tenuta al Seminario *Bioetica e fecondazione assistita, I principi del diritto penale al banco di prova della legge sulla procreazione assistita*, Università degli studi di Urbino Carlo Bo, Dipartimento di Giurisprudenza, 18 ottobre 2013. Una diversa versione di questo scritto è in corso di pubblicazione in *Controversas criminais. Estudos de Direito penal, Processo penal e Criminologia, Livro em homenagem ao Professor Doutor Eugenio Raúl Zaffaroni*, a cura di D. A. Bayer.

¹ FLAMIGNI, *Il libro della procreazione*, 1998, p. 275.

² Cfr. DOLCINI, *La legge n. 40 del 2004: alla prova dei fatti, un efficace strumento di lotta contro la procreazione assistita*, in *Corr. merito*, 2007, p. 1425 ss.

³ Cfr. DOLCINI, *op. ult. cit.*; ID., *La fecondazione assistita tra prassi medica e svolte giurisprudenziali*, in *Corr. merito*, 2009, p. 5 s.

a) *Gli effetti sulle gravidanze.* Le percentuali di gravidanze ottenute per prelievo di oociti sono passate dal 24,8% nel 2003 al 21,2% nel 2005: il calo è pari al 3,6% (con una perdita secca di oltre 1.000 gravidanze).

b) *Gli effetti sugli aborti spontanei.* È diminuita anche la probabilità che dalla gravidanza si giunga al parto: gli aborti spontanei sono passati dal 23,4% nel 2003 al 26,4% nel 2005, con un incremento pari al 3%.

c) *Gli effetti sui parti plurimi.* I parti plurimi sono passati dal 22,7% nel 2003 al 24,3% nel 2005: l'incremento è pari al 1,6%.

In particolare i parti trigemini hanno raggiunto in Italia, nel 2005, quota 2,7%, mentre il dato medio europeo, in costante diminuzione, era già dell'1,1% nel 2003.

d) *Gli effetti sul c.d. turismo procreativo.* Nei primi dodici mesi di applicazione della legge, a partire dal marzo 2004, il numero delle coppie italiane che si sono rivolte a centri esteri è più che triplicato, passando da 1.066 a 3.600.

1.3. Segnalo per inciso che, dopo il disastroso impatto iniziale della legge, la *pma* ha tuttavia ripreso la sua "lunga marcia"⁴, favorita sia dal progresso delle *scienze mediche*, sia da una serie correttivi introdotti nella legge dalla *giurisprudenza*, ordinaria e costituzionale.

Oggi, in effetti, come si ricava dalla Relazione 2013 del Ministro della Salute, sono in costante crescita sia il *numero delle coppie trattate* nei centri italiani di *pma* – erano 46.500 nel 2005, sono quasi 73.500 nel 2011 –, sia il *numero delle gravidanze ottenute*: 9.500 nel 2005, 15.500 nel 2011⁵.

2. Una legge confessionale?

2.1. La legge 40/2004 è stata subito oggetto di valutazioni contrapposte: in particolare, ha ricevuto giudizi negativi da parte di *scienziati e bioeticisti laici*.

Nel 2003, un gruppo di personalità della scienza e della cultura (tra gli altri, Rita Levi Montalcini, Carlo Flamigni, Antonino Forabosco e Eugenio Lecaldano) definiva la normativa sulla procreazione assistita, allora in discussione al Senato, "*inaccettabile e immorale*". Secondo quegli studiosi, l'approvazione di quella proposta di legge avrebbe rappresentato "*una sconfitta per tutti: per i cattolici che, richiedendo e approvando una legge che ammette la fecondazione artificiale, ne riconoscerebbero implicitamente la legittimità tradendo il principio di inscindibilità tra vita sessuale e vita riproduttiva; per i laici, che*

⁴ Ho usato questa metafora in *La lunga marcia della fecondazione assistita. La legge 40/2004 tra Corte costituzionale, Corte Edu e giudice ordinario*, in *Studi in onore di M. Romano*, 2011, vol. III, p. 1475 ss.

⁵ 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, anno di pubblicazione 2013, in www.ministerosalute.it. Nel 2011 – con un'inversione di tendenza rispetto agli anni precedenti – si è invece registrato un calo nel numero nati vivi: da quota 5000 nel 2005, il numero era salito a 12.500 nel 2010, per poi scendere appena sotto 12.000 nel 2011. Le cause di questa diminuzione non sono per ora sufficientemente chiare: nella Relazione 2013 il Ministro si impegna ad un approfondimento in questa materia, salvo escludere sin d'ora che il calo sia interamente riconducibile all'aumento dell'età media delle donne che si sottopongono ai trattamenti (36,5 anni nel 2011; era 34,3 nel 2008).

vedrebbero fortemente limitata la libertà personale dalla volontà di una maggioranza parlamentare; per lo Stato, che verrebbe ferito nel principio fondante della laicità”⁶.

Così, a proposito della legge 40/2004, si è espressa in anni più recenti Margherita Hack⁷: “È una legge medievale ...: non solo limita la libertà dei cittadini, ma anche vieta una ricerca che può essere estremamente importante per guarire malattie fino ad ora inguaribili. Dunque è una cosa vergognosa, ... segno di una classe dirigente ignorante e arrogante”.

2.2. Tra questi svariati rilievi critici, fermo l’attenzione su quello che attiene la laicità dello Stato. Anche a mio giudizio, la legge n. 40 del 2004 ha segnato una svolta neoconfessionale nel nostro ordinamento⁸: in particolare, ha modellato la disciplina della procreazione assistita sulla falsariga della dottrina cattolica, largamente ostile a terapie della sterilità umana alle quali si rimprovera di attentare alla *naturalità* e alla *dignità della procreazione*⁹.

3. La Chiesa cattolica di fronte alla pma

3.1. Vediamo ora da vicino quale è la posizione della Chiesa cattolica sulla *pma*.

Prenderò in considerazione prima il giudizio globale dell’autorità ecclesiastica sulla fecondazione assistita, per poi fermare l’attenzione su alcuni profili particolari, di spiccato rilievo nel quadro della l. 40/2004.

3.2. Oggi come ieri, la Chiesa cattolica condanna la maggior parte delle tecniche di procreazione assistita: salva soltanto, *obtorto collo*, la fecondazione *in vivo* purché praticata *all’interno del matrimonio*.

In effetti, la fecondazione artificiale *in vivo* viene praticata negli ospedali cattolici di tutto il mondo¹⁰. Tuttavia, anche nei confronti di questa forma di procreazione assistita la dottrina della Chiesa appare critica.

⁶ *Intellettuali contro la legge. È inaccettabile e immorale*, 9 dicembre 2003, in www.repubblica.it.

⁷ HACK, *Libera scienza in libero Stato*, 2010, p. 91 ss.

⁸ Cfr. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, 2008, p. 27 ss.; ID., *Da quale pulpito ... Laicità, “sana laicità” e diritto penale*, in D’ORAZIO (cura di), *La laicità vista dai laici*, 2009, p. 175 ss. In questo senso, fra molti, FLAMIGNI, *La legge 40/2004: norme ‘cattoliche’ nel paese di Machiavelli*, in *Notizie di Politeia*, 2005, p. 8 ss.; JORI, *La legge 40/2004 e la morale cattolica*, ivi, p. 71 ss.; MORI, *Sulla legge 40/2004, la legge cattolica sulla procreazione assistita nelle attuali circostanze storiche*, ivi, p. 83 ss. Nella dottrina penalistica, cfr. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 416 ss., in particolare p. 418; RISICATO, *Dal “diritto di vivere” al “diritto di morire”. Riflessioni sul ruolo della laicità nell’esperienza penalistica*, 2008, p. 44; VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, 2012, p. 95 ss., in particolare p. 121. Nella dottrina costituzionalistica, fra gli altri, 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*, 2012, p. 18 ss. e DI COSIMO, [Quando il legislatore predilige un punto di vista etico/religioso: il caso del divieto di donazione dei gameti](#), in questa *Rivista*, 17 ottobre 2013, p. 1 ss.

⁹ Per alcuni lucidi rilievi critici, cfr. RISICATO, *Dal “diritto di vivere” al “diritto di morire”*, cit., p. 24 e p. 38 ss.

¹⁰ Cfr. FLAMIGNI, *Il libro della procreazione*, cit., p. 365.

Emblematiche le riserve sul piano etico espresse nel 2000 dal cardinale Tettamanzi, all'epoca Cardinale di Milano, il quale, tra l'altro, manifesta il sospetto che in questa forma di fecondazione, "anche se eseguita successivamente a un atto coniugale, tale atto rappresenti in pratica più un mezzo per il prelievo dello sperma che un atto per procreare una nuova vita": con la conseguenza che "il bambino concepito rappresenterebbe più il frutto delle procedure tecniche che dell'amore coniugale"¹¹.

A proposito della fecondazione *in vitro*, così si esprime negli anni cinquanta Pio XII, coinvolgendo in tale giudizio anche la fecondazione omologa tra coniugi: "Al riguardo dei tentativi di fecondazione artificiale *in vitro*, è sufficiente osservare che sono da respingersi come immorali e assolutamente illeciti"¹².

Non diversamente Dionigi Tettamanzi, nell'opera alla quale mi richiama poco fa, scrive che quella tecnica di fecondazione "è intrinsecamente illecita, in quanto costituisce una radicale alterazione – una contraddizione – del significato specificamente umano del procreare"¹³.

Il giudizio negativo della Chiesa cattolica non risulta in nessun modo attenuato nella Istruzione *Dignitas personae*, del 2008, nella quale la Congregazione per la dottrina della fede, ad oltre vent'anni dall'Istruzione *Donum vitae*, ribadisce la condanna per qualsiasi forma di fecondazione assistita diversa dalla fecondazione *in vivo* tra persone unite in matrimonio¹⁴: ammissibili, per la Chiesa, sono soltanto le "tecniche che si configurano come un aiuto all'atto coniugale e alla sua fecondità".

3.3. Ora, evidentemente una legge sulla *pma* costellata di divieti e munita di sanzioni, penali e extrapenali, estremamente severe, poste a presidio di quei divieti, risulta in ampia sintonia con la dottrina cattolica: anche se la legge non si spinge sino a vietare ogni forma di *pma*, scelta oggi impraticabile in uno Stato che non sia strutturato secondo un modello teocratico.

Va detto che la sintonia tra legge 40/2004 e dottrina cattolica non è ancora *prova univoca del carattere confessionale delle legge*, le cui scelte potrebbero trovare un fondamento diverso, nel rispetto dunque della laicità dello Stato. Ed è quanto da anni molti studiosi cattolici – bioeticisti, giuristi, scienziati – cercano di dimostrare, con argomenti, a mio avviso, non proprio irresistibili¹⁵.

¹¹ TETTAMANZI, *Nuova bioetica cristiana*, 2000, p. 200.

¹² Così PIO XII, *Allocuzione ai partecipanti al II Congresso mondiale della fertilità e della sterilità*, 19 maggio 1956, in *Acta Apostolicae Sedis*, 48, 1956, p. 469, cit. in A. ZANOTTI, *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990, p. 91, nt. 55.

¹³ Così TETTAMANZI, *Nuova bioetica cristiana*, cit., p. 220. Altrettanto netto il giudizio espresso dal presidente del Movimento per la Vita, interprete fedele nella società italiana delle posizioni della Chiesa: "La procreazione artificiale *in vitro*, sia nella forma omologa che eterologa, sovverte il disegno del Creatore circa il modo di inizio della vita umana". Così C. CASINI, *Riflessioni sulla legge imperfetta: il caso della procreazione artificiale in Italia*, in *Medicina e morale*, 2003, n. 2, p. 227.

¹⁴ DOLCINI, *Da quale pulpito ... Laicità, "sana laicità" e diritto penale*, cit., p. 181 e nt. 33, p. 229. Per il testo integrale della *Dignitas personae*, può vedersi www.zenit.org.

¹⁵ Cfr. DOLCINI, *Da quale pulpito ... Laicità, "sana laicità" e diritto penale*, cit., p. 182 s.

4. La dottrina cattolica in tema di embrione, di diagnosi preimpianto e di donazione di gameti

4.1. Un cenno, ora, alla posizione della Chiesa cattolica su due specifici problemi posti dalla l. 40/2004: la diagnosi genetica preimpianto (dgp) e la fecondazione eterologa.

4.2. La *diagnosi genetica preimpianto* è condannata dalla Chiesa cattolica in quanto pratica eugenetica. Così si legge nell'Istruzione *Dignitas personae*¹⁶: «La *diagnosi pre-impiantatoria* – sempre connessa con la fecondazione artificiale, già di per sé intrinsecamente illecita – è finalizzata di fatto ad una selezione qualitativa con la conseguente distruzione di embrioni, la quale si configura come una pratica abortiva precoce. La *diagnosi pre-impiantatoria* è quindi espressione di quella mentalità eugenetica, che accetta l'aborto selettivo, per impedire la nascita di bambini affetti da vari tipi di anomalie. Una simile mentalità è lesiva della dignità umana e quanto mai riprovevole, perché pretende di misurare il valore di una vita umana soltanto secondo parametri di normalità e di benessere fisico, aprendo così la strada alla legittimazione anche dell'infanticidio e dell'eutanasia».

4.3. Quanto alla *pma eterologa*, nel Catechismo della Chiesa cattolica, al n. 2376, si legge che «le tecniche che provocano una dissociazione dei genitori, per l'intervento di una persona estranea alla coppia (dono di sperma o di ovocita, prestito dell'utero) sono gravemente disoneste. Tali tecniche (inseminazione e fecondazione artificiali eterologhe) ledono il diritto del figlio a nascere da un padre e da una madre conosciuti da lui e tra loro legati dal matrimonio. Tradiscono 'il diritto esclusivo [degli sposi] a diventare padre e madre soltanto l'uno attraverso l'altro' »¹⁷.

5. L'intervento demolitorio della Corte costituzionale

5.1. Accennavo in precedenza al fondamentale contributo della giurisprudenza a sanare alcune tra le scelte più discutibili operate dal legislatore del 2004 in materia di *pma*.

Al centro di tale opera di 'risanamento', si colloca la sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009¹⁸, che ha sostanzialmente riscritto norme che, a mio avviso, rappresentano il cuore dell'intera l. 40/2004.

Mi riferisco alla disciplina contenuta nell'art. 14 della legge, che sottoponeva al *limite rigido di tre* il numero degli embrioni che possono essere prodotti in un unico ciclo di trattamento e faceva obbligo al medico di *trasferire immediatamente e*

¹⁶ Istruzione *Dignitas personae*, cit., n. 22.

¹⁷ Cfr. www.vatican.va.

¹⁸ Corte cost. 1° aprile 2009 – 8 maggio 2009, n. 151, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 928 ss., con nota di DOLCINI, *Embrioni nel numero "strettamente necessario": il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*. All'analisi della citata sentenza della Corte costituzionale sono dedicati i molteplici contributi raccolti in D'AMICO, PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, 2010.

*contemporaneamente tutti gli embrioni prodotti (a meno che vi si opponessero cause di forza maggiore relative alla salute della donna, non prevedibili al momento della fecondazione)*¹⁹.

5.2. Il limite dei tre embrioni, e l'obbligo di trasferire immediatamente tutti gli embrioni prodotti, sono stati eliminati dalla Corte costituzionale, la quale ha inoltre stabilito che il trasferimento degli embrioni non può essere effettuato ove comporti un pregiudizio per la *salute della donna*.

Per effetto della pronuncia della Corte, l'art. 14 co. 2, l. n. 40/2004, risulta ora così riformulato: "*Le tecniche di produzione degli embrioni ... non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario*".

Chi decide del numero di embrioni da produrre (*rectius*: del numero di oociti da inseminare) è ora il medico²⁰, attraverso una valutazione da compiersi in concreto, alla luce delle condizioni di età della donna e di salute della coppia.

Quanto agli embrioni non immediatamente trasferiti, la Corte costituzionale chiarisce che possono – anzi, devono – essere sottoposti a crioconservazione: il *divieto di crioconservazione* degli embrioni, che rimane nell'art. 14 co. 1, conosce dunque una nuova, rilevantissima *deroga*.

6. Questioni aperte dopo la sentenza della Corte costituzionale del 2009

6.1. Colpita al cuore dalla Corte costituzionale la legge n. 40/2004 vede ridimensionati alcuni tra i suoi più evidenti effetti dannosi: parlano in questo senso una serie di dati statistici.

Ho detto in precedenza del numero di coppie trattate nei centri italiani di *pma* (73.500 nel 2011) e di quello relativo alle gravidanze ottenute attraverso la *pma* (15.500 nel 2011).

¹⁹ Si trattava di una scelta isolata nel panorama europeo: quella italiana era l'unica legge che vietasse di inseminare più di tre oociti. Solo apparenti erano infatti le analogie con la legge tedesca del 1990 (che vieta di fecondare oociti – e dunque di produrre embrioni – in numero eccedente rispetto a quelli che si intendono trasferire in un unico ciclo e fissa a quota tre il numero massimo di embrioni trasferibili per ciclo), con la legge svizzera del 1998 (che vieta di produrre più di tre embrioni per ciclo) e con la legge spagnola del 2006. Per la legge tedesca e per quella svizzera (che contengono *definizioni* di embrione), di *embrione* si può parlare solo dopo la fusione dei pronuclei (a partire cioè dalla fase dello *zigote*), che si verifica *circa ventiquattro ore dopo la fecondazione*: l'*ootide* (oocita fecondato a due pronuclei; nel linguaggio della legge svizzera, 'oocita impregnato') non è un embrione. Ne segue che quelle leggi consentono di fecondare più di tre oociti, congelandone alcuni prima della fusione dei pronuclei: e così si fa in quei Paesi. In Spagna, la legge parla di 'preembrione' fino a quattordici giorni dopo la fecondazione: dunque, c'è un embrione solo dal quindicesimo giorno. Nessun limite numerico alla produzione di embrioni: il loro numero deve essere tale da consentire ragionevoli probabilità di successo del trattamento; è invece previsto un limite numerico di tre per i preembrioni trasferibili per ciascun ciclo.

²⁰ Sottolinea l'importanza di questa svolta, per effetto della quale "al ruolo del medico, sminuito dalla legge che ne faceva un esecutore di ricette preconfezionate dal legislatore, viene ora restituita dignità", FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 530.

Quanto ai parti plurigemellari, nel 2010 – nell’anno successivo alla sentenza della Corte costituzionale – scendono in Italia all’1,9% dei parti conseguenti a trattamenti di fecondazione *in vitro*. Nel 2011 il dato si ridimensiona ulteriormente, scendendo all’1,4%: secondo la Relazione ministeriale 2013, questo valore sarebbe finalmente in linea con la media europea (che la Relazione colloca all’1,5%).

6.2. Per altro verso, la svolta segnata dalla Corte costituzionale ha inciso solo marginalmente sul c.d. turismo procreativo. La partecipazione dei nostri connazionali a tale fenomeno migratorio sembra rimasta sostanzialmente inalterata: il numero delle coppie italiane si attestava infatti nel 2011 intorno a 4000²¹, un numero coincidente con quello rilevato nel 2007.

Tra le ragioni per cui le coppie italiane continuano in numero rilevante a rivolgersi all’estero per la *pma*, spiccano la donazione di gameti e la diagnosi genetica preimpianto.

In effetti, i problemi più acuti rimasti aperti anche dopo la sentenza della Corte cost. n. 151 del 2009 riguardano proprio la donazione di gameti (ovvero, la fecondazione eterologa) e la diagnosi genetica preimpianto.

7. La diagnosi genetica preimpianto: si può eseguire?

7.1. Il problema della *liceità* di questa tecnica di indagine²² non è affrontato espressamente nella legge italiana.

Hanno, forse, a che fare con il problema: a) le disposizioni dell’art. 13 co. 1 (divieto generale di sperimentazione su embrioni umani), co. 2 (ammessa la ricerca clinica e sperimentale sull’embrione solo se rivolta in via esclusiva a finalità di tutela e sviluppo di quel singolo embrione) e co. 3 lett. *b* legge n. 40/2004 (divieto – assoluto – di selezione degli embrioni a scopo eugenetico); tali disposizioni parrebbero esprimere una *valutazione sfavorevole*, da parte del legislatore, per la diagnosi genetica preimpianto (*dgp*); b) inoltre, le disposizioni dell’art. 14 co. 5 legge n. 40/2004, in base alle quali chi intende sottoporsi alla *pma* ha diritto di essere *informato* sullo *stato di salute* degli embrioni: e in molti casi una seria informazione circa la salute degli embrioni può venire soltanto dall’indagine genetica.

7.2. L’antinomia – vera o presunta – è stata risolta inizialmente nelle *Linee-guida* del 2004 nel senso che l’indagine di cui all’art. 14 co. 5 doveva essere “*di tipo osservazionale*”: si assumeva così che la legge vietasse le indagini preimpianto.

²¹ Cfr. DOLCINI, *Il punto sulla procreazione assistita: in particolare, il problema della fecondazione eterologa*, in *Corr. merito*, 2013, p. 7.

²² V. per tutti BALDINI, *PMA e diagnosi genetica pre impianto (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 ss.; ID., *Considerazioni sulla diagnosi genetica pre impianto nell’evoluzione normativo-giurisprudenziale intervenuta*, in D’AMICO, LIBERALI (a cura di), *La legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio. La parola alla Corte costituzionale*, 2012, p. 181 ss.

È accaduto però che nella giurisprudenza civile e amministrativa si sia successivamente affermata, non senza contrasti, un'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 13 e 14 co. 5° l. n. 40/2004, secondo la quale tali disposizioni lascerebbero aperta la possibilità di procedere alla *dgp*: un'evoluzione giurisprudenziale culminata in una pronuncia del Tar Lazio (2008), che ha annullato, in quanto illegittima per eccesso di potere, la citata previsione delle Linee-guida del 2004. In attuazione di tale pronuncia della giurisprudenza amministrativa, le *Linee-guida* del 2008 hanno soppresso la norma che imponeva indagini sulla salute dell'embrione di tipo solo osservazionale.

Rimaneva tuttavia nella legge l'ostacolo alla *dgp* rappresentato dal divieto di produrre un numero di embrioni superiore a tre, contenuto nell'art. 14 co. 2° l. 40/2004: con la conseguenza che solo a seguito della sentenza della Corte cost. del 2009 è divenuto possibile praticare in Italia questa tecnica di accertamento.

7.3. Il problema dell'ammissibilità della *dgp* nell'ordinamento italiano non è tuttavia ancora completamente e pacificamente risolto.

Di recente, una coppia infertile, nella quale un coniuge era affetto da talassemia major e l'altro era portatore sano della stessa patologia, rivoltasi a una struttura sanitaria pubblica (un'Azienda sanitaria locale di Cagliari), abilitata a trattamenti di *pma*, si è vista rifiutare l'accesso alla *dgp*, sull'assunto che si tratti di una tecnica di accertamento vietata dalla legge n. 40/2004.

La coppia ha fatto ricorso al Tribunale di Cagliari, che si è pronunciato con ordinanza del 9 novembre 2012²³. Premesso un ampio *excursus* sulla giurisprudenza nazionale – ordinaria e costituzionale – e sulla giurisprudenza della Corte Edu della quale si dirà tra poco, il Tribunale ha accolto il ricorso, riconoscendo che le *coppie portatrici di malattie genetiche trasmissibili al nascituro* hanno il *diritto di ottenere*, nell'ambito dei trattamenti di *pma*, *l'esame diagnostico degli embrioni ed il trasferimento in utero dei soli embrioni sani o portatori sani delle patologie* di cui la coppia risulti affetta. Al centro dell'argomentazione del Tribunale, il nesso tra *dgp* e *consenso informato*, quale "*diritto della persona, che svolge la funzione di sintesi dei due diritti fondamentali all'autodeterminazione e alla salute*".

8. La diagnosi genetica preimpianto: a quali condizioni vi si può accedere?

8.1. Il problema più controverso in tema di *dgp* verte oggi, d'altra parte, non già sulla *liceità* di quella tecnica di indagine, bensì sulle condizioni per l'accesso ad essa, che la legge individua in via preliminare, *alternativamente*, nella sterilità o nell'infertilità (art. 4 co. 1).

Nelle Linee-guida – fonte di rango inferiore alla legge, alla quale è rimesso il compito esclusivo di specificare procedure e tecniche di procreazione assistita (art. 7, l.

²³ Cfr. VERRI, [Il tribunale di Cagliari riconosce per la prima volta il "diritto" di accesso alla diagnosi genetica preimpianto ad una coppia talassemica](#), in *questa Rivista*, 10 dicembre 2012.

n. 40/2004) – si afferma peraltro, nell’Introduzione, che “*ai fini delle presenti Linee guida i due termini, infertilità e sterilità, saranno usati come sinonimi*”.

Si tratta di un’affermazione *contra legem*; né sterilità e infertilità sono sinonimi per la prevalente scienza medica, che designa come “infertile” una donna atta a concepire, ma non a portare a termine la gravidanza.

8.2. L’enorme rilevanza della questione è evidente. Se è vero che una donna che si trovi nella situazione menzionata da ultimo – sia in grado, cioè, di avviare una gravidanza, ma, a causa di una malattia genetica, non sia in grado di portarla a termine – deve considerarsi infertile, ne segue che coppie non sterili, ma portatrici di anomalie genetiche potranno – almeno in alcuni casi – accedere alla *pma* e alla *dgp*: potranno farlo in tutti i casi in cui l’anomalia genetica, alla stregua delle conoscenze medico-scientifiche, comporti un alto rischio di interruzione spontanea della gravidanza. Così interpretata, la disciplina degli artt. 1 co. 1° e 4 co. 1° l. n. 40/2004, non oppone dunque un rigido divieto all’accesso alla *pma* da parte di coppie portatrici di gravi malattie genetiche.

Si tenga presente, poi, che le *Linee-guida* del 2008 espressamente annoverano tra i soggetti *infertili* gli uomini affetti da patologie virali sessualmente trasmissibili: ciò che renderebbe ancora più irragionevole la totale esclusione dalla *pma* di chi sia portatore di una grave malattia genetica.

Un ulteriore, evidente elemento di irragionevolezza riguarda infine i rapporti tra la legge 40/2004 e la legge 194/1978 (“*Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria della gravidanza*”). Le coppie non sterili, quand’anche portatrici di gravi malattie genetiche, sarebbero escluse dalla *pma* e dunque dalla *dgp*; senza dubbio, però, quelle coppie possono accedere alle diverse forme di *indagine prenatale sulla salute del feto (in primis, all’amniocentesi)*. Non potrebbero chiedere che si accerti la presenza di una malattia genetica nell’embrione, né potrebbero, eventualmente, rifiutare il trasferimento dell’embrione malato; viceversa, a gravidanza inoltrata, potrebbero accertare la presenza della malattia genetica nel feto e a quel punto scegliere di abortire.

8.3. A proposito della possibilità di accedere alla *pma*, e dunque alla *dgp*, da parte di coppie portatrici di gravi malattie genetiche, ma non sterili, sono tuttora presenti nel nostro ordinamento due diversi orientamenti.

Secondo un *primo orientamento*, anche tali coppie possono accedere alla *dgp*. Così il Tribunale di Salerno, nel 2010, ha ammesso alla *pma* (e dunque alla *dgp*) una coppia che in passato aveva avviato per quattro volte una gravidanza, ma una volta aveva avuto una figlia vissuta soltanto per sette mesi e poi deceduta a causa di atrofia muscolare spinale, per altre due volte la donna aveva fatto ricorso all’aborto volontario, in quanto il feto era risultato affetto dalla stessa malattia genetica, mentre in un caso la gravidanza si era conclusa felicemente, con la nascita di un bimbo che all’indagine prenatale era risultato non affetto dalla malattia.

L’*opposto indirizzo interpretativo*, che considera la *pma* riservata alle coppie *sterili* e a quelle in cui l’uomo sia *portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili* (HIV, epatite B e C), emerge da una vicenda processuale, successiva a quella decisa dal Tribunale di Salerno con il provvedimento richiamato poco fa.

Nel 2010, una coppia di cittadini italiani – portatrice di una *grave malattia genetica*, ma *non sterile* – essendosi vista rifiutare l’accesso alla *pma*, e conseguentemente alla *dgp*, presenta ricorso alla Corte Edu.

Sul ricorso la Sezione VI della Corte di Strasburgo decide nel 2012 (sent. 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*), ravvisando nella legge italiana una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all’art. 8 CEDU²⁴. La sentenza, pronunciata dalla Sez. VI della Corte Edu, diventa definitiva nel febbraio 2013, con il rigetto del ricorso presentato dal Governo italiano al fine di ottenere che la questione venisse sottoposta alla Grande Camera²⁵.

8.4. In definitiva, oggi, a fronte della richiesta presentata da una coppia non sterile – in grado cioè di avviare una gravidanza –, ma portatrice di una malattia genetica, al giudice italiano si aprono diverse soluzioni.

Se la coppia può essere considerata infertile, secondo una lettura estensiva di tale formula legislativa, il giudice dovrebbe ammettere la coppia alla *pma*, e quindi alla *dgp*.

Qualora invece – a fronte di una coppia infertile – il giudice ordinario dovesse rigettare il ricorso, ritenendo che la coppia, ancorché portatrice di una malattia genetica, sia comunque esclusa dalla *pma*, gli interessati potranno rivolgersi alla Corte di Strasburgo, ripercorrendo la strada inaugurata nel 2010 da Costa e Pavan.

Ove la coppia non possa essere considerata infertile, profilandosi un contrasto, insanabile in via interpretativa, tra il disposto dell’art. 4 della legge 40/2004 e l’art. 8 Cedu, il giudice potrà sollevare questione di legittimità costituzionale *ex art. 117 Cost.* in relazione all’art. 8 Cedu, rilevando una violazione dei vincoli che derivano all’Italia da obblighi internazionali, e in particolare dall’obbligo di adeguare la normativa interna ai principi affermati nell’ articolo della CEDU citato da ultimo.

8.5. La vicenda dei coniugi Costa e Pavan ha peraltro trovato un epilogo ancora diverso, a seguito di un nuovo ricorso proposto dalla coppia lo scorso 22 maggio. Il Tribunale di Roma, in un’ordinanza pronunciata il 23 settembre 2013²⁶, richiamandosi all’art. 46 CEDU, ha [ritenuto di dover “*dare seguito alle decisioni di condanna del giudice europeo senza necessità di sollevare l’ulteriore pregiudiziale di costituzionalità*”: ha dunque] disapplicato l’art. 4 della l. 40/2004, riconoscendo ai ricorrenti il “*diritto di ottenere nell’ambito del procedimento della procreazione medicalmente assistita l’esame diagnostico degli embrioni e l’impianto nell’utero della signora Costa degli embrioni sani o portatori sani della fibrosi cistica*”.

²⁴ Il testo della sentenza della Corte Edu è pubblicato in *questa Rivista*, 9 novembre 2012, con nota di VERRI, [Corte EDU e legge 40/2004: contrario all’art. 8 Cedu il divieto, per una coppia fertile portatrice sana di fibrosi cistica, di accedere alla diagnosi pre-impianto degli embrioni \(ma il Governo fa ricorso alla Grande Chambre\)](#).

²⁵ Su tale decisione della Corte Edu, può vedersi *questa Rivista*, 18 febbraio 2013, con nota di VALLINI, [Diagnosi preimpianto: respinta la richiesta di rinvio alla Gran Camera CEDU avanzata dal Governo italiano nel caso Costa e Pavan contro Italia](#).

²⁶ Il testo del provvedimento è pubblicato in www.magistraturademocratica.it.

9. Il problema della fecondazione eterologa

9.1. L'ulteriore punto caldo nella disciplina italiana della fecondazione assistita riguarda, come si è detto, la *fecondazione eterologa*, vietata dall'art. 4 co. 3 l. 40/2004: il divieto è presidiato con una sanzione amministrativa pecuniaria di ammontare compreso fra 300.000 e 600.000 euro (art. 12 co. 1 l. 40/2004)²⁷.

Di tenere univoco, questa disciplina da sempre si espone peraltro a critiche sul piano della politica legislativa e solleva delicati problemi di legittimità costituzionale (tra l'altro, in relazione al *principio di eguaglianza ex art. 3 Cost.*, nonché al *diritto alla formazione di una famiglia* e al *diritto alla salute* riconducibili agli artt. 2, 29, 30, 31 e 32 Cost.)²⁸.

Negli anni più recenti, alle voci critiche della dottrina si sono unite alcune significative prese di posizione della giurisprudenza, nazionale e sovranazionale.

Dico subito che non mi soffermerò sull'*assenza di danno sociale* nella donazione di gameti (in proposito, rinvio a quanto ho scritto in altre occasioni)²⁹: si tratta di un profilo a mio avviso centrale anche in relazione alla legittimità costituzionale della disciplina della fecondazione eterologa, ma che non è stato sin qui valorizzato dalla giurisprudenza.

9.2. Di fecondazione eterologa si occupa in due occasioni la Corte Edu, nel 2010 e nel 2011, in relazione alla legislazione austriaca sulla *pma*, che vieta totalmente la donazione di oociti, mentre vieta la donazione di seme limitatamente alla fecondazione *in vitro*.

Premesso che per la Corte Edu – come si è visto – la decisione di concepire un bambino facendo ricorso alla fecondazione assistita è espressione della "*vita privata e familiare*", e come tale rientra nella sfera dell'art. 8 CEDU, nel 2010 la Sez. I della Corte di Strasburgo (*S.H. e altri c. Austria*, 1° aprile 2010)³⁰ ritiene che il divieto di donazione

²⁷ Per un'analisi critica di tale disciplina, può vedersi DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in CANESTRARI, FERRANDO, MAZZONI, RODOTÀ, ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ e ZATTI, t. II, 2011, p. 1555 ss. *Amplius*, DOLCINI, *La fecondazione assistita "eterologa". Una questione aperta*, in POGGI (a cura di), *Diritto e bioetica. Le questioni fondamentali*, 2013, p. 15 ss.

²⁸ Fra i molti, cfr. 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.; CELOTTO, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione*, in CELOTTO, ZANON (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, 2004, p. 23 ss.; 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 di gameti*, cit., p. 18 ss.

²⁹ Cfr. DOLCINI, *Il punto sulla fecondazione assistita "eterologa"*, cit., p. 149 ss.; ID., *La fecondazione assistita "eterologa". Una questione aperta*, cit., p. 34 ss.

³⁰ Cfr. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 122 ss. V. inoltre CATALANO, *Ragionevolezza del divieto di procreazione assistita eterologa, tra ordinamento italiano e CEDU*, www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2 luglio 2010; LIBERALI, *La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e il giudice comune italiano: la non manifesta infondatezza della questione*, ivi, 2 luglio 2010; PELLIZZONE, *Fecondazione eterologa e Corte europea: riflessioni in tema di interpretazione convenzionalmente conforme e obbligo del giudice di sollevare la questione di legittimità costituzionale*, ivi, 2 luglio 2010.

di gameti nei termini stabiliti dalla legge austriaca discrimini quelle coppie per le quali il ricorso alla *pma* non può realizzarsi senza l'intervento di un donatore o di una donatrice, comportando per tali coppie una disparità di trattamento nella sfera privata e familiare priva di giustificazioni obiettive e ragionevoli, in violazione degli artt. 8 e 14 CEDU.

9.3. Questa pronuncia della Corte Edu sembra aprire le porte (anche) ad una condanna dell'Italia per violazione degli artt. 8 e 14 CEDU. In effetti, mentre la violazione della CEDU ravvisata dalla Corte di Strasburgo in tema di *donazione di spermatozoi* è strettamente attinente alla peculiare disciplina prevista in materia dalla legge austriaca, le considerazioni svolte dalla Corte Edu a proposito della donazione di oociti hanno una portata più ampia: almeno in parte, si prestano ad essere estese anche alla donazione di *gameti maschili*; soprattutto, potrebbero essere riproposte alla stessa Corte in relazione alle leggi di altri Stati contraenti, nelle quali sia previsto un divieto di donazione di gameti, maschili e/o femminili.

9.4. La decisione pronunciata dalla Sez. I nel 2010 viene però ribaltata, nel 2011, dalla Grande Camera della Corte Edu (*S.H. e altri c. Austria*, 3 novembre 2011)³¹, con una sentenza relativa allo stesso caso che dichiara la compatibilità della disciplina austriaca della fecondazione eterologa con l'art. 8 CEDU, e dunque con il diritto di ogni persona al rispetto della propria "*vita privata e familiare*".

9.5. Sul fronte del diritto interno italiano, la prima decisione della Corte di Strasburgo sembrava offrire un avallo alla tesi dell'illegittimità costituzionale dell'art. 4 co. 3 l. 40/2004.

Ai noti rilievi accennati in precedenza, si affiancava un ulteriore profilo di incostituzionalità, correlato all'art. 117 Cost.: posto che l'art. 4 co. 3 l. 40/2004 non si presta ad un'interpretazione conforme agli artt. 8 e 14 CEDU, nella lettura che di tali disposizioni aveva fornito la Corte di Strasburgo nel 2010, ci si poteva attendere che la Corte costituzionale italiana dichiarasse il divieto di *pma* con donazione di gameti costituzionalmente illegittimo per contrasto con l'art. 117 co. 1 Cost.

In effetti, nel corso del 2010 diversi giudici di merito – il Tribunale di Firenze, quello di Catania e quello di Milano – sollecitano la Corte costituzionale a pronunciarsi sul divieto di fecondazione eterologa³². Tra le questioni di legittimità costituzionale sollevate, alcune sono incentrate sull'art. 117 co. 1 Cost., e quindi, almeno in via mediata, sulla normativa CEDU; altre, invece, tendono a sviluppare un percorso (in gran parte) autonomo rispetto alla CEDU, probabilmente scontando la possibilità di un ripensamento da parte della Grande Camera rispetto ai principi enunciati dalla Sezione I, nella sentenza del 2010: ciò che in effetti accadrà, come si è detto, con la sentenza della Grande Camera del 2011.

9.6. La decisione della Corte costituzionale viene, nella forma dell'ordinanza, il 22 maggio 2012. Si tratta però di una decisione puramente interlocutoria: la Corte,

³¹ Cfr. DOLCINI, *La fecondazione assistita "eterologa". Una questione aperta*, cit., p. 25 ss.

³² Cfr. [DOLCINI, Strasburgo – Firenze – Roma: il divieto di fecondazione eterologa si avvia al capolinea? Nota all'ordinanza 1 settembre 2010 del Tribunale di Firenze](#), in *questa Rivista*, 21 ottobre 2010.

infatti, non esamina nel merito le questioni sottoposte al suo giudizio, ma restituisce gli atti ai giudici rimettenti, perché riconsiderino tali questioni alla luce della sentenza della Corte Edu del 3 novembre 2011³³.

9.7. Puntualmente, nei primi mesi del 2013 ciascuno dei giudici di merito (Trib. Milano, Trib. Catania e Trib. Firenze) che nel 2010 hanno investito la Corte costituzionale delle questioni di legittimità relative all'art. 4 co. 3 legge n. 40/2004 investe nuovamente la Corte di tali questioni – con riferimento agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost. –, salvo evitare di riproporre quella relativa all'art. 117 Cost³⁴.

Rispetto alle precedenti, le ordinanze emanate nel corso del 2013 valorizzano particolarmente il principio di eguaglianza-ragionevolezza ex art. 3 Cost. Così, il *Tribunale di Firenze* imputa all'art. 4 co. 3 della legge di sottoporre ad un "trattamento opposto... coppie con problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità, che si differenziano solo per il tipo di patologia che li provocano". Il *Tribunale di Milano* afferma, d'altra parte, che a tutte le categorie di coppie infertili, quale che sia la patologia di cui soffrono, deve essere assicurata la comune possibilità di accedere alla migliore tecnica medico-scientifica per superare l'accertata patologia: una possibilità che è invece negata nel nostro Paese alle coppie che possono realizzare il loro diritto alla genitorialità solo ricorrendo alla donazione di gameti.

9.8. Non rimane, a questo punto, che attendere la pronuncia della Corte costituzionale.

Il nostro ordinamento potrebbe così liberarsi di una disposizione che – ritorno al mio angolo di osservazione iniziale – contraddice frontalmente i postulati della *laicità* dello Stato.

Nel contempo, a proposito della fecondazione eterologa, la legge italiana sulla *pma* conquisterebbe una posizione meno eccentrica nel panorama europeo: oggi Italia, Turchia e Lituania sono gli unici Paesi europei che oppongono un divieto totale e assoluto alla donazione di gameti.

³³ Cfr. DOLCINI, *La fecondazione assistita "eterologa". Una questione aperta*, cit., p. 31 s.

³⁴ Cfr. Trib. Firenze, ord. 29 marzo 2013, in questa *Rivista*, 15 marzo 2013, con nota di VERRI, [Anche il Tribunale di Firenze, dopo quelli di Milano e Catania, rimette alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale della fecondazione eterologa](#); Trib. Milano, ord. 29 marzo 2013, con note di VERRI, [Il Tribunale di Milano rimette nuovamente alla Corte costituzionale la questione concernente la legittimità costituzionale della fecondazione eterologa](#), ivi, 15 aprile 2013 e di MALFATTI, [Ancora una questione di costituzionalità sul divieto di fecondazione eterologa, tra incertezze generate dalla Corte costituzionale \(ord. n. 150/2012\) ed esigenze del "seguito" alle pronunce di Strasburgo](#), ivi, 29 aprile 2013; Trib. Catania, ord. 13 aprile 2013, ivi, 15 maggio 2013, con nota di TIGANO, [Il divieto della fecondazione eterologa di nuovo al vaglio della Consulta: l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Catania](#).