

Quel che resta della legge 40

Antonio D'Aloia

Dieci anni dopo la legge 40 è ancora, faticosamente, alla ricerca di un assestamento. È un anniversario quindi, tutt'altro che celebrativo, o incline a ricostruzioni distaccate. Su di esso è venuto a calarsi un nuovo intervento di "riscrittura" da parte del Giudice costituzionale (dopo quello operato dalla sent. n. 151/2009), che ha cancellato il divieto assoluto di ricorrere alle tecniche di fecondazione assistita di tipo eterologo (sent. n. 162/2014).

Nuove ridefinizioni appaiono altresì all'orizzonte e si (ri)aprono e si (ri)propongono con maggiore intensità vecchie questioni, sulle quali la Corte delle leggi dovrà pronunciarsi a breve.

Il tema della nascita, del complicato bilanciamento tra i molteplici diritti e interessi coinvolti (la Corte stessa ha più volte parlato, ad esempio nella n. 347/1998 e nella n. 162/2014, di «plurime esigenze costituzionali», sottolineando che «la legge 40 incide su una molteplicità di interessi di tale rango», che richiedono «un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa ad ognuno»), conferma così di essere un *issue* profondamente conflittuale. Non è un caso, del resto, che Roe negli USA costituisca da più di quarant'anni una sorta di complesso e controverso "crinale interpretativo" che investe lo stesso modo di intendere il *judicial review* e la regolamentazione dei confini tra diritto federale e diritto statale da un lato, e tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale dall'altro¹, nel delicatissimo e irrisolto tentativo di capire a chi spetta (e prima ancora se c'è) l'ultima parola in tema di diritti, e segnatamente – per ciò che interessa in questa sede – di diritti legati agli interessi più es-

senziali della persona, la vita, la salute, la dignità anche come autodeterminazione.

Giustamente Chiara Tripodina, nel suo contributo per questa Rivista, sottolinea, a proposito della storia giuridica della PMA in Italia, che essa «si pone come emblematica di un certo modo di strutturarsi dei rapporti tra legislatore, giudici [...] nella disciplina dei diritti fondamentali di ultima generazione: quei diritti, cioè, sui quali la Costituzione non dice, e che nascono dalle nuove possibilità [...] che possono venire dal potere sempre più grande che le conquiste della scienza e le applicazioni che ne derivano danno a chi è in condizioni di usarne».

Sul tema della PMA si è verificato un vero e proprio inseguimento "a parti invertite" tra la legge e il giudice.

La legge 40 ha chiuso a suo modo una fase in cui il diritto relativo alla procreazione con metodi non naturali era stato quasi esclusivamente giurisprudenziale, se si escludono alcune circolari e ordinanze del Ministero della Sanità, e le indicazioni contenute nel Codice deontologico dei medici (nel testo vigente prima dell'approvazione della legge). La legge si è presa tutto lo spazio, o almeno ha preteso di farlo, ribaltando espressamente molte situazioni accettate o, almeno, non sempre o radicalmente escluse dalla pratica medica e giudiziaria: penso alle ipotesi della fecondazione eterologa, della fecondazione *post mortem*, della maternità surrogata.

Un attimo dopo la sua approvazione, lo scenario si è ribaltato: il giudice ha riaperto la partita su altra basi, quelle della Costituzione, della tutela "multilivello" dei diritti, dell'irragionevolezza della legge rispetto ai presupposti scientifici, e persino rispetto alle sue stesse finalità (di irrazionalità «strumentale» e/o «intrinseca» di alcuni contenuti della legge 40, parla ancora Tripodina).

¹ Cfr., per tutti, le riflessioni di D.A. STRAUSS, *The living Constitution*, Oxford, 2010, 93 ss.

Quasi l'intero impianto normativo sulla PMA è stato contestato: direttamente, portando le questioni davanti alla Corte costituzionale o alla Corte EDU; indirettamente, utilizzando la risorsa interpretativa fino alla massima estensione delle potenzialità testuali, e talvolta anche oltre, come nel caso dell'ammissione alla diagnosi genetica pre-impianto di una coppia non sterile o infertile ma portatrice di malattie genetiche gravi e trasmissibili da parte del Tribunale di Salerno (ord. 9 gennaio 2010), secondo cui «[i]l diritto a procreare, e lo stesso diritto alla salute dei soggetti coinvolti, verrebbero irrimediabilmente lesi da una interpretazione delle norme in esame che impedissero il ricorso alle tecniche di PMA da parte di coppie, pur non infertili o sterili, che però rischiano concretamente di procreare figli affetti da gravi malattie, a causa di patologie geneticamente trasmissibili; solo la procreazione assistita attraverso la diagnosi preimpianto, e quindi l'impianto solo degli embrioni sani [...], consentono di scongiurare simile rischio»².

Il Giudice insomma è in "prima linea", è il "soldato di fanteria" nell'efficace metafora di Charles Baron, colui che vede i drammi umani che si "nascondono" dietro le formule giuridiche di rivendicazione di diritti e interessi. Viene interrogato da questioni che non può eludere, e deve muoversi talvolta su terreni assolutamente inediti, anche dove altri soggetti non hanno ritenuto di poter sciogliere i nodi etici e giuridici necessari alla definizione del conflitto.

Il caso dello scambio di embrioni all'ospedale Perini di Roma (analizzato molto bene nelle sue im-

² Questa decisione è stata ritenuta espressiva di una posizione "indifferente" al testo normativo, e anzi creativa di norme palesemente in contrasto con i principi affermati dal legislatore, da C. TRIPODINA, *Sul come scansare le briglie delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in www.costituzionalismo.it (25 marzo 2010), 3.

plicazioni problematiche dal contributo di Maria Grazia Cabitza) è la perfetta rappresentazione di questa sovraesposizione del giudice, che però non ha alternative, perché le cose succedono, creano conflitti assolutamente impreveduti, che reclamano una soluzione, anche se questa soluzione è difficile, aperta a "finali" diversi, non priva di incertezze e aporie qualche che sia la decisione.

Il CNB, nel parere dell'11 luglio 2014, ha concluso che «tutti gli argomenti esaminati a favore della madre gestante o di quella genetica e del padre genetico e di quello sociale/legale appaiono ragionevoli sotto l'aspetto etico. [...] Il Comitato ritiene in questa vicenda di scambio involontario di embrioni di non esprimere una preferenza bioetica in merito alla prevalenza delle une o delle altre possibili figure genitoriali, nella consapevolezza che qualsiasi sia la situazione in cui i bambini cresceranno, il dilemma etico resterà aperto».

Il Tribunale di Roma, invece, pur riconoscendo la natura "assolutamente controversa" di ogni ipotesi di decisione, e della difficoltà di poter affrontare tali tematiche in sede cautelare, si prende (non poteva fare altrimenti) la responsabilità di decidere.

In questa vicenda così complicata – una "eterologa (o una surroga materna) da errore", perché mancano o sono distorti molti requisiti dell'una o dell'altra procedura – per il Giudice il concetto di maternità non può non configurarsi attorno alla gestazione («[...] la letteratura scientifica è unanime nell'indicare come sia proprio nell'utero che si crea il legame simbiotico tra il nascituro e la madre», «il legislatore sembra, quindi, aderire a quella corrente di pensiero che ritiene che è nell'utero materno che la vita si forma e si sviluppa»), per cui la madre è la donna che ha partorito e prima ancora ha portato avanti la gravidanza (anche Bartolo Salone, nel suo contributo, sottolinea come «non può dirsi superato il principio della maternità naturale legata al fatto storico del

parto, che al contrario rimane il cardine attorno a cui è costruito l'intero sistema della filiazione, sia naturale che artificiale»), e il padre è il marito di questa donna, che ha prestato il consenso alla gravidanza, anche alla luce della “presunzione” ex art. 231 c.c.

Alla fine, c'è una decisione; ma, come ammette lo stesso Giudice, implicitamente e in certa misura riconoscendo l'equilibrio del parere del CNB³, «resta il dramma umano dei genitori che si erano rivolti all'ospedale per trovare soddisfazione al loro diritto alla procreazione ed a formare una famiglia, che potrà trovare tutela (ma è vera tutela in casi come questi? *nda*) solo risarcitoria».

Senza contare, da un diverso punto di vista, alcune perplessità di questa decisione, legate soprattutto al profilo della presunzione di paternità per i figli nati in costanza di matrimonio, elemento questo che in questo caso sembra “sconfessato” a monte dalla conoscenza certa di una diversa origine genetica (su questo punto, v. sia Cabitza, sia Capizzi, entrambi in questa Rivista).

La vicenda è stata portata anche davanti alla Corte EDU, che però con la decisione *X e Y c. Italia* del 10 ottobre 2014, ha dichiarato inammissibile il ricorso presentato dai genitori genetici, a causa del mancato esperimento dei rimedi interni (al-

cuni dei quali vengono indicati dallo stesso Giudice europeo).

La sent. n. 162/2014 ha rimosso un altro pilastro della l. 40, il divieto di ricorrere a tecniche di PMA di tipo eterologo. Ad essa e alle sue implicazioni sono dedicati quasi tutti i contributi raccolti nella prima Sezione di questo numero, dai quali emergono opinioni che rimangono contrastanti.

Almeno per me, questo era uno dei punti effettivamente più attaccabili della legge 40⁴, benché non mi sembrasse una questione configurabile in termini netti come una questione di costituzionalità: in sostanza, se ritenevo che ammettere (a certe condizioni e con certi limiti e accorgimenti) quella pratica non avrebbe scardinato l'equilibrio teleologico della legge (anche perché, come ora rileva la Corte «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito (in senso costituzionale, *nda*) della famiglia stessa»), al tempo stesso non ravvisavo in modo così netto i termini di un superamento dei margini di discrezionalità disponibili per il legislatore, anche alla luce dell'eterogeneità delle soluzioni normative sul tema riscontrabili sul piano comparato, e della posizione alla fine espressa dalla CEDU nel caso *S.H. c. Austria*.

Per il Giudice costituzionale invece il divieto è incostituzionale nella sua assolutezza in quanto la lesione della libertà di «divenire genitori e di formare una famiglia che abbia dei figli», l'irrazionalità di una ricaduta così radicale sulla salute (intesa nella sua accezione più ampia di salute fisica e psichica) della coppia, proprio nei casi in cui sono affette dalle patologie più gravi alla sterilità ed infertilità, non trova fondamento e riscontro nella necessità di tutelare interessi di pari

³ Nella parte finale del parere del CNB, si legge: «Il Comitato ha evidenziato come [...] il bilanciamento dei relevantissimi interessi in gioco dovesse essere individuato prendendo le mosse da una diversa prospettiva, quella dell'interesse dei futuri nati, [...] in una posizione di preminenza rispetto a interessi e diritti riconosciuti ai genitori” [...], sottolineando “la necessità di assicurare ai minori due figure genitoriali certe di riferimento [...], ma nel contempo [...] l'esigenza di evitare l'esclusione dell'altra coppia dalla vita dei nati, essendo fondamentale per il sereno ed equilibrato sviluppo dei minori, l'instaurazione di un rapporto significativo con coloro che hanno dato loro la vita (in modo genetico o gestazionale), [...] finalità quest'ultima da perseguire utilizzando, eventualmente, tutti gli strumenti giuridici idonei a tutelare i minori».

⁴ V. A. D'ALOIA, P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di BioDiritto. Il governo del corpo*, tomo II, Milano, 2011, 1355 ss.

rango dell'ordinamento o della persona nata da PMA di tipo eterologo.

Interessi che beninteso sussistono, ma che la Corte supera, ritenendo che la questione del diritto all'identità genetica e alla conoscenza delle proprie origini può trovare una sua idonea o almeno "sufficiente" regolamentazione, rispetto alla tutela dei "beni" coinvolti, nell'analogia (tuttavia solo parziale, come è messo in evidenza, pur nel quadro di ricostruzioni diversamente orientate, nei contributi di Tripodina e Casini) con problematiche emerse (e in parte risolte, da ultimo anche con la sent. n. 278/2013) in riferimento all'istituto dell'adozione.

Il risultato della sent. n. 162, com'è noto, non è la totale "liberalizzazione" del ricorso alle tecniche di tipo eterologo, giacché, come chiarisce la Corte, l'incostituzionalità del divieto è affermata «esclusivamente in riferimento al caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute. In particolare, secondo quanto stabilito dagli artt. 1, comma 2, e 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004, all'evidenza direttamente riferibili anche alla PMA di tipo eterologo, il ricorso alla stessa, una volta dichiarato illegittimo il censurato divieto, deve ritenersi consentito solo "qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere" le cause di sterilità o infertilità e sia stato accertato il carattere assoluto delle stesse, dovendo siffatte circostanze essere "documentate da atto medico" e da questo certificate».

La logica della gradualità è confermata dalla Corte costituzionale: ciò in qualche misura riflette la serietà (pure costituzionale) delle preoccupazioni legate agli interessi del nato da PMA eterologa, ma soprattutto il Giudice delle leggi esclude perentoriamente un eventuale uso della fecondazione di tipo eterologo «ad illegittimi fini eugenetici».

È un passaggio importante questo, e d'altra parte consapevole che l'eterologa è potenzialmente più esposta al rischio di usi geneticamente selettivi. Rivera nel suo contributo si chiede quanto e se reggerà questo alla pressione delle istanze sociali, che potrebbero far ritenere in futuro non rinunciabile ciò che oggi è ancora "indiscutibile".

Effettivamente, dalla combinazione tra tecniche di tipo eterologo e diagnosi genetica preimpianto potrebbe venir fuori (di «derive inaspettate» parla ancora Rivera) il diritto a un figlio sano, magari con determinate caratteristiche genetiche e/o fenotipiche.

Sono concetti dai confini incerti e nebulosi: il diritto a un figlio (o a nascere) sano potrebbe rovesciarsi nel diritto a non nascere se non sano. Tema davvero ai limiti della razionalità giuridica, che pone interrogativi che sfidano apertamente categorie consolidate, come quelle di danno, responsabilità: un bambino può essere qualificato direttamente o anche indirettamente come un danno? E ancora: la vita può essere considerata un danno in sé, vale a dire anche se l'alternativa sarebbe la "non-vita"?

Le posizioni della giurisprudenza sono tutt'altro che assestate. In alcuni indirizzi della Suprema Corte di cassazione (v. Cass. civ., n. 14488/2004 e, più di recente, n. 10741/2009) si afferma che un «diritto del nascituro a nascere sano o a non nascere affatto», può essere declinato solo in chiave positiva e non negativa. In altre parole, «il diritto a nascere sani significa solo che, sotto il profilo privatistico della responsabilità contrattuale, extracontrattuale, e da "contatto sociale", nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie (con comportamento omissivo o commissivo colposo o doloso), e, sotto il profilo – in senso lato – pubblicistico, che siano predisposti quegli istituti normativi o quelle strutture di tutela, di cura e di assistenza della maternità, idonei a garantire, nell'ambito delle umane possibilità, la nascita sa-

na. Non significa invece, come ritengono i ricorrenti, che il feto che presenti gravi anomalie genetiche, non deve essere lasciato nascere».

D'altra parte, la stessa legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, nel definire i presupposti per l'IVG non lascia spazio ad alcun automatismo tra la presenza di malformazioni genetiche nel feto e la decisione di non portare avanti la gravidanza, proprio alla luce dell'inesistenza dell'aborto eugenetico; e questo, benché la l. 194/1978 ammetta che la presenza di anomalie o malformazioni del nascituro possa gravemente influire sulla salute psichica della donna.

Nella valutazione della Cassazione, un simile diritto contiene in sé una contraddizione che lo rende inammissibile: quella di un diritto "adespota", che «[f]ino alla nascita non avrebbe un soggetto titolare dello stesso e con la nascita detto "diritto di non nascere" sarebbe definitivamente scomparso». Per altro verso, «[i]l danno è sempre una perdita ovvero una diminuzione rispetto ad uno stato anteriore, che il risarcimento deve in qualche modo reintegrare. L'omessa o errata informazione non ha apportato per il concepito una posizione peggiore rispetto a quella che precedeva l'inadempimento informativo da parte del medico nei confronti della gestante [...]. Né questo danno può essere ritenuto ponendo a comparazione la vita malata con quella sana, proprio perché quest'ultima non ci sarebbe stata, e neppure la vita, per quanto malata, con la non nascita (o morte del concepito), che costituisce perdita assoluta»⁵.

L'argomento riecheggia il celebre ragionamento di Carnelutti nella nota di commento alla sentenza del Tribunale di Piacenza sul caso del minore eredoluetico: l'insigne Maestro affermò che «[s]enza l'inadempimento il preteso danneggiato

anziché più avrebbe meno di quello che ha perché non avrebbe, anzi non sarebbe nulla [...]»⁶.

Più recentemente, pur attraverso un percorso argomentativo non del tutto lineare e convincente, una sezione della Suprema Corte⁷ ha però recentemente rimesso in discussione gli orientamenti prima richiamati, giungendo ad affermare la risarcibilità diretta del minore nato malformato, dopo un'omessa diagnosi di malformazioni fetali. Secondo questa decisione, è un «equivoco concettuale [...] quello secondo cui il nato non ha comunque diritto ad alcun risarcimento del danno per essere venuto alla vita, in quanto privo della titolarità di un interesse a non nascere».

La premessa della Corte è che la protezione del nascituro non passa necessariamente attraverso la sua istituzione a "soggetto di diritto", ovvero attraverso la negazione di diritti del tutto immaginari, come quello a "non nascere se non sano"; viceversa, «oggetto della pretesa e della tutela risarcitoria è, pertanto, sul piano morfologico, la nascita malformata, su quello funzionale (quello, cioè, del dipanarsi della vita quotidiana), il perdurante e irredimibile stato di infermità. Non la nascita non sana. O la non nascita».

L'argomento del rischio di ammettere così anche la praticabilità di azioni del bambino nei confronti della madre che non ha scelto di interrompere la gravidanza, pur debitamente informata delle possibili malformazioni (argomento toccato in astratto giacché diverso era il caso in esame), viene liquidato sulla base della semplice (forse troppo) notazione secondo cui «[è] la madre [...] che, esercitando un diritto *iure proprio* (anche se, talvolta, nell'interesse non soltanto proprio, pur essendo tale interesse confinato nella sfera dell'irrilevante giuridico), deciderà presuntivamente per il meglio: né potrebbe darsi ipotesi

⁶ F. CARNELUTTI, *Postilla* a Trib. Piacenza, 31 luglio 1950, in *Foro it.*, 1951, I, 990.

⁷ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754.

⁵ Da Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488.

contraria, a conferma della mancanza di una reale soggettività giuridica in capo al nascituro». Poco prima si era chiarito che «il fatto di dare la vita, o la rinuncia, da parte della madre, a interrompere la gravidanza, non possono mai essere considerati in termini di colpa né di ingiustizia del danno. L'atto della procreazione è frutto di una scelta che spetta, giuridicamente, soltanto ai genitori; ma la donna è, inevitabilmente, il solo legittimo destinatario del diritto a decidere se procedere o no all'interruzione della gravidanza».

La sentenza n. 162 si dichiara *self-executing* nella rimozione del divieto di accesso, nei casi previsti, alle tecniche di fecondazione assistita di tipo eterologo.

La Corte su questo punto è chiara e analitica nelle spiegazioni, anche per sfuggire a un'eccezione di inammissibilità dell'Avvocatura dello Stato, ravvisando nel quadro normativo non toccato dalla pronuncia di incostituzionalità una base sufficiente (per quanto suscettibile di necessaria integrazione, ad esempio sui profili dell'anonimato del donatore, sulle caratteristiche fenotipiche del donatore e sul numero delle donazioni) per ritenere da subito praticabile, e senza necessità di una previa intermediazione normativa, l'accesso alla tecnica in oggetto (ampiamente utilizzata, del resto, nella fase pre-legge 40). In questo senso si è pronunciata anche la giurisprudenza immediatamente successiva alla sentenza della Corte Costituzionale (Trib. Bologna, 14 agosto 2014).

Nondimeno, rimangono alcuni elementi da definire, e per alcuni di essi vengono in gioco questioni che attengono a diritti, interessi sensibili sul piano dell'ordinamento civile (penso alla decisione di introdurre la fecondazione eterologa nell'ambito dei LEA, alle motivazioni e alle modalità della deroga al principio dell'anonimato del donatore, ai criteri di selezione e alla scelta delle caratteristiche fenotipiche dei donatori), su cui

certo non può bastare (ed è di dubbia costituzionalità, se si considera che molti di questi profili richiedono scelte uniformi su tutto il territorio nazionale) l'intervento – pur apprezzabile nelle motivazioni – della Conferenza delle Regioni.

Cosa resta dopo la sent. n. 162 (e altri interventi giurisdizionali, come la sent. n. 151/2009 e la decisione della Corte EDU sul caso *Costa-Pavan*)?

Non c'è dubbio che, al di là delle specifiche questioni (numero di embrioni da produrre e da impiantare, fecondazione eterologa, diagnosi genetica pre-impianto) e dell'impatto modificativo/correttivo che la giurisprudenza costituzionale e quella "convenzionale" hanno avuto sulla struttura formale e sostanziale della l. 40, questa abbia subito un drastico "ri-orientamento" dei suoi equilibri interni, a cominciare dalla "causa" della legge e della stessa tecnica di PMA: da rimedio ai problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità, a strumento di realizzazione di una libertà fondamentale di diventare genitori e di formare una famiglia con figli⁸, il che non significa (come non manca di rilevare il Giudice costituzionale nella sent. n. 162) che «la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti».

Non è un passaggio schematico, da una situazione a un'altra completamente diversa e separata. È piuttosto uno spostamento della prospettiva.

Alcuni punti fermi però permangono, e non tutti appaiono suscettibili di ulteriori interventi erosivi o più direttamente modificativi.

Continuo a pensare che, anche nella PMA come nella disciplina dell'IVG, il punto di confronto principale della libertà procreativa della donna (e della coppia) sia l'individuo "non nato", il conce-

⁸ La posizione non è unanimemente condivisa: per una critica, v. V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte Cost., sent. n. 162/2014)*, in www.dirittifondamentali.it (15 settembre 2014).

pito, il corpo “nascente” nei suoi primi livelli evolutivi, che pur nella sua “incompletezza”⁹ è un soggetto, e non una realtà puramente ‘oggettuale (sebbene questa teoria, di per sé, non conduca necessariamente ad esiti di tutela meno forti)¹⁰.

L’affermazione di apertura della l. 40, che parla dei «diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito» come obiettivo fondamentale della sua strategia, in fondo non fa che ribadire il valore costituzionale della tutela della vita del soggetto *in fieri*, mettendosi nella scia della giurisprudenza costituzionale (ci si riferisce alle sentenze nn. 27/1975 e 35/1997) che ha anticipato e consolidato la mediazione legislativa sull’interruzione volontaria della gravidanza; in questo senso, il bilanciamento dovrebbe svolgersi secondo schemi comunque ancorati a questo modello. La legge sulla PMA non ha “creato” un nuovo soggetto, ma ha confermato che quel soggetto (il concepito, anche allo stato embrionale) è espressione di vita umana, la «prima fase della vita di un individuo»¹¹, in quanto tale tutelato costituzionalmente nel suo diritto basilare all’esistenza.

Per questo, in modo secondo me non irragionevole dal punto di vista costituzionale, la disciplina sulla PMA ammette la ricerca clinica e sperimentale sull’embrione solo se finalizzata a scopi terapeutici e diagnostici volti a garantire lo sviluppo e la salute del concepito (art. 13, comma 2)¹²; e vieta ogni forma di selezione di embrioni o di gameti per scopi eugenetici e qualsiasi intervento che,

attraverso tecniche di selezione o manipolazione, miri a modificare il patrimonio genetico dell’embrione o a predeterminarne le caratteristiche genetiche, ad eccezione delle indagini necessarie a diagnosticare o prevenire patologie dell’embrione e indirizzate a salvaguardarne la vita e la salute (art. 13, comma 3, lett. b)¹³.

Non è più una premessa “non negoziabile” (e forse, sul piano giuridico, non lo è mai stata), ma un elemento di un mosaico più complesso (come d’altronde è per l’IVG).

La tutela dell’embrione, come ha ribadito da ultimo il Giudice costituzionale, «non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione» (così già la sent. n. 151 del 2009). Al tempo stesso, come si è già segnalato, la Corte, nell’escludere un eventuale uso della fecondazione di tipo eterologo a fini eugenetici, qualifica espressamente tali fini come «illegittimi». L’aggettivo essendo come una sorta di “evidenziatore” della scelta di divieto.

Certo, la sent. n. 151/2009 ha (almeno) di fatto (ri)aperto o notevolmente ampliato la strada della produzione soprannumeraria di embrioni destinati al “limbo” della crioconservazione, e probabilmente a non essere più impiantati, salvo il limite (ancorato però a parametri molto discrezionali) del numero non «superiore a quello strettamente necessario» (e in effetti, i dati disponibili, come mostra il contributo di Marina e Carlo Casini, «non indica(no) affatto l’eccezionalità» della produzione soprannumeraria).

⁹ Di soggettività incompleta dell’embrione parla P. ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Milano, 2009, 168.

¹⁰ Per questa tesi, v. C.M. MAZZONI, *La tutela reale dell’embrione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 457 ss.

¹¹ L. EUSEBI, *Embrione e tecniche procreative: problemi giuridici*, Comunicazione al Convegno La procreazione assistita: problemi e prospettive, Roma, 31 gennaio 2005, *paper*, 12-13.

¹² E solo «qualora non siano disponibili metodologie alternative».

¹³ Su tale articolo pende davanti alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Firenze, in rapporto agli artt. 2, 3, 9, 31, 32, 33 comma 1, Cost. Si attende inoltre la decisione della Corte EDU sul caso *Parrillo c. Italia*, concernente la possibilità – da parte di una donna a seguito della morte del compagno – di donare per la ricerca embrioni creati *in vitro* qualche anno prima. L’udienza si è svolta il 18 giugno scorso.

Ciò nondimeno, ritengo che se si parte dalla premessa che la fase embrionale è «la prima fase di vita di un individuo», che «la fecondazione è tale da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano» (sent. *Brustle* della Corte di giustizia, par. 35), e che la clausola della dignità umana può applicarsi al concepito, sebbene «con le caratteristiche sue proprie» (Corte cost., sent. n. 35/1997), può non apparire irragionevole o incostituzionale che la legge vieti la sperimentazione e la ricerca clinica sull'embrione umano («salvo finalità terapeutiche e diagnostiche volte alla tutela e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative»), come pure la produzione di embrioni a fini di ricerca e di sperimentazione.

Da un diverso ma complementare angolo di visuale, si può condividere la proposta (ancora ribadita nel contributo di Marina e Carlo Casini) di introdurre legislativamente la c.d. “adozione per la nascita” o “adozione prenatale”. Tale istituto potrebbe rappresentare una risposta ragionevole e conforme alle esigenze costituzionali in gioco.

Secondo il mio punto di vista (diverso dagli Autori prima richiamati) non dovrebbe trattarsi di una procedura sostitutiva della fecondazione di tipo eterologo ora ammessa dalla Corte costituzionale, anche perché non è la stessa cosa, in quanto la fecondazione eterologa è spesso “unilaterale” (vale a dire solo uno dei genitori è sterile/infertile, quindi è necessario un solo donatore esterno), e non avrebbe molto senso l'esclusione di questa possibilità solo perché in questo modo si creerebbe uno sbilanciamento tra i due genitori (uno solo dei quali sarebbe tale anche fisiologicamente) che «può portare nel tempo a crisi, dissidi, rifiuti prevedibili» (Casini, p. 18; Rivera, al contrario, ritiene più complicate e difficili da giustificare proprio le ipotesi di accesso “bilaterale” alla fecondazione di tipo eterologo).

L'altro limite della legge 40 che potrebbe essere (e viene di fatto già) rimesso in discussione è quello “soggettivo” e/o “sessuale”.

La normativa sulla PMA, mentre apre anche alle coppie di conviventi, resta chiusa però a singoli e a coppie tra persone dello stesso sesso.

Si tratta di ipotesi diverse, sebbene in certa misura collegate.

La prima si basa sulla valutazione (che non pare irragionevole) secondo cui il diritto di procreare, per quanto ascritto all'identità individuale dei soggetti, sia (o debba essere) comunque collegato a un progetto genitoriale per quanto possibile corrispondente al modello “tradizionale”, tuttora ritenuto più idoneo e conforme all'interesse educativo e formativo del nato.

Sta di fatto che le famiglie omogenitoriali sono una realtà sociale, anche nel nostro Paese, per quanto sul piano giuridico – come notano Prisco e Monaco nel suo contributo – il dibattito sia «agli inizi».

Il problema in larga parte è agganciato a quello dell'ammissibilità del matrimonio *same-sex*, o almeno di una regolamentazione dei diritti delle coppie omosessuali.

Ad ogni modo, la possibilità di riconoscere il diritto alla genitorialità delle coppie omosessuali non sembra dipendere esclusivamente dall'estensione ad esse dello *status* matrimoniale, cosa che la nostra Corte costituzionale continua ad escludere, ribadendo la validità costituzionale del paradigma eterosessuale del matrimonio (sentt. n. 138/2010 e 170/2014).

In altre parole, come accade in altri Paesi, l'omogenitorialità (attraverso l'adozione o l'accesso alle tecniche di PMA) potrebbe essere riconosciuta anche al di fuori del legame matrimoniale in senso stretto.

Guardando alla giurisprudenza europea poi, la Corte EDU ha più volte (e “progressivamente”) affermato che l'orientamento omosessuale non è

né può essere un impedimento giuridico alla genitorialità. Finora si è trattato di casi in cui il minore era già figlio di uno dei *partner same-sex* (c.d. adozione “co-genitoriale”), anche se, in vero, le motivazioni del Giudice europeo nei giudizi più recenti (penso alla decisione *X e altri c. Austria* del 19 febbraio 2013) sembrano andare oltre la vicenda specifica negando che ci possano essere differenziazioni legittime di trattamento tra coppie “non sposate”, non importa se “etero” o gay. Una cosa diversa sarebbe ammettere che una coppia di persone dello stesso sesso possa accedere “congiuntamente” a una delle forme “non naturali” di filiazione.

Nel primo caso è un fatto, una vicenda di quell’incerto mestiere del vivere di cui ha parlato la Corte cost. nella sent. n. 494/2002, e che il diritto deve in qualche modo affrontare, e non può che farlo alla luce dei suoi principi fondamentali, tra cui il divieto di discriminazioni legate al sesso (e all’orientamento sessuale); nel secondo caso, invece, è (o sarebbe) una scelta di equivalenza di due situazioni e di azzeramento del presupposto della doppia (nel senso anche di diversa sessualmente) figura genitoriale nell’ambito del rapporto di filiazione.

La questione del bilanciamento con l’interesse (diritto fondamentale) del minore a una crescita equilibrata, e della rilevanza su questo aspetto della duplicità della figura sessuale, si porrebbe inevitabilmente con maggiore intensità, e i termini di questa valutazione restano tuttora molto complessi e privi di riferimenti condivisi sul piano culturale, sociale, psicologico.

La mia posizione, espressa in altre sedi¹⁴, è che questa scelta della legge di ancorare l’accesso alle

tecniche di PMA al presupposto della duplicità della figura sessuale sia (ancora, nel senso che inevitabilmente questo tipo di giudizio può risentire dell’evoluzione degli orientamenti culturali e della loro sedimentazione sociale) ragionevole, rappresentando un bilanciamento non sproporzionato tra interessi del nascituro e diritto di procreare.

Non sono in discussione la sensibilità, la capacità educativa e affettiva che i soggetti o le coppie omosessuali possono avere e hanno in misura non dissimile o minore rispetto a un soggetto o una coppia eterosessuale. Il problema è complessivo, riguarda la idoneità di uno schema genitoriale di questo tipo (anche alla luce del contesto sociale e culturale) in rapporto al processo di formazione della personalità del minore, e su questo le perplessità e le incertezze restano forti e non completamente risolte, come emerge dall’analisi della (invero non priva di contrasti) letteratura scientifica psico-pedagogica.

Nella sua giurisprudenza in tema di adozione, d’altro canto, il Giudice costituzionale ha spesso insistito sul criterio dell’*imitatio naturae* (che è già nella Convenzione di Strasburgo sulle adozioni del 1967), come parametro di valutazione delle scelte o delle omissioni del legislatore (sentt. nn. 184/1993 e 198/1986). Anche qui, non è un riferimento rigido, e significa tante cose (non solo il tema della differenza di età tra adottando e adottante; ad esempio, nelle due sentenze citate si fa riferimento all’importanza di avere entrambe le figure genitoriali) che in questa sede non si possono nemmeno accennare; però, non si può dire che non ha alcun significato, ovvero che può essere radicalmente accantonato¹⁵.

¹⁴ A. D’ALOIA, *From Gay Right to Same-Sex Marriage: A Brief History Through the Jurisprudence of US Federal Courts*, in D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO (eds.), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdiction*, Heidelberg, 2014, 33 ss.

¹⁵ In senso analogo, sulla non irragionevolezza di questa opzione del legislatore, v. anche C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, 539.

Dove invece, a mio avviso, la legge 40 potrebbe registrare un'ulteriore correzione è probabilmente sul versante della interpretazione delle nozioni di "sterilità" e/o "infertilità" come condizioni di accesso alla PMA.

Il problema riguarda principalmente le coppie di soggetti portatori di patologie genetiche gravi e trasmissibili, e si intreccia evidentemente con quello dell'ammissibilità della diagnosi genetica preimpianto.

Abbiamo ricordato prima il caso risolto con una decisione molto "innovativa" del Tribunale di Salerno. Mesi fa il Tribunale di Roma ha sollevato questione di legittimità costituzionale sulla legge n. 40 del 2004 nella parte in cui non consente l'accesso alla procreazione assistita e quindi anche alla diagnosi genetica preimpianto per quelle coppie che, pur non essendo né sterili né infertili, sono portatrici di gravi malattie genetiche e per le quali quindi l'esame diagnostico preimpianto rappresenta l'unica possibilità per conoscere lo stato di salute dell'embrione ed evitare il ricorso all'aborto terapeutico durante la gravidanza.

La mia opinione è che una coppia che ha già avuto un certo numero di gravidanze, tutte o quasi concluse con la procreazione di figli morti dopo pochi mesi per gravi malformazioni genetiche conseguenti alla mutazione di un gene di cui sono portatori entrambi i genitori, ovvero interrotte per lo stesso motivo, non ha una condizione molto diversa da una coppia sterile, infertile, che non può procreare. E dunque, una preclusione come quella ricavabile dall'art. 1 potrebbe apparire, almeno con riferimento ai casi più gravi di coppie in cui i componenti siano portatori di gravi e mortali malattie genetiche, irragionevole.

In fondo, un ampliamento del concetto di infertilità è già stato adottato dalle Linee guida sulla procreazione medicalmente assistita riformulate nel febbraio 2008, con l'estensione della possibilità di ricorrere alle tecniche di PMA anche alle

coppie in cui l'uomo sia portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili, situazione ritenuta evidentemente assimilabile ai casi di infertilità.

Proprio parlando dei genitori di Salerno, la scrittrice Isabella Bossi Fedrigotti si è chiesta (retoricamente): «davvero può assomigliare ad una sinistra pratica eugenetica quel loro estremo tentativo di avere un bambino che non debba morire, soffocato, entro il primo anno di vita?»

La legislazione francese sulle questioni bioetiche prevede un meccanismo di revisione periodica dei contenuti e delle scelte effettuate. In molti Paesi la normativa bioetica viene rivista e aggiornata dopo alcuni anni, alla luce dei dati e delle acquisizioni scientifico-tecnologiche, nonché dell'evoluzione delle dinamiche sociali, in linea con quell'esigenza di favorire un "dibattito pubblico appropriato" che è sancita dall'art. 28 della Convenzione di Oviedo sulla biomedicina.

Dopo dieci anni anche la legge 40 ha bisogno di qualcosa di più di una correzione "in corsa", e frammentaria.

La giurisprudenza (non solo costituzionale) ha messo in luce la sua «fragile rigidità» (secondo la efficace espressione di Simone Penasa), che non poteva essere per troppo tempo coperta dall'esito dei referendum del 2005.

Oggi la legge 40 rischia di essere una legge "sbilenca", un disegno affidato a una matita dalle traiettorie casuali, che finiscono col dipendere dalle rivendicazioni soggettive e dai giudizi che da esse prendono le mosse. Fingere che i problemi non esistano, o vietare tutto senza provare a ricercare e definire, con una maggiore attenzione alle fattispecie concrete che possono verificarsi, linee di compatibilità e di equilibrio tra le varie esigenze costituzionali coinvolte, come chiede la Corte, è una tattica sbagliata, che peraltro può riflettersi anche sui nodi strategici del diritto sulla procreazione e sulle sue forme.

Almeno in astratto, è tempo che su questi temi si riapra un vero cantiere di dibattito democratico e civile. In concreto, è perlomeno dubbio che l'attuale momento politico e parlamentare, ingabbiato da altre questioni ritenute più urgenti e condizionato da una certa inclinazione semplificatoria, sia davvero quello più favorevole.