

Giovanni Bianco
(Bari)

LA CHIESA CATTOLICA IN ITALIA E LA DISCIPLINA SULLA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA

La Chiesa cattolica italiana avuto di recente un grande ruolo in Italia, sia nell'influenzare la redazione della novella sulla procreazione medicalmente assistita, sia nel difenderla strenuamente, allorché tale legge è stata oggetto di un referendum abrogativo. Con l. n. 40/2004, infatti, si è tradotto in norme giuridiche concrete il principio cattolico della *prevalenza dei diritti dell'embrione* su qualsivoglia esigenza di carattere scientifico che possa comprometterne il diritto alla vita e all'esistenza¹. Le disposizioni della nostra legge sulla PMA hanno incorporato nella disciplina di dettaglio la *ratio* ispiratrice dell'art. 2 della *Convenzione di Oviedo*, in quanto da esse s'inferisce che, anche nei casi più difficili, «l'interesse e il bene dell'essere umano debbono prevalere sul solo interesse della società o della scienza».

D'altro canto, tale impostazione ha ricevuto una straordinaria legittimazione, un anno dopo, a seguito della celebrazione del referendum abrogativo della legge sulla PMA, tenutosi il 12–13 giugno del 2005. In tale occasione, la Chiesa si era pronunciata espressamente a favore dell'astensione per far venire meno il *quorum*. La presa di posizione delle autorità ecclesiastiche (nonché la loro propaganda) ha avuto successo, in quanto il 75% degli elettori italiani, non recandosi alle urne, ha fatto

¹ In tal senso, è emblematica la disposizione contenuta nell'art. 13, perché in essa si stabilisce espressamente che «è vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano», nonché «la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla presente legge».

sapere ai promotori del referendum di condividere le scelte di fondo già operate in sede parlamentare a tutela dell'embrione, imponendo democraticamente ai pubblici poteri l'obbligo di salvaguardare la legge n. 40².

Prima di passare in analisi il punto di vista della Chiesa, è necessario premettere qualche informazione sugli aspetti tecnici della procreazione medicalmente assistita (PMA). Questa, in particolare, è stata definita da R. Stillman come «l'arte e la scienza di mettere insieme i gameti», in quanto essa comprende tutte quelle tecniche che, anche attraverso l'abilità del biologo, consentono al gamete maschile d'incontrare l'ovocita femminile per dar luogo ad un embrione (e, quindi, ad un *figlio* allo sta-

-
- 2 Per onestà intellettuale, è doveroso sottolineare come, in un referendum abrogativo, il dato relativo agli astenuti vada preso in esame con molta attenzione, visto che esso può essere il prodotto di scelte molto eterogenee fra loro (e, quindi, non necessariamente riconducibili alla volontà di opporsi all'abrogazione). In particolare, secondo Gianluca Braga, Referendum abrogativo: *se l'astensionismo è legittimo, a seggi aperti i dati sull'affluenza non devono essere resi noti*, in <http://www.costituzionalismo.it/articolo.asp?id=180>, coloro che si schierano contro l'abrogazione possono beneficiare del seguente vantaggio: far 'convergere' sulle loro posizioni «anche coloro che si astengono per le ragioni più disparate: dalla diserzione militante e di lunga data di tutte le votazioni alla mancata comprensione piena delle questioni sul tappeto, dall'indifferenza per i temi coinvolti all'impedimento temporaneo che preclude l'esercizio del suffragio». In occasione della consultazione referendaria del 12-13 giugno 2005 – per abrogare alcune disposizioni portanti della l. n. 40/2004 – «si è riaccesa la disputa (non nuova) sulla legittimità, alla stregua della lettera e dello spirito della Costituzione, dell'appello per l'astensione. [...] Tuttavia stavolta la conflittualità sul punto [è apparsa] sensibilmente maggiore, in virtù del fatto che i contrari all'abrogazione delle disposizioni coinvolte – decidendo di avvalersi *ex ante* della previsione di cui all'articolo 75 Costituzione, in base alla quale la deliberazione referendaria non è valida se non ha partecipato al voto la maggioranza degli aventi diritto – anziché schierarsi per il "no" [avevano] optato per una linea astensionista generalizzata, con lo scopo dichiarato di impedire il raggiungimento del *quorum* e di far fallire la consultazione. Non più, dunque, semplici suggerimenti isolati a non recarsi alle urne (come il celebre invito balneare del 1991), ma una vera e propria campagna astensionista con tanto di comitati regolarmente costituiti». Secondo A. Barbera, A. Morrone, *La Repubblica dei referendum*, Bologna, 2003, p. 202 ss. e M. Ainis, *L'astensione è un trucco*, in *La Stampa*, 12 maggio 2005, le spinte verso l'astensione non sarebbero in armonia con lo spirito democratico della nostra Costituzione. Per altri, invece, l'uso dello strumento astensionista è, non solo legittimo, ma anche in sintonia con i basilari principi del nostro Dettato: in tal senso, cfr. A. Di Giovine, *Democrazia diretta e sistema politico*, Padova, 2001, p. 171 ss.; A. Baldassarre, *Astensione, legittimo praticarla*, in *La Stampa*, 14 maggio 2005.

dio embrionale). Normalmente le coppie sono in grado di generare i loro figli senza il bisogno di ricorrere ad alcun ausilio esterno, sicché, quando l'ovocita femminile viene fecondato, per la madre ha inizio la gravidanza. In realtà, il pur legittimo desiderio della coppia di avere figli, sempre più spesso, viene frustrato da un duplice ordine di patologie:

- la *sterilità*, che consiste nell'incapacità di ottenere una gravidanza dopo almeno un anno di rapporti potenzialmente fertili: l'incontro dei due gameti, infatti, per i motivi più diversi, può non verificarsi, con la conseguente oggettiva impossibilità di generare un embrione (per esempio, nel caso d'*impotentia coeundi*, azoospermia, ostilità del muco cervicale, ecc.);
- l'*infertilità*, che ricorre nel caso in cui vi sia l'impossibilità di condurre a termine una gravidanza: l'embrione, dunque, nasce, ma per varie cause la sua vita finisce per spegnersi ad un certo punto del suo sviluppo (tube impervie, utero danneggiato, ecc.).

Oggi, le tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno consentito a molte coppie di curare o, quanto meno, di circoscrivere gli effetti derivanti dalla sterilità e dall'infertilità. Purtroppo, la PMA non va mitizzata, perché essa, alla stregua di qualsiasi *mezzo*, si rivela provvidenziale solo quando vince una patologia; per contro, può essere addirittura nefasta allorché sia strumentalizzata per tutelare degli interessi estranei rispetto al nascituro (si pensi all'eugenetica che, discriminando gli embrioni 'sani' da quelli 'malati', mira a procurare dei vantaggi per la *società*, a danno del concepito).

Sotto il profilo statistico, si deve osservare come, soltanto in tempi recenti si è riusciti a documentare scientificamente che gli uomini, soprattutto nell'ultimo secolo, hanno incominciato ad avere sempre maggiori problemi a procreare naturalmente: trent'anni fa, infatti, almeno il 15% delle coppie erano sterili, mentre oggi si calcola che oltre il 20% degli aspiranti genitori soffre di seri problemi psico-fisici di carattere riproduttivo. Quando una difficoltà di questo genere interessa una coppia su cinque, allora è chiaro che il problema finisce per assumere i contorni di un'inquietante emergenza medica, sociale, culturale e demografica: di qui, la necessità di un appropriato intervento regolatore anche da parte del potere legislativo. L'uomo, infatti, diversamente dalle altre specie animali, ha già, per sua natura, un basso tasso di fertilità (ogni mese, infatti, ha mediamente una possibilità su quattro di concepire); ma, se a questa piccola percentuale si sommano le summenzionate patologie riprodut-

tive in vertiginosa crescita, è del tutto evidente che l'indice di natalità complessivo rischia di assottigliarsi in maniera notevole.

Secondo una convenzione della comunità medica, la coppia può essere definita sterile (o infertile), solo quando, dopo almeno un anno di rapporti non protetti, questi siano risultati infruttuosi. Anche se – manzonianamente parlando – è sempre difficile separare con un taglio netto le colpe intercorrenti tra due soggetti, nel caso in questione, il calcolo statistico delle responsabilità fa registrare una sorta di *par condicio* tra l'origine maschile (40%) e femminile (40%) dell'impedimento riproduttivo; anzi, nel restante 20% dei casi, la responsabilità patologica deve essere equamente ripartita tra entrambi i *partners*.

Sotto il profilo storico, il primo esperimento di PMA risale alla fine dell'Ottocento ed affonda le radici nelle prime (rudimentali) tecniche ideate per *aggirare* l'impotenza maschile, dovuta alla c.d. *impotentia coeundi*. In origine, la procedura era molto semplice: si collocava il seme, opportunamente prelevato dal paziente, in una siringa e lo si iniettava nell'utero della donna che si intendeva fecondare. L'incontro tra i gameti – con la conseguente formazione dell'embrione – avveniva, dunque, *in vivo*, e – cioè – all'interno del corpo della madre. Questo procedimento fu ampiamente impiegato, soprattutto durante la seconda guerra mondiale, allorché a un gran numero di soldati fu data la possibilità di inviare dal fronte il proprio seme (appositamente congelato), per far sì che le loro compagne potessero essere fecondate artificialmente.

In seguito, però, le tecniche offerte dalla PMA si sono ulteriormente affinate, sì da rendere possibile la produzione di un embrione anche *in vitro*, e cioè, persino al di fuori del corpo della madre. Il primo caso di figlio in provetta è rappresentato dalla piccola Luis Brown; i suoi gameti, infatti, sono stati opportunamente inseriti all'interno dello stesso contenitore, dando così alla vita la tanto agognata figlioletta. L'embrione appena formato, di lì a poco, fu trasferito nell'utero della madre biologica e, una volta trascorse 38 settimane, la piccola è nata attraverso il ricorso alla procedura del taglio cesareo.

Ai fini della nostra disamina, si deve stigmatizzare un punto assolutamente decisivo della problematica in esame: la PMA, pur consentendo una gravidanza, non è *mai* in grado di curare la specifica patologia da cui è affetto il *partner* o la coppia, in quanto essa si limita solo ad *aggirare episodicamente* l'impedimento riproduttivo, sia nel caso di fecondazione *in vivo* che *in vitro*. Il ricorso alla provetta, dunque, rende la coppia *di-*

pendente dall'intervento medico, ogniqualvolta s'intenda avere una nuova gravidanza. Di qui, l'esigenza che il diritto pubblico si faccia carico di questa *oggettiva* condizione di *dipendenza*, affinché tale rapporto asimmetrico non si trasformi nella premessa per un cinico sfruttamento delle legittime aspettative di una coppia.

La necessità di un intervento normativo *ad hoc* è, peraltro, diventata ancora più impellente proprio perché, negli ultimi due decenni, la fecondazione artificiale ha avuto un grande successo e diffusione (anche a causa della relativa facilità d'impiego di queste tecniche riproduttive), sicché si è assistito ad un vertiginoso proliferare di centri di PMA – soprattutto nei paesi tecnologicamente più avanzati –, spesso in assenza di leggi e regolamenti. In Italia, questo *far west* procreativo – che ha finito fatalmente per far prevalere le esigenze economiche ed autoreferenziali di alcune *élites* su quelle genuinamente terapeutiche e solidaristiche dei soggetti più deboli – è stato definitivamente *stroncato* – solo ventisei anni dopo la nascita di Luis Brown – in virtù dell'emanazione della così tanto travagliata l. n. 40/2004.

Con la novella, si è recepito il principio di ispirazione cattolica per cui l'unica finalità della PMA non può essere che quella *riproduttiva*, sicché *tutti* gli embrioni prodotti all'interno della provetta (fino ad un massimo di tre) devono essere impiantati nell'utero della madre. È vietata, perciò, qualsiasi finalità a scopo *puramente sperimentale*. Solo «qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile» (art. 14, comma terzo). In altri termini, si deve certamente tutelare la salute della madre, ma senza sacrificare totalmente il corrispondente diritto del concepito: ed in tal senso, l'art. 13, comma secondo, stabilisce che «la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla *tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione* stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative».

Se – dal punto di vista dei possibili abusi perpetrabili in sede sperimentale – la salvaguardia dell'embrione è certamente *forte*, sotto il profilo della disciplina delle procedure *riproduttive*, invece, si registra un affievolimento della tutela, in quanto – per effetto del faticoso accordo

di carattere compromissorio realizzato durante i lavori parlamentari – il legislatore si è assunto la responsabilità di *sacrificare mediamente due embrioni su tre* ad ogni ciclo di PMA. È triste ammetterlo, dunque, ma le tanto decantate tecniche della riproduzione artificiale hanno ancora una percentuale di successo significativamente molto bassa (tra il 20% ed il 30%).

La legge n. 40, in tal modo, ha finito per scontentare una parte del mondo della ricerca e dell'economia, perché la possibilità (oggi preclusa) d'intervenire impunemente sugli embrioni rappresenta la premessa giuridica fondamentale di un grande *business*, soprattutto per l'industria farmaceutica, diagnostica e, persino, cosmetica. Contro i vari tentativi volti a sostenere la tesi della reificazione dell'embrione, la legge, nel suo primo articolo, ha riconosciuto espressamente l'esistenza di una *soggettività giuridica del concepito* («al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che *assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito*»).

A loro volta, i medici, le case farmaceutiche e i ricercatori rimasti delusi, hanno promosso una campagna referendaria per abrogare la legge, sulla base dell'assunto che «il fine giustifica i mezzi». Non è un caso, dunque, che le finalità patrociniate dai promotori fossero, di primo acchito, del tutto condivisibili: l'autodeterminazione della donna; la tutela della salute della madre e del concepito; consentire nuove cure per malattie come l'*Alzheimer*, il *Parkinson*, la sclerosi, il diabete, le cardiopatie, i tumori; rimediare ai casi di sterilità più gravi; prevenire la trasmissione di malattie ereditarie quando uno o entrambi i genitori ne sono portatori. Se ne deduce che il vero problema etico-giuridico consiste, non già nella mera declamazione di propositi altamente meritevoli, ma piuttosto nell'accertare che i *mezzi* effettivamente adoperati siano *moralmente* congruenti rispetto al fine perseguito. Da questo punto di vista, alcuni esperti – appartenenti al settore economico-scientifico – hanno sostenuto che l'embrione appartiene alla categoria delle *res*, sicché ogni mezzo sperimentale impiegato nei loro riguardi risulta essere certamente lecito: in altri termini, visto che si tratta di *cose*, si può fare tutto, o – almeno – tutto ciò che è tecnicamente possibile.

Ai fini di una migliore valutazione dell'effettiva *liceità dei mezzi impiegati*, è, altresì, necessario procedere ad una rapida disamina delle fasi

principali in cui si articola un singolo ciclo di PMA. Sebbene i protagonisti di questa procedura, dal punto di vista diacronico, siano la *coppia* e il *concepito*, non c'è ombra di dubbio che la loro vicenda possa essere strumentalizzata a vantaggio di altri soggetti: il *personale sanitario*, le *case farmaceutiche* e i *ricercatori*. In quest'ottica, anche per una migliore comprensione dei diversi interessi coinvolti, si ritiene opportuno affrontare l'argomento, attraverso la seguente triplice scansione temporale:

- 1) la fase del *personale sanitario*: prima della n. 40, il medico era, di fatto, il *dominus* incontrastato della *terapia*, per cui, una volta accertata una causa di sterilità, egli poteva decidere – *unilateralmente* – se avviare una cura specifica della patologia (psicologica, farmacologica, ecc.), oppure, se procedere direttamente con le tecniche della procreazione medicalmente assistita. Il problema che si vuole stigmatizzare è il seguente: il medico, pur avendo l'obbligo deontologico di curare il paziente, ha anche il legittimo interesse a trarre un qualche profitto dalla sua prestazione. Astrattamente parlando, in questo ambito, il medico può massimizzare il proprio guadagno: o coinvolgendo nella PMA il maggior numero di coppie possibile (e, quindi, persino quelle non affette da soli problemi di sterilità o infertilità); oppure, procedendo senza indugio con terapia più remunerativa – la fecondazione *in vitro* – accantonando altre terapie più efficaci (ma meno redditizie).

Oggi, la legge n. 40 impedisce ai medici di strumentalizzare le aspettative della coppia, imponendo in via preliminare al personale sanitario l'*obbligo di curare la malattia* che affligge la coppia. Se la patologia viene curata, infatti, la coppia potrà procreare naturalmente; nel caso in cui le terapie effettivamente esperite risulteranno infruttuose, solo allora si potrà pensare di procedere alla creazione dell'embrione in provetta. In altri termini, il legislatore ha applicato alla fattispecie il c.d. principio di gradualità, in quanto le cautele normative vengono concepite per circoscrivere il più possibile «il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari, [anche] ispirandosi al principio della minore invasività» (art. 4, secondo comma, lett. a). La PMA, infatti, anche se ha successo *non cura alcunché*, perché la coppia, nel caso in cui intenda procedere a nuove gravidanze, sarà per sempre 'dipendente' dall'ausilio esterno; di conseguenza, il legislatore ha inteso far sì che fossero profusi tutti gli sforzi per consentire, nei limiti del possibile, la *procreazione naturale*. In tal senso, al secondo comma dell'art. 1, la legge chiarisce che la scelta della fecondazione artificiale si configura alla stregua di un'*extrema*

ratio di carattere terapeutico («il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora *non vi siano altri metodi terapeutici efficaci* per rimuovere le cause di sterilità o infertilità»).

In secondo luogo, possono accedere ai trattamenti di PMA solo le *coppie effettivamente 'malate'* e, quindi, «solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione [limitatamente] ai casi di *sterilità* o di *infertilità* inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di *sterilità* o di *infertilità* da causa accertata e certificata da atto medico» (art. 4, comma primo). In altri termini, l'avvio della procedura è subordinato alla circostanza che ricorra un caso di sterilità o infertilità. Di conseguenza, la PMA è *vietata* per chi non soffre di problemi strettamente riproduttivi (le donne sole, gli omosessuali, i *partner* che temono di trasmettere una qualche malattia ereditaria o le c.d. mamme nonne, perché di età avanzata).

A ciò si aggiunga che la n. 40 impone al medico un *obbligo specifico d'informazione*, per consentire alla coppia, la quale intende sottoporsi al trattamento, di esprimere un *consenso libero e consapevole*. In tal senso, l'art. 6 della legge prevede testualmente che «prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita il medico informa in maniera dettagliata [i *partners*] sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro. Alla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento [...] come alternativa alla procreazione medicalmente assistita. Le informazioni di cui al presente comma e quelle concernenti il grado di invasività delle tecniche nei confronti della donna e dell'uomo devono essere fornite per ciascuna delle tecniche applicate e in modo tale da garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa». Di conseguenza, al personale medico è fatto obbligo di rappresentare alla coppia, in anticipo e nel dettaglio, tutti i costi fisici, umani ed economici dell'intervento:

- costi *umani*: la PMA, come già visto, è oggettivamente rischiosa per il concepito, perché, a causa della bassa percentuale di successo, finisce di fatto per sacrificare un gran numero di embrioni;
- costi *psico-fisici* – soprattutto – per la donna: la PMA, infatti, provoca forti *stress* ed è molto dolorosa (tanto che, in molti casi,

si deve ricorrere ad interventi in anestesia generale). Nella malaugurata – e non improbabile – eventualità di un insuccesso, la donna dovrà essere sottoposta ad altri cicli di PMA, con il conseguente prolungamento del calvario psico-fisico;

- costi *economici*: la fecondazione artificiale, per la copertura delle varie spese di carattere tecnico, farmacologico e professionale, richiede la corresponsione di parcelle molto elevate (un primo ciclo di PMA, per esempio, costa, come minimo, 5.000 euro);
- 2) la fase delle *case farmaceutiche*: uno dei principali problemi di ordine tecnico, posto dalle attuali procedure della PMA, consiste nel fatto che, a fronte di un'ampia abbondanza di gameti di origine maschile, fa riscontro una grande scarsità di ovociti femminili (la donna, come è noto, non può produrre più di un ovocita per ciclo mestruale). Il che, certamente, pone un serio problema di reperimento delle principali risorse biologiche della PMA, perché, con un solo ovocita disponibile, si può concepire soltanto un embrione. Ma, poiché le attuali percentuali di attecchimento in utero sono ancora molto basse, allora, per produrre contemporaneamente un gran numero di ovociti da fecondare, bisogna ricorrere ad una sorta di *doping* farmacologico e, quindi, sottoporre le donne ad una particolare 'terapia' ormonale – a base di gonadotropine – per ottenere la tanto agognata superovulazione.

Ed è a questo punto che entrano in scena le *case farmaceutiche*, le quali, per venire incontro al desiderio di genitorialità delle coppie sterili, si adoperano per rendere disponibile sul mercato sufficienti quantità di questo ormone (il cui nome è FSH ricombinante). A tal proposito, è solo il caso di sottolineare che il farmaco in questione è annoverato tra i c.d. salvavita ed ha un costo rilevante, visto che il suo prezzo si aggira tra i 2.500/3.000 euro per *kit*.

Prima della n. 40 si potevano produrre ovociti in quantità: oggi, invece, la novella prevede che non possano essere prodotti più di tre embrioni per ciclo, sicché, ad ogni tentativo, *de facto*, non servono più di tre ovociti da fecondare. È vero, infatti, che «è consentita la crioconservazione dei gameti [femminili], previo consenso informato e scritto» (art. 14, comma ottavo), ma, allo stato attuale della tecnica, le relative procedure di congelamento non sono ancora sufficientemente affidabili e collaudate;

- 3) la fase dei *ricercatori*: la n. 40, in nome della primazia degli interessi del concepito, ha fatto sì che gli embrioni generati in un ciclo di PMA

fossero *tutti* utilizzati *unicamente* per finalità *riproduttive*. La ricerca – e soprattutto le attività sperimentali – sono consentite nella misura in cui «si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative» (art. 13, secondo comma). Nessuno scopo è talmente nobile da giustificare la soppressione di un embrione. A ciò si aggiunge che il legislatore, per evitare qualsiasi equivoco di tipo ermeneutico, ha vietato espressamente finanche la produzione «di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla presente legge» (art. 13, terzo comma, lett. a).

Alcuni ricercatori – come quelli della storica *Commissione Warnock* – non ritengono che l'embrione sia un essere umano o, quanto meno, un'entità che valga la pena di essere tutelata pienamente e, pertanto, sollecitano le autorità statali ad autorizzare, nei casi più estremi, persino la produzione di una grande quantità di *embrioni a solo scopo di ricerca*. Di conseguenza, la legge n. 40, dal loro punto di vista, è stata oltremodo impietosa: non solo «le tecniche di produzione degli embrioni, [...] non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, [e] comunque non superiore a tre» (art. 14, comma secondo); ma, inoltre, viene specificamente vietata la crioconservazione degli embrioni a scopo di ricerca (art. 14, comma primo, in combinato disposto con il terzo comma del medesimo articolo).

I vari tentativi di reificazione dell'embrione, dunque, sono stati drasticamente ridimensionati, da una parte, con la disciplina giuridica scolpita nella *Convenzione di Oviedo* (a livello europeo) e nella legge sulla PMA (sul piano nazionale); dall'altra, con la massiccia legittimazione democratica che si è manifestata – nella forma dell'astensione dal voto – in occasione della recentissima consultazione referendaria volta ad abrogare i punti essenziali della l. n. 40/2004.

Siffatta temperie normativa – *a fortiori* – ha finito per riverberare i suoi effetti anche nell'ambito delle sperimentazioni sulle *cellule staminali*. La parola 'staminale' – che, in greco, significa 'trave', o 'puntello di una costruzione navale' – viene impiegata dai biologi e dai medici per designare le proprietà di una *cellula progenitrice di tutte le cellule*. Essa, in particolare, si configura alla stregua di una cellula non differenziata definita da due caratteristiche: si può dividere senza alcun limite; può dare

origine ad almeno un tipo di progenie di cellule altamente differenziate (nervose, muscolari, del sangue, ecc.).

L'argomento in questione ha di recente attirato l'attenzione dell'opinione pubblica, in quanto la ricerca sulle cellule staminali offre la speranza di arrivare ad una terapia efficace nella cura di malattie debilitanti (diabete, morbo di *Parkinson*, ecc.), problemi cardiaci, trapianti, lesioni alla spina dorsale. Il problema normativo – come vedremo nella seconda sezione del presente Capitolo – nasce dal fatto che, in natura, esistono solo due tipologie di cellule staminali umane: quelle *embrionali* (totipotenti e pluripotenti) e quelle *adulte* (unipotenti o multipotenti). Alla luce dei dati positivi ricavabili dalla nostra normativa, si è giunti a sostenere una duplice conclusione: è rigorosamente vietata la sperimentazione sulle cellule staminali embrionali, perché, con le tecniche attualmente disponibili, il loro prelievo comporta l'automatica soppressione dell'embrione su cui si interviene; è, invece, consentita, sia la soppressione delle cellule staminali adulte (perché non rientrano nella categoria degli esseri umani), sia il loro prelievo (in quanto tale procedura non comporta alcun rischio per la vita o per la salute del donatore).

Prima dell'emanazione della l. n. 40/2004, soltanto nell'ambito, piuttosto circoscritto, della disciplina dei trapianti si poteva rinvenire una regolamentazione organica in grado di prevedere e regolare le diverse fattispecie appartenenti ad uno specifico settore della biomedicina (l. n. 91/1999)³. In particolare, l'intervento normativo del 1999 si rivelava assai rilevante, in quanto la legge sui trapianti – dando concreta attuazione

3 Si tratta, in particolare, della legge n. 91 del 1 aprile 1999 (*Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi o tessuti*), la quale disciplina il prelievo di organi e tessuti provenienti da un soggetto di cui sia stata accertata la morte, ai sensi della l. n. 578/93. Tra gli obiettivi della legge, che si compone di 28 articoli suddivisi in sette capi, vi è sia quello di accrescere il numero dei donatori, sia quello di far diventare le attività di trapianto parte del lavoro ordinario del Servizio Sanitario Nazionale. Tra le tante novità di questa legge, M. Aramini, *Introduzione alla Bioetica*, Milano, 2001, p. 320, segnala l'obbligo di evitare mutilazioni o dissezioni non necessarie, insieme a quello di ricomporre il cadavere con massima cura; la distinzione tra il personale medico che accerta la morte, dai medici che eseguono il prelievo o il trapianto; l'anonimato dei dati relativi al donatore ed al ricevente; la previsione di sanzioni penali molto severe per chi fa commercio di organi, ovvero per chi li procura abusivamente. Il legislatore ha inoltre attribuito al Ministero della Sanità il compito di porre in essere una capillare campagna d'informazione sulle problematiche poste dai trapianti.

al disposto di cui all'art. 2 Cost. – poneva le premesse normative per un effettivo adempimento degli inderogabili doveri di solidarietà economica, politica e sociale⁴, anche nel delicatissimo settore della donazione degli organi⁵. A ciò si aggiunga che, attraverso siffatta normativa, s'inten-

-
- 4 Sul punto, cfr. E. Sticchi-Damiani, *Il principio di solidarietà nella Costituzione italiana*, in C. Scarcella (cur.), *Strategie economiche e dimensioni etiche per uno sviluppo più umano. Atti del Convegno promosso a Casarano il 25 e 28 novembre 1995 della Fondazione Culturale "Antonio Filigrana"*, Lecce, 1998, p. 33 ss., il quale sostiene che il principio di solidarietà rappresenta il criterio fondamentale per conferire all'ordinamento un minimo di omogeneità, in assenza del quale la vita politica si ridurrebbe ad un cruento *bellum contra omnes* di hobbesiana memoria. L'art. 2 Cost., egli osserva, andrebbe ricollegato al disposto di cui all'art. 3 Cost., in quanto il Costituente, avendo ravvisato nelle disparità economiche e sociali il motivo fondamentale di siffatta eterogeneità, ne ha postulato il superamento attraverso un intervento in prima persona ad opera dello Stato. «Profonda è la rispondenza tra [le due disposizioni]: centralità della persona umana nel sistema giuridico nel complessivo sistema sociale, legame funzionale tra i doveri dell'art. 2 nella loro triplice direzione (politica, economica e sociale) ed il postulato relativo alla partecipazione di tutti i cittadini alla organizzazione – anche qui politica, economica e sociale – del Paese» (p. 36). Se ne deduce che «attraverso il collegamento tra principio di solidarietà e principio personalistico, il concetto di solidarietà trova una sua prima specificazione che vale ad individuarlo in termini di integrazione della persona nella vita dello Stato e della comunità sociale» (p. 36).
- 5 Con la novella del '99, infatti, il legislatore italiano aveva inteso accrescere la cultura dei trapianti, trasformando il limite dell'ordine pubblico e del buon costume, contenuto nel tuttora vigente art. 5 c. c., in un complesso di regole concrete e predeterminate. A tale scopo, per far fronte alla perdurante carenza di organi, si era scelta la formula giuridica del silenzio-assenso per raccogliere il consenso, ovvero il diniego, del cittadino rispetto alle procedure dell'espianto. In particolare, l'art. 4 (*Dichiarazione di volontà in ordine alla donazione*) – il quale è tuttora in vigore – stabilisce che, nelle forme e nei modi previsti dalla legge e da un decreto ministeriale *ad hoc*, «i cittadini sono tenuti a dichiarare la propria libera volontà in ordine alla donazione di organi e tessuti del proprio corpo successivamente alla morte, e sono informati che la mancata dichiarazione di volontà è considerata quale assenso alla donazione». Da siffatta premessa discende che «i soggetti cui non sia stata notificata la richiesta di manifestazione della propria volontà in ordine alla donazione di organi e tessuti [...], sono considerati non donatori». Se è vero che tale impostazione ha consentito di conseguire, certamente con meno difficoltà, il tanto auspicato obiettivo dell'aumento dei donatori e delle capacità delle strutture sanitarie di utilizzare al meglio gli organi resi disponibili, è altrettanto evidente che tutto ciò ha finito per mettere in discussione la centralità del rispetto e della salvaguardia della libertà personale. In quest'ottica, secondo N. Simonetti, *Etica dei trapianti*, in F. Bellino (cur.), *Trattato di Bioetica*, Bari, 1992, p. 566, il principio di autodeterminazione, inteso come la

deva promuovere il valore della salute (art. 32 Cost.), sia nella sua innegabile dimensione *individuale*, sia nell'ottica di un interesse concernente l'intera *societas*, in vista dell'ambizioso progetto volto a realizzare la crescita materiale e spirituale dell'intera comunità nazionale (art. 4 Cost.).

Solo nel 2004, invece, il Parlamento è riuscito faticosamente a tradurre in legge le diverse proposte normative che, già a partire dagli anni Sessanta, venivano avanzate per dare una cornice coerente ed organica al crescente – e sempre più diffuso – fenomeno della *procreazione medicalmente assistita*⁶. In tal modo, si è dato seguito al monito della *giurisprudenza costituzionale* che, fin dalla sentenza n. 374/98, sollecitava il legislatore a considerare «la preminenza [del nuovo nato] non solo in relazione ai diritti e doveri posti per la sua formazione [...] ma ancor prima, ai suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo, assumendone le relative responsabilità: diritti che [in mancanza di una regolamentazione *ad hoc*, era] compito del legislatore specificare».

A fronte della perdurante incertezza normativa causata dalla mancanza di regole specifiche⁷, pertanto, la Consulta riteneva che la descritta

decisione, libera ed incondizionata, in ordine al se e al come utilizzare il proprio corpo, cede inevitabilmente il passo al cospetto della c.d. cultura della solidarietà, «nel cui contesto si inseriscono, a buon diritto, l'educazione sanitaria alla donazione, la disponibilità personale, il rispetto operante per il fratello bisognoso».

- 6 Sulla necessità di una disciplina organica sulla fecondazione medicalmente assistita, si era espresso A. Allegra, *Fecondazione, preembrione, embrione, riproduzione assistita. Le riflessioni di un medico della riproduzione*, in L. Coppola (cur.), *Medicina e biologia riproduttiva: stato dell'arte alle soglie della legislazione*, Bari, 1999, p. 247 ss. All'inizio dell'ultima legislatura, in particolare, il delicato compromesso tra la sensibilità cattolica e la concezione c.d. laica era stato faticosamente raggiunto dalla Commissione Affari Sociali della Camera, attraverso la redazione di un laborioso testo unificato (*Disciplina della procreazione medicalmente assistita*), volto a disciplinare «*le tecniche di procreazione medicalmente assistita finalizzate alla soluzione dei problemi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità che si manifestano nella donna, nell'uomo o nella coppia*» (art. 1). Secondo questa proposta, il ricorso alle procedure della PMA era subordinato alla fondamentale condizione che gli altri metodi terapeutici risultassero insufficienti, ovvero inadeguati; la *ratio* della proposta normativa riposava nella constatazione che, solamente in seguito al fallimento di tutte le possibilità naturali e fisiologiche, «o quando l'età matrimoniale non permette[va] l'attesa oltre certi limiti, lo specialista corretto [era autorizzato a proporre] la tecnica di [PMA] più idonea per risolvere il problema della coppia, sempre nel rispetto dell'etica e dei diritti umani».
- 7 A parere di R. Coppola, *Manifesto di bioetica laica e principi cattolici*, in L. Coppola (cur.), *Medicina*, p. 237 ss., la complessa materia della fecondazione medicalmente

«situazione di carenza legislativa [non impediva affatto] al giudice [di] ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali». In altri termini, l'assenza di un'apposita legislazione non poteva essere invocata dai giudici quale premessa per astenersi dal decidere la controversia: sia la cornice costituzionale, sia il complesso dei principi generali desumibili dalle leggi vigenti, infatti, erano ritenuti sufficienti per colmare, almeno in via provvisoria, le lacune in esame. Di conseguenza, la *ratio* di questo divieto di *non liquet*⁸ riposava sulla constatazione che il vuoto regolamentare scaturisse, non già da una lacuna meramente normativa, ma, piuttosto, dalla carenza di una legislazione di dettaglio di rango primario.

Lasciando tutto nelle mani del giudice, si era di fatto consentito anche un uso piuttosto disinvolto dell'analogia⁹ e delle più svariate proce-

assistita richiede una legislazione *leggera*, che non si limiti a sanzionare i comportamenti illeciti, ma svolga anche una ragionevole funzione d'indirizzo. A tale scopo, sarebbe opportuno individuare come inderogabili alcuni valori costituzionalmente garantiti, quali il principio personalistico, la tutela della vita nascente, la salvaguardia della dignità della persona umana e dell'uguaglianza giuridica. Un particolare rilievo dovrà essere riconosciuto anche al principio di solidarietà ed a quello relativo al consenso ai trattamenti sanitari. Nell'ambito degli ordinamenti a base democratica, l'A. ribadisce l'opportunità di promuovere un'etica 'forte', «che costituisca il supporto delle scelte politiche e dei conseguenti orientamenti sul piano legislativo specialmente in materie, come quella della procreazione assistita, di grosso impatto sul tessuto sociale e familiare. Autorevoli opinioni riconducono proprio alla mancanza di un'etica forte e condivisa la debolezza delle democrazie ed in tale direzione emblematica è il caso italiano con il protrarsi del conflitto fra cultura cattolica e cultura laica, ricevuto in retaggio dalla generazione risorgimentale e post-risorgimentale» (p. 243).

- 8 Sull'argomento, cfr. G. U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico* il quale sostiene che il divieto del *non liquet* rappresenta il reciproco della regola contenuta nell'art. 24 Cost., che riconosce a tutti i consociati il diritto ad adire un giudice per la salvaguardia dei propri diritti soggettivi ed interessi legittimi.
- 9 Il procedimento analogico viene richiamato dal nostro legislatore attraverso l'art. 12 delle *Preleggi*, in quanto esso espressamente dispone che «se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». N. Bobbio, *Teoria generale*, p. 262, rileva come il ricorso all'analogia rappresenti uno dei casi più importanti di autointegrazione del diritto, perché consiste «nella integrazione compiuta attraverso l'ordinamento stesso, nell'ambito della stessa fonte dominante, senza far ricorso ad altri ordinamenti, e col minimo ricorso a fonti diverse da

dure ermeneutiche volte alla composizione delle antinomie normative (sistematiche, adeguatrici, restrittive, ecc.). In particolare, tra le varie tecniche interpretative, alquanto insidiosa appariva la *tecnica del bilanciamento*, perché, non risolvendo il conflitto una volta per tutte, finiva per rendere imprevedibile la soluzione di una controversia analoga in un caso futuro, sì da compromettere le più elementari esigenze di *certezza del diritto*. Siffatta modalità interpretativa, peraltro, mostrava fatalmente la propria inadeguatezza soprattutto nei giudizi nei quali si discorreva della *costituzionalità di una legge*, in quanto, in tale sede, il bilanciamento non implicava l'individuazione di una soluzione *mediana* (e, quindi, volta a contemperare i diversi principi in conflitto), ma consisteva, piuttosto, «nel sacrificare un principio applicando l'altro»¹⁰. Di conseguenza, in ambito bioetico, la Corte finiva per assumere delle decisioni concernenti la stessa *vita* dei soggetti coinvolti, senza che tali giudizi di valore trovasero un sicuro fondamento nella normativa costituzionale.

Sotto questo profilo, particolarmente emblematica appare la nota sentenza n. 27/75¹¹, con cui la Consulta pronunciò l'illegittimità costi-

quella dominante». A ciò si aggiunga che «con l'indicazione di due procedimenti dell'analogia e dei principi generali del diritto, il legislatore pretende o presume che in caso di lacuna la regola debba essere trovata nell'ambito stesso delle leggi vigenti, cioè senza far ricorso ad altri ordinamenti né a fonti diverse dalla legge» (p. 265 s.).

¹⁰ Cfr. R. Guastini, *Teoria e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 230 s.

¹¹ La vera novità della sentenza in commento, a parere di M. Zanchetti, *La legge sull'interruzione volontaria della gravidanza*, Padova, 1992, p. 48, consiste non solo nell'estensione della disciplina relativa allo stato di necessità, ma soprattutto nella nuova posizione concettuale della Corte, rispetto alle gerarchie assiologiche tradizionali, in quanto «alla salute della donna è sempre data una posizione di preminenza rispetto alla salute del concepito». Pur rimanendo in quest'ottica, desta qualche perplessità la circostanza che la Consulta abbia dichiarato costituzionalmente illegittima una legge penale sull'interruzione della gravidanza, ignorando qualsiasi concreta forma di tutela della vita prenatale. Nel dispositivo finale della sentenza si legge che viene dichiarata «l'illegittimità costituzionale dell'art. 546 del Codice Penale, nella parte in cui non prevede che la gravidanza possa venire interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo grave, medicalmente accertato [...] e non altrimenti evitabile, per la salute della madre». Dalle motivazioni della sentenza s'inferisce che, in materia di aborto, il bene da proteggere non è tanto l'interesse demografico dello Stato, ma la vita umana. Se ne deduce che la collocazione più appropriata del reato in esame sarebbe quello dei «delitti contro la persona». Premesso che i diritti del concepito hanno un preciso fondamento costituzionale, la Corte rileva che, in taluni casi, il diritto del nascituro può venire

tuzionale dell'art. 546 c.p., nella parte in cui non prevedeva la possibilità dell'interruzione della gravidanza nel caso in cui la sua prosecuzione avesse comportato un danno o pericolo grave per la salute della madre: nella motivazione, infatti, si leggeva che, sebbene la vita fosse astrattamente un bene di rango supremo, in un particolare stato di necessità, il valore del benessere psico-fisico della madre (art. 32 Cost.) prevaleva sulle pur meritevoli esigenze di salvaguardia e di tutela del nascituro (art. 2 Cost.)¹².

A ciò si aggiunga che l'intervento 'vicario' dei magistrati, volto a colmare le lacune in tale materia, si arrestava qualora, nell'ambito di un *giudizio penale*, si prospettava la necessità di ricorrere all'*analogia*. Nel nostro ordinamento, infatti, non è consentito, né alla Corte Costituzionale, né a qualsiasi altro giudice prevenire un *vulnus* legislativo con la creazione di nuove norme incriminatrici: l'art. 25, secondo comma, Cost., infatti, stabilisce che nessuno può essere punito se non in forza di una legge; mentre l'art. 14 delle *Preleggi* statuisce che le leggi penali non si applicano oltre i casi ed i tempi in esse considerati.

in conflitto con i diritti della madre, che pure godono di copertura costituzionale e sono, quindi, meritevoli di protezione. Nella motivazione, ad un certo punto, si sostiene che i diritti della madre devono prevalere su quelli del nascituro, anche quando si tratta semplicemente del suo diritto alla salute («non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona ancora deve divenire»). In quest'affermazione la Corte sembrerebbe aver contraddetto quanto poco prima aveva evidenziato. Si deve, però, rilevare che, pur nella sua evidente ambiguità, il dispositivo pone un complesso di limiti ben precisi al legislatore: l'esclusione dell'ammissibilità dell'autodeterminazione della donna nella scelta abortiva e la necessità di «predisporre le cautele necessarie per impedire che l'aborto venga procurato senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire la gestazione». Sul punto, F. D. Busnelli, *Lo statuto del concepito*, in *Dem. e dir.*, 1988, p. 291 e G. Biscontini, *Interruzione della gravidanza e tutela della maternità*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 8 ss., rilevano come la successiva legge sull'interruzione della gravidanza non abbia tenuto in nessun conto le cautele suggerite dalla Corte Costituzionale, proprio con la sent. n. 27/75. Anzi, la l. n. 194/78 si caratterizzerebbe per una sensibile discrepanza tra i principi e le concrete soluzioni normative, per cui il legislatore, da un lato ha sancito, in linea di principio, il diritto alla vita, dall'altro lo ha interamente svuotato nella disciplina concreta dei singoli articoli.

¹² Sul punto cfr. L. Santo, *Aborto e diritto alla vita*, in A. Tarantino (cur.), *Culture giuridiche e diritti del nascituro*, Milano, 1997, p. 176 ss.

Sulla 'gravità' del vuoto legislativo, la *dottrina* aveva dato luogo a due valutazioni diametralmente opposte: una parte, infatti, era persuasa che i tempi non erano maturi, sicché era addirittura *inopportuno un intervento normativo organico*, in quanto, in una materia ancora così controversa e lacerante per gran parte dell'opinione pubblica, gli organi dello stato non sarebbero stati in grado di far rispettare le proprie statuizioni (quali che esse fossero)¹³. Secondo questa ricostruzione, la maggior parte delle questioni poste dalla procreazione assistita erano soprattutto d'ordine morale, e, quindi, uno Stato rispettoso di tutte le sensibilità si sarebbe dovuto *astenersi* da un intervento che interferisse, in maniera così incisiva, con la dimensione più intima rappresentata dagli *atteggiamenti* dei cittadini.

D'altra parte, è stato rilevato che, anche se è indubbio che il diritto, *ex se*, non può risolvere tutti i problemi etici posti dalla PMA, sarebbe comunque opportuna sia la previsione di una disciplina legislativa *ad hoc*, sia l'introduzione di nuove fattispecie incriminatrici: il diritto penale, in particolare, prima di svolgere una funzione evidentemente repressiva, ha anche una forte valenza di ordine pedagogico, in quanto «indica modelli di comportamento ai quali i consociati dovrebbero uniformarsi anche prescindendo dall'applicazione della pena. [In quest'ottica] le norme penali verrebbero, quanto meno, a "orientare" i consociati verso

13 Questo tipo d'impostazione mette in evidenza come un atto possa essere, contemporaneamente, efficace (e, cioè, astrattamente idoneo a produrre effetti giuridici), ma non effettivo, perché non avvertito dalla sensibilità sociale come obbligatorio. Come osserva G. U. Rescigno, *Atto normativo*, Bologna, 1998, p. 97 s., il problema dell'effettività, oltre ad avere valenza giuridica, ha anche una forte connotazione sociologica. In tal senso, l'A. opera una distinzione tra gli atti effettivi, ma non efficaci («il caso è ipotizzabile se e quando un qualche atto, che per l'apparenza si presenta come normativo, viene prodotto in qualche modo da un qualche soggetto e riceva effettiva obbedienza, anche se a rigore non è mai entrato in vigore») e quelli efficaci e non effettivi (a tal proposito, si pensi alle leggi tributarie, all'obbligo d'indossare le cinture di sicurezza sugli autoveicoli, ecc.). Secondo T. Martines, *Diritto costituzionale*, Milano, 2000, p. 35, il criterio dell'effettività è strettamente connesso con il carattere della positività della norma giuridica. «[Quest'ultima, infatti,] è concretamente efficace quando riesce ad ottenere una obbedienza media da parte dei suoi destinatari, quando, cioè, è osservata dal maggior numero di coloro ai quali si indirizza. Appare infatti evidente che la disobbedienza in buona parte generalizzata al precetto contenuto nell'atto normativo rappresenta il chiaro indice della non corrispondenza del precetto stesso ai valori ed agli interessi comunitari, che porta al «rifiuto» della legge od alla "disaffezione" verso di essa».

modelli comportamentali positivi»¹⁴. Anzi, il ricorso alla *sanzione penale* sarebbe addirittura doveroso, in quanto il complesso valoriale coinvolto dalla pratica ospedaliera per la cura dell'infertilità riguarderebbe – come vedremo nei paragrafi successivi – proprio i *principi fondamentali* su cui si regge il nostro ordinamento.

La legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante le «norme in materia di procreazione medicalmente assistita», più che 'una legge da Medioevo' (così è stata, fra l'altro, bollata dai suoi detrattori), sembra, invece, aver fatto propria l'intuizione degli antichi giuristi romani¹⁵: il concepito, pur non essendo libero di autodeterminarsi, è, tuttavia, titolare di diritti e di interessi, al pari dei soggetti *iam nati* – *Conceptus pro iam nato habetur (quotiens de commodo eius quaeritur)*

Habemus legem, dunque; ma, come sottolinea realisticamente P. Stanzone, «inizia ora il difficile cammino della legge sulla procreazione medicalmente assistita»¹⁶. Lungi dal determinare una vera e propria rivoluzione, la novella parlamentare ha il grande merito di *colmare* un'inquietante *lacuna normativa* che consentiva di fatto qualsiasi comportamento nel delicato ambito della PMA. La sua introduzione (ed il dibattito che l'ha preceduta) non è stata, ovviamente, indolore: questa legge, infatti, ha affrontato i più delicati problemi meta-giuridici concernenti la qualificazione del diritto alla procreazione, sì da suscitare, anche in ambito dottrinale, turbamento morale e culturale per scelte legislative – peraltro molto sofferte – che coinvolgono in maniera intensamente diretta opinioni politiche e, soprattutto, orientamenti etico-religiosi.

¹⁴ Cfr. M. Petrone, *Biotecnologie e problemi penalistici*, in M. Volpi (cur.), *Le biotecnologie: certezze ed interrogativi*, Bologna, 2001, p. 160 s.

¹⁵ Pur in assenza di riscontri di carattere scientifico, la tradizione romanistica era in grado di intuire la 'sacralità' del concepito e, quindi, di approntare una disciplina giuridica volta alla sua tutela. Secondo A. Loiodice, *La tutela dei soggetti coinvolti nella procreazione medicalmente assistita*, pubblicato sul sito <http://www.laprocreazioneassistita.it/pdf/loiodice.pdf>, 2005, p. 21, da siffatta premessa storico-giuridica si può senz'altro inferire che *qui est in utero* «è certamente un essere umano non tanto per le scoperte scientifiche degli ultimi anni quanto anche per ragioni di mera logica riflessiva; non si può, infatti, immaginare che l'entità appena concepita, in quel momento, non abbia natura umana in quanto sarebbe difficile se non impossibile stabilire il momento in cui questa entità (che dovrebbe essere animale, vegetale o di altro tipo) si venga successivamente a trasformare in una entità umana».

¹⁶ Cfr. P. Stanzone, Introduzione, in P. Stanzone, G. Sciancalepore (cur.), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004*, n. 40, Milano, 2004, p. XVII.

Secondo alcuni studiosi, la novella presenterebbe, proprio nella sua impostazione generale, profili di difficile compatibilità costituzionale con «la libertà personale, intesa quale libertà di autodeterminazione, e con il diritto alla procreazione»¹⁷ desumibile dagli artt. 2, 13, 30 e 31 Cost. È anche alla luce di tali rilievi che – prima di passare alla disamina di alcuni degli specifici nodi problematici della nuova normativa – sarà preliminarmente opportuno soffermare l'attenzione sull'ampiezza e la portata dei diritti coinvolti nella PMA (soprattutto alla luce dell'esplicito riconoscimento del diritto alla vita del concepito).

Si è soliti affermare che la libertà di *autodeterminazione dell'individuo* in ordine ai propri comportamenti sia una delle possibili declinazioni della libertà personale *ex art. 13 Cost.*, estensivamente intesa come libertà morale¹⁸. Si riconosce, così, l'importanza del fatto che l'uomo sia un essere sostanzialmente libero e, di conseguenza, sotto il profilo normativo, si appresta un'appropriata tutela di rango costituzionale affinché ognuno possa essere «causa e fine della propria azione»¹⁹. Da un punto di vista astratto, tuttavia, la libertà appare come tendenzialmente illimitata; in concreto, però, si pone l'ineludibile problema che gli atti liberi di un individuo possono interferire con i liberi comportamenti dell'altro, ovvero pregiudicarne, in maniera più o meno consistente, i diritti e gli interessi. Ed è proprio per dare una – seppur parziale – risposta a questo cruciale dilemma giuridico-esistenziale che uno dei principi fondamentali del nostro sistema giuridico consiste nella tutela della libertà di ognuno, ma a condizione che non comporti danni per i terzi (*neminem laedere*). Ne discende – quasi sillogisticamente – che, poiché il nascituro, con la novella, 'diventa' senz'altro un 'terzo' (l'art. 1, infatti, afferma che sono assicurati «i diritti di tutti i soggetti coinvolti, *compreso il concepito*»), allora i suoi più essenziali diritti non possono essere sacrificati in nome del – pur astrattamente legittimo – desiderio di genitorialità di una coppia.

In claris non fit interpretatio: con la n. 40, si ribadisce ancora una volta che è destituita di qualsiasi fondamento quella tesi per cui la nostra Carta costituzionale ha, in qualche modo, inteso subordinare gli interessi del «si-

¹⁷ Cfr. A. Celotto, *Legge sulla procreazione medicalmente assistita: quanti dubbi di costituzionalità!*, in: <http://web.unife.it/progetti/forumcostituzionale/contributi/temagiono.htm>, 11 marzo 2004, p. 1.

¹⁸ Cfr. T. Martines, *Diritto costituzionale*, p. 535.

¹⁹ Cfr. E. Sgreccia, *Manuale di bioetica*, p. 80.

lenzioso protagonista della vita»²⁰ alla libertà di autodeterminazione di due adulti che intendano procreare. Di conseguenza, *tutti* i soggetti coinvolti nella PMA (genitori e figli) hanno senz'altro pari rilevanza costituzionale²¹.

Purtuttavia, diversamente dal 'naturale' processo riproduttivo umano, nel contesto 'artificiale' della PMA, i vari protagonisti della vicenda sono portatori di aspettative ed interessi assai eterogenei fra loro²²: da una parte, troviamo i *potenziali genitori* che, sollecitati dal desiderio di avere un figlio, si accostano alle procedure della PMA con gli occhi dell'attesa; dall'altra ci sono il *medico*, il *biologo*, gli *operatori sanitari* e le *industrie farmaceutiche*, che, facendo leva sulle aspettative della coppia, pongono in essere un complesso di prestazioni in vista di un (astrattamente) legittimo riscontro economico; per ultimo (ma non da ultimo), c'è la figura

20 Cfr. A. Loiodice, *La tutela dei soggetti*, p. 2. A parere dell'A., infatti, il concepito, «al di là delle denominazioni tecniche (uovo per un certo periodo, poi embrione, ed infine feto), in sostanza è un essere umano vivo, che ha un'immensa potenzialità di vita; è un essere non autonomo, ma distinto dalla mamma; è un soggetto che si può chiamare protagonista della vita, perché ha la maggior quantità potenziale di vita rispetto ad ogni altro essere umano vivente (se infatti non viene soppresso, egli ha certamente la maggior quantità di vita potenziale – almeno dal punto di vista statistico – rispetto a qualsiasi altro essere umano; chi è arrivato a 80 anni, invece, ha minori potenzialità di vita di chi sta ancora nel seno della madre)».

21 Cfr. M. Petrone, *Biotecnologie e problemi*, p. 154.

22 In argomento, cfr. F. M. Boscia, L. Leuzzi, *La fecondazione umana assistita*, in F. Bellino (cur.), *Trattato di Bioetica*, Bari, 1992, p. 499, osservano che, da un punto di vista strettamente antropologico, solo nell'ambito della relazione triadica personale, il rapporto uomo-donna-generato si configura come proprio dell'uomo. Nel caso di relazione triadica di tipo "oggettuale", reso possibile dalle moderne procedure della fecondazione medicalmente assistita, si è, invece, al cospetto di un universo vivente certamente "non umano". In quest'ultima ipotesi è del tutto evidente che «il rapporto generanti/generato si realizza come dipendenza, per cui il generato è "prodotto da"; nella relazione triadica "personale" il rapporto si realizza come "provenire da", per cui il generato è intimamente unito ai generanti. Tale unione di origine con i generanti, non solo affettiva e sociologica ma ontologica, è l'espressione che il generato non è il fine dell'incontro dell'uomo e della donna, ma il segno della donazione totale ed esclusiva. Il generato non è in rapporto diretto, cioè di causa ed effetto, con i singoli generanti, ma in rapporto mediato, in quanto la fecondità non solo non si esaurisce nel generato, ma non si identifica con lui. L'origine del generato è la fecondità dell'incontro dei generanti. Tale incontro, avendo per sua natura il carattere di totalità ed esclusività, si realizza solo nell'unione matrimoniale. Infatti [è solo in essa che] l'uomo e la donna si donano e si accolgono reciprocamente secondo la legge del "volere l'altro in se stesso per se stesso"».

del *concipiendus*, che – sotto il profilo delle possibili strumentalizzazioni social-utilitaristiche offerte dal potere della tecnica²³ – è particolarmente esposto a strategie di manipolazione o mercificazione. Come difendere i *nuovi deboli* della procreazione medicalmente assistita?

Secondo l'impostazione della Chiesa, una volta preso atto dell'espresso riconoscimento legislativo della *soggettività giuridica al nascituro*, non si vede come, nel perimetro descritto dal c.d. diritto alla procreazione, possa ricomprendersi anche il *diritto al figlio ad ogni costo* o, addirittura, quello ad *avere un figlio sano*²⁴. La dimostrazione è lapalissiana: se il concepito è titolare di interessi valutati – alla stregua del nostro ordinamento positivo – come primari, è inammissibile che un *soggetto* di diritto si trasformi in un *oggetto* alla completa mercè dei genitori. Sostenere l'esistenza di un diritto al figlio ad ogni costo, infatti, si risolverebbe in una inaccettabile reificazione dell'embrione umano. Siffatta ricostruzione, peraltro, contrasterebbe non solo con la normativa di *rango primario* (la recentissima legge sulla PMA e la più risalente legge sull'aborto, che «tutela la vita umana dal suo inizio»), ma anche con fonti di *livello subco-*

23 Come osserva acutamente H. Popitz, *Fenomenologia del potere. Autorità, dominio, violenza, tecnica*, Bologna, 2001, p. 23 s., nel tentativo di mediare fra i diversi interessi, il *potere* normativo si trova a dover fronteggiare almeno altre due tipologie “fenomenologiche” di *potere*. Nel nostro caso, infatti, la prima forma è rappresentata dall'agire tecnico, perché, in virtù di esso, gli operatori della PMA riescono a generare un feto da una coppia biologicamente sterile, decidendo così delle condizioni di vita dei genitori e del *concipiendus*. Attraverso il potere di creare *dati di fatto*, l'uomo è in grado di imporsi sulle forze autonome e tenaci della natura, trasformandole in *artefatti*, e, contemporaneamente, di modificare «le condizioni di vita di tutti coloro che devono adattarsi a un mondo di “artefatti”» (p. 23). A ciò si aggiunga che le coppie che si rivolgono ad un centro per la cura dell'infertilità, si espongono inevitabilmente al c.d. potere strumentale, in quanto la loro libertà può essere diversamente condizionata dalla facoltà di alcune persone di disporre delle aspettative e delle speranze di altri individui. Di conseguenza, «gli uomini hanno potere sugli altri uomini perché possono prendere o dare loro qualcosa, e perché possono trasformare questa loro facoltà in minacce e promesse in grado di guidare il comportamento altrui» (p. 23). Il fondamento di questo potere è evidentemente la possibilità di disporre, anche in forma presunta, di promesse e ricompense (soltanto nel 25% dei casi, infatti, i tentativi di fecondazione artificiale hanno esito positivo), sfruttando la naturale tensione dell'agire umano verso il futuro.

24 Sul punto, cfr. G. Cassano, M. Del Vecchio, *Diritto a nascere sani e responsabilità civile: un inventario di questioni ed un risarcimento miliardario* (nota a App. TN, 18 ottobre 1996), in *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 645.

stituzionale (come la *Convenzione di Oviedo* che riconosce a chiare lettere la dignità dell'embrione umano).

Se ne deduce che, se il concepito è portatore del valore della *dignità umana*, allora la sua reificazione si risolverebbe in un insanabile contrasto con tutti quei disposti di livello costituzionale, come gli artt. 3, 32 e 41 Cost.²⁵, i quali mirano ad escludere che le libere azioni dei soggetti già nati possano svolgersi «in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà» e, soprattutto, all'inviolabilità (anche) dei *nondum nati*. Come osserva il 'cattolicissimo' Loiodice, anche nel controverso ambito della bioetica, è possibile «individuare un limite al di là del quale è evidente che si lede il concepito [...]; si inibisce così un trattamento ad opera di soggetti insensibili ai suoi interessi ed alla sua tutela ma orientati verso la tutela di altre finalità rispetto alle quali il concepito (che, evidentemente, aspira a nascere) viene utilizzato come strumento»²⁶.

Quanto detto non implica ovviamente la negazione dell'esistenza di un *diritto a procreare*, inteso come diritto fondamentale sia del singolo che della coppia. Si vuole dire, invece, che l'interesse di chi vuole un figlio ad ogni costo potrà essere ritenuto meritevole di tutela solo se non contrasta con i diritti del nuovo nato. Non è perciò in discussione il diritto alla procreazione, ma piuttosto il suo effettivo 'contenuto'.

Sotto il profilo giurisprudenziale, il riconoscimento di siffatto diritto è da ascrivere ad un recente pronunciamento, con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge²⁷, nella parte in cui includeva, tra i requisiti necessari per essere reclutati nel Corpo della Guardia di Finanza, l'essere *senza prole*, perché tale previsione finiva per legittimare un'inaccettabile «limitazione del *diritto di procreare*, o di diventare genitore» (sent. n. 332/2000). Nel dispositivo, in particolare, si ravvisa il contrasto con gli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost., «non potendosi ravvisare, neppure nella delicata fase del reclutamento e dell'addestramento, un'esigenza dell'organizzazione militare così preminente da giustificare una *limitazione del diritto di procreare*, o di *diventare genitore*, sia pure prevista ai limitati fini dell'arruolamento e dell'ammissione ai reparti di istruzione. Una così grave interferenza nella sfera privata e fa-

²⁵ Cfr. G. Agliandolo, *Il diritto*, p. 27.

²⁶ Cfr. A. Loiodice, *La tutela dei soggetti*, p. 29.

²⁷ Si tratta, in particolare, dell'art. 7, punto 3, della legge 29 gennaio 1942, n. 64 (recante le modificazioni alle leggi di ordinamento della regia guardia di finanza).

miliare della persona – suscettibile di protrarsi eventualmente anche oltre il periodo di formazione del militare, durante i primi anni dopo l’assunzione del servizio permanente – non può, sul piano dei principi costituzionali, ritenersi giustificata dall’intensità e dall’esigenza di tendenziale esclusività del rapporto di dedizione che deve legare il militare in fase di istruzione al corpo di appartenenza, dovendo la necessaria continuità nella frequenza dei corsi di addestramento trovare garanzia in regole e rimedi diversi dal divieto di avere prole. Un divieto siffatto si pone *in contrasto con i fondamentali diritti della persona*, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali in cui svolge la sua personalità, tutelando l’art. 2 della Costituzione l’integrità della sfera personale della stessa e la sua libertà di autodeterminarsi nella vita privata».

In altri termini, non solo la Corte ha riconosciuto la levatura costituzionale del diritto di procreare, ma, addirittura, ha posto le basi per la ricostruzione di un vero e proprio *diritto fondamentale* e, quindi, annoverabile nella privilegiata sfera dei diritti inviolabili garantiti dall’art. 2 del nostro Dettato. Alla luce delle indicazioni giurisprudenziali e dei dati positivi citati, dunque, si può affermare che il c.d. “diritto al figlio” consiste nella *possibilità di porre in essere atti per sé fecondi*. Non c’è motivo di dubitare, per le motivazioni suesposte, che un diritto così configurato non possa non trovare la sua ‘naturale’ tutela negli artt. 2, 13, 30 e 31 della Costituzione²⁸.

Si è, dunque, al cospetto – proprio come auspicato dalla Chiesa cattolica – di una libertà in senso *forte*, in quanto, come si è visto, essa rientra indubitalmente nel contenuto semantico di un complesso di norme anche di rango costituzionale. Di conseguenza, la tutela del diritto risulta essere effettiva e credibile, perché, nella eventualità della sua lesione, è sempre possibile invocare una norma giuridica vigente per incardinare un processo e far dichiarare al giudice la violazione denunciata. In tal senso, l’esempio paradigmatico è rappresentato proprio dalla sentenza della Corte Costituzionale sul reclutamento nella Guardia di Finanza: per essa, infatti, l’aspirante finanziere ha potuto invocare il *diritto alla procreazione* per eliminare l’*irragionevole* condizione – prevista proprio dalla legge – dell’assenza di prole. Si può, dunque, ben dire che questa libertà non si configura certamente alla stregua di un ‘diritto di carta’.

Sotto il profilo squisitamente teorico, inoltre, il diritto in esame, più che integrare gli estremi di una pretesa (come se fosse correlata ad un

28 Cfr. F. Rimoli, *Bioetica*, p. 340 s.

obbligo altrui), si configura piuttosto alla stregua di una *libertà in senso stretto*, in quanto si risolve nel diritto di tenere un certo comportamento senza essere impediti o costretti da altri soggetti²⁹. Si tratta, con tutta evidenza, di una libertà dalla marcata connotazione ‘negativa’: né lo Stato, né nessun terzo potrà imporre a chicchessia la scelta sull’*an*, sul *quando* e sul *quanto* procreare (o non procreare).

Sulla base dell’assunto che esiste *soltanto una* modalità procreativa per gli esseri umani, il *diritto aperto alla procreazione* – così come sopra delineato – non potrebbe che riferirsi ai soli casi di fecondazione naturale³⁰. Di conseguenza, il c.d. *diritto alla procreazione artificiale*, lungi dall’essere un nuovo modo di riproduzione, si configura alla stregua di uno dei «metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità» (art. 1, secondo comma, l. n. 40/04). Si tratta, peraltro, di un atto ‘terapeutico’ in senso lato, in quanto la causa che provoca la sterilità o l’infertilità non viene ‘curata’, ma semplicemente *bypassata* con il ricorso ad una tecnologia biomedica *ad hoc*³¹. La *procreazione artificiale*, dunque, è un caso particolare di procreazione naturale, perché consentirebbe anche alle coppie sterili, o infertili, di concepire (naturalmente) un figlio, attraverso l’ausilio di un intervento medico.

Se ne deduce che la procreazione medicalmente assistita è, per definizione, ‘artificiale’ solo a causa dell’*artificialità della sua procedura*. Come sottolinea acutamente Loiodice, «si tratta di una ripetizione dei processi naturali. Il ricorso a sistemi artificiali di procreazione non può essere una situazione normalmente utilizzabile da chiunque; viene stabilito che trattasi di una eccezione, utilizzabile solo nei casi in cui è effettivamente indispensabile superare le patologie che impediscono la procreazione; viceversa, non vi è alcuna giustificazione costituzionale sulla collocazione, in posizione secondaria, dei processi naturali di procreazione»³². Di conseguenza, si può concludere che:

- il *diritto (aperto) alla procreazione naturale* ha per oggetto l’unico modo di procreare nell’ambito della specie umana ed è, di conseguenza, riconosciuto indistintamente a tutti;

²⁹ Cfr. R. Guastini, *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Torino, 2001, p. 39 s.

³⁰ Cfr. A. Pessina, *Bioetica*, p. 118.

³¹ Cfr. F. Naddeo, *Accesso alle tecniche*, in P. Stanzone, G. Sciancalepore (cur.), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, p. 38.

³² Cfr. A. Loiodice, *Il protagonista*, p. 19.

- il *diritto alla procreazione artificiale* ha per oggetto una *terapia*, sicché viene riconosciuto unicamente alle coppie, «quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o infertilità» (art. 4, primo comma). In altri termini, si può ricorrere alla PMA *solo* per curare i casi di sterilità ed infertilità medicalmente accertata.

Logico corollario di tale impostazione è l'esclusione – dalle procedure terapeutiche della PMA – delle coppie *sane* (sotto il profilo riproduttivo), come, per esempio, i *partners portatori di malattie geneticamente trasmissibili*. In questo caso, infatti, non si è al cospetto di due persone che vedono irrimediabilmente frustrato il loro desiderio di genitorialità da una patologia riproduttiva, ma si paventa un'altra ipotesi: la concreta possibilità della trasmissione di una malattia ereditaria al figlio. Purtuttavia, il legislatore della novella ha preso atto che queste coppie non hanno dei problemi particolari ad esercitare il loro diritto alla procreazione (non diversamente da tutte le altre coppie “sane”); di conseguenza, sarebbe del tutto impropria la strategia volta a strumentalizzare la cura della sterilità per impiantare in utero i soli figli ritenuti “sani” (eugenetica).

In tal modo, quindi, viene fatto salvo, sia il principio di autodeterminazione dei *partners* che «il diritto alla procreazione cosciente e responsabile» sancito dall'art. 1 della l. n. 194/78, in quanto la coppia sceglie liberamente e responsabilmente di correre un rischio particolarmente rilevante. In caso contrario, invece, si determinerebbero le premesse per una *duplice e ingiusta discriminazione* all'interno della classe delle coppie e degli embrioni:

- in primo luogo, quasi paradossalmente, sarebbero irragionevolmente discriminate le coppie non portatrici di malattie geneticamente trasmissibili (e quindi “sane”), perché, diversamente dai *partners* “malati”, non avrebbero il privilegio di “scegliersi” un figlio senza tare ereditarie. In altri termini, il rischio di una patologia geneticamente trasmissibile non deve essere invocato per legittimare surrettiziamente un privilegio dalla forte connotazione eugenetica;
- in secondo luogo, si finirebbero per discriminare gli embrioni ‘sani’ da quelli che, per accidente, fossero portatori di una qualche patologia di carattere ereditario: in tal caso, infatti, la PMA si trasformerebbe nel comodo *escamotage* per eliminare gli embrioni ‘contaminati’, in vista dell'impianto dei soli embrioni ‘di qualità’.

Con l'uso improprio della PMA, inoltre, si vanificherebbero, in un sol colpo, tutti i principali divieti introdotti con la n. 40, e che Celotto – correttamente – riassume nel «divieto di selezionare gli embrioni, esaminando eventuali malformazioni», in quello di «impiantare più di tre ovociti per ciclo e di congelare gli embrioni e [nell'obbligo] di trasferire tutti gli embrioni ottenuti con l'inseminazione»³³. Nel caso in cui all'embrione "malato" fosse precluso l'impianto, infatti, bisognerebbe ricorrere ad un *test* genetico pre-impianto a fini selettivi; congelare – nel migliore dei casi – l'embrione 'difettoso' (magari allo scopo di condurre, in futuro, una qualche ricerca tecnico-sperimentale); e, con un unico e contemporaneo impianto, trasferire solo i tre embrioni ritenuti 'sani' (scomputando, dal numero degli embrioni utilizzabili, quelli che 'sani' non sono). Più che un'«*interpretatio abrogans*», l'impostazione eugenetica finirebbe per avallare una vera e propria «*interpretatio destruens*».

Quale, dunque, la *ratio* di una normativa siffatta? La risposta è proprio quella fornita dalla Chiesa cattolica: ogni embrione – 'sano' o 'malato' che sia – ha il sacrosanto diritto a non essere soppresso. Il giusto desiderio di avere figli 'sani' non può spingersi fino al punto di sacrificare il diritto alla vita degli embrioni che 'sani' non sono (*rectius*, che non sono ritenuti tali).

Una parte della dottrina ritiene che i divieti posti dalla legge sulla PMA siano il frutto di scelte davvero molto opinabili perché, enfatizzando eccessivamente la tutela del nascituro, sacrificerebbe in maniera irragionevole le *percentuali di successo* della fecondazione artificiale³⁴; per la donna che deve ricevere l'impianto, inoltre, si configurerebbe l'ipotesi di un inaccettabile *trattamento sanitario obbligatorio* (TSO); e, in ultimo, si metterebbero irresponsabilmente a repentaglio le libertà scientifiche costituzionalmente garantite (artt. 9 e 33).

Questa impostazione catastrofista, ad un'analisi più approfondita, presta il fianco a numerose obiezioni: innanzitutto, si deve sottolineare come la legge sulla PMA sia il prodotto di un laborioso compromesso parlamentare, sicché nessuno degli interessi coinvolti poteva ragionevolmente trovare piena ed integrale tutela. Anche chi paventava un eccesso di attenzioni per il nascituro, si deve ricredere: la tutela legislativa

³³ A. Celotto, *Legge sulla procreazione*, p. 1 s.

³⁴ Sul punto, cfr. F. Naddeo, *Accesso alle tecniche*, p. 39; A. Celotto, *Legge sulla procreazione*, p. 1.

dell'embrione è stata solo di carattere *intermedio*, proprio perché era necessario raggiungere un equo temperamento degli interessi coinvolti³⁵. Il divieto di impiantare più di *tre ovociti fecondati* per ciclo, infatti, solo eufemisticamente si può ricondurre al diritto di *ogni* embrione a non essere soppresso. L'ormai sconfinata letteratura medica sull'argomento³⁶ testimonia che, allo stato attuale della tecnica, la percentuale di annidamento e di prosecuzione della gravidanza, a seguito della fecondazione *in vitro*, è desolatamente molto bassa (tra il 20% ed il 30%)³⁷. Ne discende che *su ognuno dei tre embrioni* da trasferire in utero grava, quanto meno, un *rischio mortale almeno pari all'80%*: di conseguenza, anche la FIVET a scopo riproduttivo, fa morire una quantità enorme di embrioni umani. Purtuttavia, in sede di approvazione parlamentare, persino i gruppi d'ispirazione cattolica hanno considerato 'tollerabile' questo *silenzioso eccidio*, sulla base dell'assunto che, in luogo di una grave e perdurante lacuna normativa (che di fatto autorizzava il c.d. *far west* procreativo), era senz'altro preferibile una legge di mediazione che tutelasse *quanto più possibile* i diritti fondamentali del nascituro. In tal senso, come sottolineano opportunamente E. Sgreccia e A. Fiori, «i politici cattolici, una volta che hanno spiegato chiaramente la propria posizione hanno il dovere di impegnarsi per ridurre gli effetti negativi e fare in modo che il testo di una legge sia il migliore possibile, tenendo conto degli equilibri e delle forze in gioco»³⁸.

La *ratio* del limite dei tre embrioni non è, dunque, da ricondurre a un'*esigenza di tutela individuale del concepito* in attesa di essere impiantato (quindi, a scopo riproduttivo), ma riposa piuttosto sulla necessità

35 Cfr. L. Palazzani, *La legge italiana sulla "procreazione medicalmente assistita": una riflessione biogiuridica*, in *Medicina e Morale*, Milano, 2004, 1, p. 77 s.

36 In tal senso, vd., per tutti, L. Coppola, *Stato dell'arte della procreazione medico assistita alle soglie della legislazione / ovvero... "quando la natura fallisce"*, in Id. (cur.), *Medicina e biologia riproduttiva: stato dell'arte alle soglie della legislazione*, Bari, 1999, p. 22.

37 A tal proposito, L. Coppola, *ibidem*, p. 22, avverte che «poiché tutti questi metodi di fecondazione assistita offrono complessivamente una possibilità di avere un bambino che varia dal 25% al 35% per ogni ciclo di trattamento, il rischio maggiore per chi [vi] si sottopone [...] è certamente la delusione. Comunque, come dimostrano alcuni studi, le possibilità di una gravidanza aumentano con cicli ripetuti e possono avvicinarsi a quelle di una gravidanza spontanea».

38 Cfr. E. Sgreccia, A. Fiori, *Qualche riflessione sopra la legge italiana sulla procreazione assistita*, in *Medicina e Morale*, 2004, 1, p. 10.

di scongiurare il pericolo che vengano prodotti i c.d. embrioni *sopranumerari* (a fini di ricerca). Quando, infatti, non vi era una legge sulla PMA, i diversi centri specializzati, per evitare di sottoporre la donna a continue e ripetute stimolazioni ormonali – perché particolarmente invasive e dolorose –, producevano un numero superiore di embrioni rispetto a quelli strettamente necessari per l'impianto. Questo *surplus*, poi, veniva crioconservato e utilizzato – nella migliore delle ipotesi – per ripetere il tentativo in caso d'insuccesso; altrimenti, se non si decideva di *eliminarli*, venivano impiegati per le *sperimentazioni*, per la produzione di cosmetici o per il trasferimento in un'altra donna (c.d. adozione dell'embrione)³⁹. Il divieto in esame, pertanto, mira a rendere effettivo il disposto di cui all'art. 14, primo comma, della n. 40, per cui «è vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni», precludendo, così, «qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano» (art. 13, comma primo).

Si tratta, peraltro, di una scelta normativa costituzionalmente obbligata, in quanto siffatti divieti, a ben vedere, non fanno altro che 'clonare' l'analogo disposto della *Convenzione di Oviedo*, in base al quale «la costituzione di embrioni a fini di ricerca è vietata»⁴⁰ (art. 18, comma secondo). Il testo di questa *Convenzione*, come è noto, è stato ratificato dal Parlamento italiano con la recente l. n. 145/2001: tali disposizioni, pertanto, rientrano tra i «vincoli derivanti [...] dagli obblighi internazionali» e, quindi, a loro volta, diventano vincolanti ed obbligatori per tutta la normativa italiana di rango primario (art. 117, comma primo, Cost.): ne discende che tale regolamentazione si pone alla stregua di una norma 'interposta' nel giudizio di legittimità costituzionale, sì da condizionare «tutte quelle norme non di rango costituzionale [come la legge sulla PMA] alle quali tuttavia la costituzione esige la conformità di leggi o atti aventi forza di legge»⁴¹. Davvero non si comprendono – detto solo per inciso – le ragioni di coloro che sostengono, con una certa enfasi, che i divieti più caratterizzanti della legge sulla PMA appaiono *ictu oculi* incompatibili con la *Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo e sulla Biomedicina* (ovverosia, la c.d. *Convenzione di Oviedo*).

³⁹ Cfr. M. Aramini, *Introduzione*, p. 239.

⁴⁰ Cfr. V. Lungagnani, *Biotechnologie*, p. 34 s.

⁴¹ Cfr. P. Giocoli Nacci, *Norme interposte e giudizio di costituzionalità*, in Aa. Vv., *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, p.124.

In definitiva, dal punto di vista strettamente *riproduttivo*, la scelta di fissare a tre il numero (massimo) degli embrioni da impiantare rappresenta il compromesso che la Chiesa cattolica ha dovuto accettare in vista del varo della n. 40. Questa opzione – con l'accettazione di un alto tasso di mortalità degli embrioni – si è tradotta in un affievolimento dei diritti del concepito; al di fuori di tale ipotesi, purtuttavia, la tutela del nascituro è *la più elevata possibile*, perché viene scongiurato in radice il rischio della produzione di embrioni soprannumerari da immolare sull'altare della *sperimentazione*. Si tratta, come si vede, soltanto di un 'ragionevole' compromesso.

È certamente vero che con l'impianto di un numero indefinito di embrioni aumenterebbero le percentuali di successo di una gravidanza (anche se non in maniera significativa). Ma – a parte la considerazione che non tutto ciò che è tecnicamente possibile è anche eticamente lecito – è sufficiente rilevare come l'individuazione del limite massimo di *tre* abbia anche una forte connotazione, per l'appunto, 'tecnica', in quanto è diretto, altresì, a ridurre il rischio di *gravidanze plurigemellari* (si pensi all'ipotesi, non infrequente, in cui tutti gli embrioni impiantati siano attecchiti in utero). Non è un caso, quindi, che proprio in Inghilterra, laddove vige una legge sulla PMA decisamente permissiva⁴², sia previsto che, alle donne sotto i quaranta anni sottoposte alla FIVET, possano essere impiantati solo *due* embrioni per ogni ciclo di trattamento⁴³. In tal senso, infatti, si è espressa la *Human Fertilization & Embryology Authority* (HFEA), al fine di contenere il rischio di gravidanze multiple che mettono a repentaglio la *salute di donne e feti*. Solo in tassative ipotesi eccezionali, nel Regno Unito, è previsto il contemporaneo impianto di tre embrioni. In definitiva, anche le *guidelines* del "più liberale" HFEA mettono in evidenza che, da un punto di vista squisitamente tecnico, «ridurre a due il numero degli embrioni, non determina una sensibile diminuzione delle gravidanze, mentre consente di ridurre i parti prematuri e migliorare le condizioni di salute delle donne e dei bambini».

È stata, di recente, avanzata la tesi che i principali divieti della n. 40 integrino gli estremi di un trattamento sanitario obbligatorio (TSO) non

42 Cfr. M. Pennacchini (cur.), *Per una informazione in Bioetica*, in *Medicina e Morale*, Milano, 2004, 1, p. 109.

43 Cfr. C. Casini, M. L. Di Pietro, M. Casini, *La normativa italiana sulla "procreazione medicalmente assistita" e il contesto europeo*, in *Medicina e Morale*, Milano, 2004, 1, p. 44 ss.

conforme al modello scolpito dalla giurisprudenza costituzionale⁴⁴, laddove si prevede che «la volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita [...] può essere revocata [solo] fino al momento della fecondazione dell'ovulo» (art. 6, terzo comma). Secondo questa impostazione, la novella finirebbe per ledere il diritto della madre di accogliere (o meno) in grembo il figlio, anche se già nato all'interno della provetta; infatti, nel momento in cui il biologo genera l'embrione, in virtù dell'art. 6, la donna non potrebbe più rifiutarsi di accoglierlo nel proprio utero. Si paventa, in tal modo, la violazione dell'art. 32 Cost., il quale stabilisce che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana» (secondo comma). Per questo modo di vedere, dunque, sarebbe profondamente ingiusto che la legge imponesse alla mamma un obbligo così forte di accogliere suo figlio.

Senza voler approfondire la consistenza etica di questa dottrina, è solo il caso di rilevare che la n. 40 non introduce affatto un trattamento sanitario obbligatorio. Secondo la costante giurisprudenza costituzionale, per aversi un TSO è necessario – per un verso – che il trattamento sia diretto a migliorare o a *preservare* lo stato di *salute di chi vi è assoggettato* e – per un altro – che ricorra un *interesse della collettività* (C. Cost., 22.6.1990 n. 307). Le due premesse, dunque, si configurano, congiuntamente considerate, alla stregua di una *condicio sine qua non*⁴⁵; di conseguenza, l'art. 6, integrerebbe gli estremi di una TSO, se la salute della donna fosse in pericolo e se ricorresse un interesse della collettività al non impianto dell'embrione. Se ne deduce agevolmente che la disciplina in esame non rientra nel paradigma del TSO, perché:

nella fattispecie prospettata, *non ricorre un pericolo per la salute della donna*. Se un tale pericolo sussistesse, infatti, troverebbe applicazione un altro disposto della n. 40: cioè, la diversa ipotesi prevista nell'art. 14, la quale prevede che, quando è in gioco «lo stato di salute della donna [...] è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data

44 Cfr. A. Musio, *Misure di tutela dell'embrione*, in P. Stanzone, G. Sciancalepore (cur.), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, p. 241.

45 Cfr. L. Mezzetti, A. Zama, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. XV, Torino, 1999, p. 338.

del trasferimento, da realizzare non appena possibile» (terzo comma). In sede di PMA, dunque, le condizioni di salute della donna non potranno mai assurgere a comodo e, per certi versi, disinvolto alibi per giustificare improvvisi *revirement* a danno del nascituro;

al cospetto di un embrione già formato, *non* si vede per quale motivo vi sia un *preminente interesse della collettività* a veder privilegiato un *ripensamento intempestivo e irresponsabile* della coppia. Rispetto alle due posizioni, infatti, la collettività ha interesse a far prevalere il diritto dell'embrione a vedersi impiantato nel grembo della madre, piuttosto che i tentennamenti dell'ultima ora; per contro, susciterebbe grave allarme sociale proprio il fatto che i genitori possano, poco prima dell'impianto, rifiutarsi di far trasferire il figlio nelle vie genitali della mamma (e, quindi, condannarlo a morte).

Non esiste nessun TSO, dunque: anzi, in un Paese in cui non è coercibile neanche l'obbligo di vaccinazione, *a fortiori* è assolutamente improbabile immaginare un'esecuzione coattiva che abbia per oggetto l'impianto dell'ovulo fecondato nel grembo materno. Del resto, è lo stesso legislatore che, per non forzare in maniera troppo decisa la mano, ha introdotto un precetto che, in caso di inottemperanza, è del tutto privo di sanzione. Tutto ciò, purtuttavia, non impedisce di ribadire il fondamentale principio legislativo: se non sussiste un pericolo per la salute della donna, non si vede perché la collettività avrebbe un preminente interesse a sacrificare il diritto alla vita di un embrione già formato.

Diversamente opinando, Culot ritiene che «tale atto d'impianto si risolverebbe in un'inutile e gratuita cattiveria nei confronti della donna costringendola all'esperienza dell'aborto, sì che finirebbe per essere lesivo della dignità della persona (art. 3 Cost.) e contrario alla tutela della salute (art. 32 Cost.), perché ogni atto medico deve essere utile per il paziente»⁴⁶. Per una confutazione, invece, si sarebbe tentati di obiettare che proprio l'esclusione di un atto d'impianto, si risolverebbe, per l'embrione, in una tragica ed insensata crudeltà: in un sol colpo, infatti, verrebbe conculcata per sempre la sua dignità, la salute e, *a fortiori*, il sacrosanto diritto a venire ad esistenza.

In realtà, al di là di improbabili bilanciamenti fra i diritti del nascituro e quelli della madre⁴⁷, soprattutto in assenza di un pericolo per la

⁴⁶ Cfr. D. Culot, *Il figlio naturale*, Milano, 2004, p. 493.

⁴⁷ Cfr. A. Liodice, *Il protagonista*, p. 122 ss.

salute della donna, la *querelle* ermeneutica prelude, in maniera neanche molto velata, al vero e decisivo dilemma normativo posto dalla novella: o si cerca di coordinare la normativa sulla PMA con quella sull'aborto (per cui, per esempio, s'impone prima l'obbligo d'impianto, e poi si riconosce alla madre il diritto di accedere alle procedure della n. 194, con tutte le contraddizioni del caso)⁴⁸; oppure, come caldeggiato dalla Chiesa cattolica, la nuova legge sulla PMA ha abrogato, in alcuni dei suoi aspetti essenziali, la legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, in virtù del noto principio «*lex posterior derogat priori*».

SUMMARY

Giovanni Bianco

THE CATHOLIC CHURCH IN ITALY AND ITS POSITION ON ARTIFICIAL INSEMINATION

The article presents the issue of medically enhanced procreation in the light of the Italian statute No. 40 of 2004. The statute is designed to protect human embryos, and complies with the stipulations of the Catholic Church. The Author of the article argues that this marks the beginning of a new legal discipline associated with the rights of embryos to due protection in Italy. The subject of embryo protection is closely connected with the issue of stem cells, therefore the article also addresses the ban on experiments with their use in Italian law. In this way Catholic bioethics has largely defined a new legal status of the embryo, which has been regulated by the Oviedo Convention and the Italian Constitution. The Author notes that due

⁴⁸ Sul punto, cfr. A. Batà, *Responsabilità del medico, omissione d'informazioni e danno risarcibile per mancata interruzione di gravidanza*, in *Corr. giur.*, 1995, p. 91; D. Carusi, *Fallito intervento d'interruzione di gravidanza e responsabilità medica per omessa informazione: il danno da procreazione nella giurisprudenza della Cassazione italiana e nelle esperienze straniere*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 343; A. Gentilomo, *Nuovi spunti in tema di danno derivante da fallimento di interruzione volontaria di gravidanza*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, p. 945; M. Gorgoni, *Interruzione volontaria della gravidanza tra omessa informazione e pericolo per la salute (psichica) della partoriente*, in *Danno resp.*, 1999, p. 768; C. Palumbo, *Errore diagnostico e mancata interruzione della gravidanza*, in *Danno resp.*, 1996, p. 251; D. Ranalletta, E. Landi, *Considerazioni medico-legali sui casi di insuccesso della interruzione volontaria della gravidanza*, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, p. 1107.

to the fact that science permits calling the embryo a human being, a new legal discipline is being formed designed to protect the dignity and rights of this entity. The article details a new catalog of the inviolable rights of embryos in accordance with Italian law, which includes the right to life (provisions of statute No. 40 of 2004 protect the life of human embryos), the right to health, genetic inviolability, being 'sustained' by its own biological parents (a ban on heterologous insemination), and protection pursuant to art. 24 (1) of the Constitution of the Italian Republic.

Translated by Marzena Bąk

STRESZCZENIE

Giovanni Bianco

KOŚCIÓŁ KATOLICKI WE WŁOSZACH WOBEC SZTUCZNEJ PROKREACJI

Artykuł przedstawia problematykę prokreacji wspomaganą medycznie w świetle włoskiej ustawy nr 40 z 2004 r. Ustawa ta realizuje ochronę embrionów ludzkich, czyniąc zadość postulatowi Kościoła katolickiego. Autor stoi stanowisku, że w ten sposób dano we Włoszech początek dyscyplinie prawnej związanej z prawem embrionów do należytej im ochrony. Problem ochrony embrionów łączy się z kwestią komórek macierzystych, wobec tego w artykule poruszono również problem zakazu w prawie włoskim wykonywania eksperymentów z ich użyciem. Bioetyka katolicka w ten sposób w dużej mierze określiła nowy statut prawny embriona, który został uregulowany przez konwencję w Oviedo i włoską konstytucję. Autor zauważa, że ponieważ nauka pozwala nazywać embrion istotą ludzką, to tym samym powstaje nowa prawna dyscyplina mająca na celu ochronę godności i praw tego podmiotu. W pracy przedstawiony jest nowy katalog nienaruszalnych praw embrionów na gruncie prawa włoskiego, zawierający prawo do życia (przepisy z ustawy nr 40 z 2004 r. chronią życie embrionów ludzkich), prawo do zdrowia, prawo do nienaruszalności genetycznej, prawo do bycia „utrzymanym” przez własnych rodziców naturalnych (zakaz zapłodnienia typu heterologicznego), a także prawo do obrony zgodnie z art. 24 ust. 1 Konstytucji Republiki Włoskiej.

