MAURO FUSCO

COSA RESTA DELLA LEGGE 40. BILANCI E PROSPETTIVE A DIECI ANNI DALL'ENTRATA IN VIGORE DELLA NORMATIVA ITALIANA SULLA PROCREAZIONE ASSISTITA

La legge 40/2004 costituisce senza ombra di dubbio uno dei provvedimenti legislativi più controversi della storia repubblicana. Frutto di un dibattito parlamentare iniziato alla fine degli anni '50 e che dal 2000 in poi ha assunto toni che sarebbe quantomeno eufemistico definire accesi, la normativa italiana in materia di procreazione assistita è sicuramente l'emblema di come nel nostro paese sia difficile legiferare su temi di bioetica. A tal riguardo le maggioranze risicate in parlamento (nella votazione definitiva al Senato del 10.2.2004 la legge veniva approvata con 277 voti favorevoli, 222 contrari e 3 astenuti), unitamente al risultato controverso dei quattro referendum abrogativi del 12 e 13 giugno 2005 (in cui si riscontrava una netta vittoria dei sì con circa undici milioni di voti, ma con una percentuale di votanti ferma al 25,9%), erano già una evidente dimostrazione di come il testo approvato fosse tutt'altro che un testo condiviso.

La relativa approvazione fu tuttavia possibile grazie ad una maggioranza trasversale frutto di una stagione politica in cui, dopo la dissoluzione dei partiti di centro, tradizionalmente cattolici, entrambi i maggiori schieramenti parlamentari hanno tentato di accaparrarsi il favore dell'elettorato moderato, ritenuto particolarmente «sensibile» a determinate problematiche. Per tale motivo, nell'ormai lontano 2004, tra i sostenitori del testo poi approvato si sono annoverati non solo i partiti di centrodestra, tradizionalmente conservatori, allora al governo, ma anche alcuni partiti ed esponenti di centrosinistra che hanno in tal modo ritenuto opportuno accogliere le istanze dei propri elettori cattolici.

Del resto, fin dagli albori¹ era abbastanza evidente che la legge 40 fosse chiaramente ispirata da valori (soprattutto per quel che concerne la po-

1 Cfr. la proposta di l. n. 47/2001 presentata dall'On. Giancarlo Giorgetti. Il testo originario, successivamente confluito nel testo unificato, si apriva con l'affermazione del principio per cui «ogni soggetto umano ha diritto alla tutela attiva della vita e della salute dalla fecondazione dell'ovulo alla morte», a cui

sizione del nascituro), indubbiamente riconducibili agli insegnamenti del Magistero della Chiesa, al punto da essere da più parti definita una «legge cattolica»². Senza addentrarsi più di tanto sui molteplici significati e sfumature che la locuzione «legge cattolica» può assumere³, è innegabile, tuttavia, che la normativa italiana sia quantomeno qualificabile come una normativa ideologicamente orientata e, per usare un'espressione di uno dei suoi più autorevoli sostenitori, l'ex presidente del C.N.B. Francesco D'Agostino, «non eticamente neutrale, dato che sceglie di difendere un principio etico ritenuto fondamentale (il rispetto della vita in generale e di quella nascente in particolare)»⁴.

Sotto un diverso profilo è parimenti innegabile, inoltre, che, nel bilanciamento degli interessi contrapposti che emergono nell'applicazione di tecniche di procreazione assistita (quelli della madre e quelli del nascituro innanzitutto), la normativa italiana fosse nata con l'intento prioritario di tutelare principalmente l'embrione rispetto alla madre al punto che autorevole dottrina ha correttamente rinvenuto «uno "sbilanciamento" ai danni di quest'ultima sotto il profilo della tutela dell'embrione»⁵. Ne sono l'emblema le disposizioni normative che, in relazione agli embrioni, vietano la sperimentazione (art.13, co.1), gli interventi non aventi finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche (art.13, co.2), ogni forma di selezione a scopo eugenetico (art.13, co.3), la crioconservazione (salvo limitatissime ipotesi) e la soppressione degli stessi (art.14, co.1), la creazione di un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto e comunque non superiore a tre (art.14, co.2), nonché la

seguiva una regolamentazione estremamente restrittiva. La relativa relazione di accompagnamento così si apriva: «Onorevoli colleghi! La presente proposta di legge, che pone le premesse per lo statuto dell'embrione umano e stabilisce a quali condizioni è lecita la procreazione medicalmente assistita, si basa su tre concetti fondamentali: 1) l'embrione umano è soggetto umano in atto fin dalla fecondazione dell'ovulo; 2) la difesa dell'istituto familiare, quale cellula fondamentale della società e centro vitale per la continuità della specie; 3) la difesa del diritto del nascituro ad avere un padre e una madre che lo allevino, lo amino, lo educino e gli assicurino il necessario sostentamento fino alla maggiore età».

2 Tra i tanti si ricorda C. FLAMIGNI, *Sulla «legge cattolica» per la fecondazione assistita in Italia*, in «Bioetica», 2003, 4, 733 ss.

3 Per tali aspetti si rinvia a A. VICINI, *Procreazione medicalmente assistita in Italia*, in P. GIUSTINIANI (a cura di), *op. cit.*, 166 ss.; M. ARAMINI, *La fecondazione artificiale: che cosa dice la legge e che cosa insegna la Chiesa*, Casale Monferrato, 2004.

4 C. DONISI, *Prime note sulla disciplina legislative della procreazione medicalmente assistita*, in P. Amodio, *op. cit.*, 69.

5 C. DONISI, *Prime note sulla disciplina legislative della procreazione medicalmente assistita*, in P. Amodio, *op. cit.*, 69.

riduzione di gravidanze plurime, salvo le ipotesi della l.194/78 (art.14 co.4), le numerose restrizioni nella disciplina dell'accesso alle tecniche (artt. 4 e 5) ed il divieto assoluto a qualsiasi forma di procreazione di tipo eterologo (art.4, co.3), che di fatto precludeva nel nostro paese la procreazione alle coppie in cui uno dei partners fosse affetto da sterilità assoluta.

Alla luce di quanto esposto, è chiaro che sin dagli inizi la legge 40 non rispettasse minimamente quei tre requisiti fondamentali che una buona legge in campo bioetico dovrebbe avere, efficacemente sintetizzati dal Prof. Raffaele Prodomo in: «*essere applicabile agevolmente dagli addetti ai lavori essendo poi rispettata da tutti senza discriminazioni; non scendere in dettagli tecnici che potrebbero risultare presto obsoleti vista la velocità del progresso biomedico; evitare i punti eticamente più controversi e ricercare valori comuni ampiamente condivisi*»⁶. Va inoltre aggiunto che sia la legge sia le successive linee guida lasciano molto a desiderare non solo sotto il profilo della tecnica legislativa (per la mancanza di definizioni certe ed uso improprio ed ambiguo di alcuni termini medici), ma anche per quel che concerne i contenuti. Ne sono testimonianza le numerose critiche provenienti da esponenti anche autorevoli del mondo scientifico, dagli ordini dei medici, da associazioni di settore e da scienziati di indubbia fama⁷, le cui indicazioni, anche nel corso del processo di formazione della legge, non sono state quasi mai prese in considerazione da Camera e Senato.

Ma se i parlamenti ed i governi succedutisi dal 2004 ad oggi si sono rivelati insensibili di fronte alle lacune ed alle incongruenze della legge 40, nonché ai molteplici dubbi di costituzionalità della stessa, altrettanto non può essere detto della Magistratura che, sin dai primi mesi dall'entrata in vigore della legge, si è espressa con pronunzie di ogni ordine e grado aventi ad oggetto le disposizioni maggiormente controverse della normativa. Tra le pronunzie più significative ricordiamo innanzitutto la sentenza n. 398/2008⁸ con cui il T.A.R. Lazio ha ritenuto illegittima «*la disposizione delle Linee Guida in materia di procreazione medicalmente assistita approvate con D.M. 21 luglio 2004 nella parte riguardante le Misure di Tute-*

6 R. PRODOMO, *Quale etica pubblica per la procreazione assistita?*, in P. Giustiniani, (a cura di), *Sulla procreazione assistita*, Napoli, 2005, 123 ss.

7 Si veda, sul punto, AA.VV., *Una sconfitta per tutti*, in «*Bioetica*», 2004, 1, 78 ss.

8 TAR Lazio, Roma, sez. III quater, sent. n. 398 del 21.1.2008 pubblicata sulla rivista giuridica *on line Diritto e Giustizia* del 29.1.2008 con nota di M. Fusco, *Diagnosi preimpianto: oggi si può? Le situazione dopo il cambio di rotta del T.A.R. Lazio*. La sentenza TAR riprende principi già affermati in precedenza da Tribunale di Cagliari, ordinanza del 24.9.2007, e Tribunale di Firenze, ordinanza del 17.12.2007.

la dell'embrione laddove si statuisce che ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'articolo 13, comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale» e le sentenze della Corte Costituzionale n. 151 dell'8 maggio 2009⁹ e n. 162 del 9.4.2014, con cui la corte ha dichiarato l'illegittimità rispettivamente dell'articolo 14, comma 2, nella parte in cui prevedeva che l'obbligo di effettuare un «*unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre embrioni*» e del comma 3 dello stesso articolo, nella parte in cui non prevedeva che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, dovesse essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna, nonché degli articoli 4 comma 3, 9 commi 1 e 3 e 12 comma 1, che prevedevano il divieto assoluto di fecondazione attraverso donatori esterni e sanzioni per i medici che la avessero praticata.

Tale ultima pronunzia scaturisce dalle le molteplici ordinanze con cui le corti di merito hanno sollevato questioni di legittimità costituzionale in ordine al contestatissimo divieto alla fecondazione eterologa¹⁰ e segue le altalenanti pronunzie della Corte Europea dei Diritti Umani in ordine all'analoga proibizione contenuta nella legislazione austriaca. In proposito una prima pronuncia la CEDU¹¹ aveva fatto sperare sull'abolizione del divieto, ravvisando una violazione degli art. 8 e 14 della Convenzione sul rispetto della vita privata e familiare e ritenendo che «*le preoccupazioni basate su considerazioni morali o sull'accettabilità sociale delle tecniche non sono di per sé ragioni sufficienti per un divieto assoluto per una specifica tecnica di procreazione come l'ovodonazione. Tali ragioni devono essere particolarmente gravi laddove si decida di ammettere o meno l'accesso alla procreazione in generale, e la Corte rileva che non vi è alcun obbligo*

9 Cfr. Corte Cost. n. 151 dell'8.5.2009, pubblicata sulla rivista giuridica *on line Diritto e Giustizia* del 12.5.2009.

10 Da ultimo Tribunale di Catania, sez. I Civile, ordinanza 13 aprile 2013, nella rivista giuridica *on line Diritto e giustizia* del 30.4.2013 con nota di M. Fusco, *Fecondazione eterologa: la parola (di nuovo) alla Consulta*, Tribunale di Milano, ordinanza dell'8.4.2013, Tribunale di Firenze, ordinanza del 29.3.2013.

In passato sulle analoghe ordinanze di rimessione del Tribunale di Firenze del 6.9.2010, di Catania del 21.10.2010 e di Milano del 2.2.2011, la Corte Costituzionale si pronunciava, negativamente, con l'ordinanza n. 150 del 22.5.2012, contenente l'invito ai giudici a quo, a rivalutare la questione della legittimità dell'eterologa «*alla luce della nuova esegesi fornita dalla Corte di Strasburgo*» nella sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani del 3 novembre 2011.

11 Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. I., Case of S. H. and others v. Austria (Application no. 57813/00), 1.4. 2010.

per uno stato di adottare una legislazione che consenta la procreazione artificiale. In ogni caso, laddove venga presa la decisione di consentire la procreazione artificiale, nonostante l'ampio margine di discrezionalità con cui la questione è stata affrontata dagli stati contraenti, la cornice legislativa stabilita a tal proposito deve essere delineata in un modo coerente, che consenta che i diversi interessi coinvolti siano presi in considerazione adeguatamente e nel rispetto degli obblighi derivanti dalla Convenzione».

Tuttavia, in seguito al ricorso presentato dal governo dell'Austria con l'intervento *ad adiuvandum* dell'Italia e della Germania, la Grande Camera¹² della medesima Corte ribaltava la decisione affermando che il divieto austriaco *«perseguisse uno scopo legittimo, segnatamente la protezione della salute o della morale e la protezione dei diritti e delle libertà altrui»* e che *«il legislatore austriaco non ha all'epoca ecceduto il margine di discrezionalità concessogli né per quanto riguarda il divieto di donazione di ovuli ai fini della procreazione artificiale né per quanto riguarda il divieto di donazione di sperma per la fecondazione in vitro previsto dall'articolo 3 della Legge sulla Procreazione Artificiale. Ne consegue che non vi è stata alcuna violazione dell'articolo 8 della Convenzione».*

Nonostante il passo indietro compiuto dalla Grande Camera, per quanto concerne il nostro paese il divieto alla fecondazione eterologa contenuto nell'art. 4 comma 3 della legge 40 e sanzionato dal successivo art. 12 comma 1, soccombeva sotto la «scure» della Corte Costituzionale con la recente sentenza n. 162/14¹³, sulla quale vale senz'altro la pena di soffermarsi, seppur brevemente.

Il percorso argomentativo dell'ultima pronuncia della Corte Costituzionale si snoda, infatti, attraverso i punti cruciali che sono alla base del dibattito in materia di procreazione di tipo eterologo, per giungere alla conclusione che il divieto di tali tecniche sia privo di adeguato fondamento costituzionale.

Partendo dalla suggestiva premessa *«che la PMA di tipo eterologo mira a favorire la vita i giudici delle leggi hanno preliminarmente evidenziato che: “La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata*

12 Cfr. Sentenza Grande Camera della Corte di Strasburgo, resa il 3.11.2011.

13 Cfr. Corte Costituzionale n. 162 del 9.4.2014 pubblicata il 10.6.2014, nella rivista giuridica *on line Diritto e giustizia* del 13.6.2014 con nota di M. Fusco, *Il divieto alla fecondazione eterologa è incostituzionale. La scure della Consulta sull'ultimo baluardo della legge 40.*

mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera"». Sulla base di tale presupposto viene dunque affermato che non sono dirimenti le differenze tra PMA di tipo omologo ed eterologo e che «l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia, nell'accezione che al relativo diritto deve essere data». Sotto tale profilo la legge è incostituzionale in quanto penalizzerebbe ingiustamente le coppie affette da una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute.

Sul delicato tema dello status della persona nata dalla PMA di tipo eterologo e della relativa regolamentazione, la Corte, dopo aver escluso l'applicabilità di una serie di «ordinanze tampone» risalenti alla fine degli anni 90 e poi più volte prorogate¹⁴, ha correttamente evidenziato che i profili concernenti lo stato giuridico del nato ed i rapporti con i genitori sono già regolamentati dalle pertinenti norme della legge n. 40 del 2004. In particolare si ritiene possibile estendere anche al nato da eterologa le previsioni di cui all'art. 8, comma 1, che gli attribuisce lo status di figlio nato nel matrimonio o di figlio riconosciuto, che si aggiungono alle previsioni di cui all'art.9, già presenti nel testo originario per le ipotesi in cui fossero stati eseguiti trattamenti di PMA eterologa *contra legem* (di solito all'estero). In tali ipotesi l'art.9 impediva, ed impedisce tutt'ora: al coniuge o al convivente il cui consenso sia ricavabile da atti concludenti di esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, o l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice; alla madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita la possibilità di dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396; al donatore/donatrice di gameti di acquisire alcuna

14 Circolari del Ministro della sanità del 1° marzo 1985 (Limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del Servizio sanitario nazionale), del 27 aprile 1987 (Misure di prevenzione della trasmissione del virus HIV e di altri agenti patogeni attraverso il seme umano impiegato per fecondazione artificiale) e del 10 aprile 1992 (Misure di prevenzione della trasmissione dell'HIV e di altri agenti patogeni nella donazione di liquido seminale impiegato per fecondazione assistita umana e nella donazione d'organo, di tessuto e di midollo osseo), Ordinanza dello stesso Ministero del 5 marzo 1997, recante «Divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani» (avente efficacia temporalmente limitata, poi prorogata per ulteriori novanta giorni da una successiva ordinanza del 4 giugno 1997).

relazione giuridica parentale con il nato. Completano la regolamentazione della PMA eterologa le norme vigenti in materia di donazione di tessuti e cellule umani (con riferimento agli aspetti della gratuità e volontarietà della donazione, alle modalità del consenso, all'anonimato del donatore, alle esigenze di tutela sotto il profilo sanitario).

Per quanto concerne la delicata questione del diritto all'identità genetica, la Consulta richiama gli orientamenti giurisprudenziali e legislativi già emersi in tema di adozione circa l'*an* ed il *quomodo* del diritto dei genitori adottivi all'accesso alle informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici dell'adottato ed al già intervenuto superamento del dogma della segretezza dell'identità dei genitori biologici quale garanzia insuperabile della coesione della famiglia adottiva¹⁵.

Alla luce di tali considerazioni, il censurato divieto viene ritenuto «*il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento*» in quanto «*cagiona, in definitiva, una lesione della libertà fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40 del 2004 di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato, le quali, in virtù di quanto sopra rilevato in ordine ad alcuni dei più importanti profili della situazione giuridica dello stesso, già desumibile dalle norme vigenti, devono ritenersi congruamente garantite*».

Non manca, infine, la Corte di affrontare la delicata questione del cd. «turismo procreativo», affermando che la regolamentazione degli effetti della PMA di tipo eterologo praticata al di fuori del nostro Paese, realizza «*un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi*». Evidente, a riguardo è come il giudice costituzionale si sia reso conto che la facilità con cui può essere realizzata la donazione, soprattutto per quanto concerne gli spermatozoi, aveva, di fatto, introdotto un'ulteriore discriminazione tra le coppie, dovuta alla capacità economica di affrontare quei viaggi in uno dei tanti paesi¹⁶ in cui tali tecniche sono consentite.

15 cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 278 del 2013. Si veda, sul punto anche l'art. 28, commi 4 e 5, della l. 4 maggio 1983, n. 184, recante «Diritto del minore ad una famiglia», nel testo modificato dall'art. 100, comma 1, lettera p, del d.lgs. n. 154 del 2013).

16 In Europa il divieto assoluto all'eterologa è presente soltanto nelle legislazioni di Austria, Lituania e Turchia mentre Croazia, Germania, Norvegia e Svizzera

Per tali motivi, viene dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 4, comma 3, nella parte in cui stabilisce il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, nonché l'art. 12, comma 1, che puniva con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente.

L'inadeguatezza dei divieti dalle legge 40 non si limita, tuttavia alla situazione peculiare delle coppie sterili o infertili ma si estende anche a quella delle coppie portatrici di malattie trasmissibili al nascituro. Con la pronuncia del 28 agosto 2012¹⁷, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha, infatti, sanzionato il nostro paese ritenendo che il divieto di accesso alla diagnosi preimpianto per le coppie fertili costituisca una violazione dell'art. 8 della Convenzione, che tutela il rispetto della vita privata e familiare dall'ingerenza dell'autorità pubblica. Nel testo dei giudici di Strasburgo si legge: «*il sistema legislativo italiano manca di coerenza. Da un lato, esso vieta l'impianto limitato ai soli embrioni non affetti dalla malattia di cui i ricorrenti sono portatori sani; dall'altro autorizza i ricorrenti ad abortire un feto affetto dalla stessa patologia*». Sulla base di tale sentenza il Tribunale di Cagliari ha affermato, con ordinanza del 9.11.2012¹⁸, il principio per cui le coppie infertili, portatrici di malattie genetiche trasmissibili al nascituro, hanno diritto ad ottenere, nell'ambito dell'intervento di procreazione medicalmente assistita, l'esame clinico e diagnostico sugli embrioni ed il trasferimento in utero solo di quelli risultati sani o portatori sani delle patologie di cui le stesse sono affette. Lo stesso Tribunale ha poi stabilito che la struttura sanitaria pubblica sia tenuta ad eseguire tale prestazione sanitaria e che, qualora si trovasse nell'impossibilità di erogare tempestivamente la stessa in forma diretta, la prestazione debba essere erogata in forma indiretta mediante il ricorso ad altre strutture sanitarie.

vietano solo la donazione di ovociti. Sebbene non vi siano dati ufficiali, secondo l'Osservatorio sul turismo procreativo, erano circa 4000 le coppie che ogni anno effettuavano all'estero trattamenti medici di procreazione assistita vietati in Italia.

- 17 Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 28 agosto 2012, caso *Costa e Pavan* (Richiesta 20 settembre 2010, n. 54270) nella rivista giuridica in linea Altalex, visibile all'indirizzo <http://www.altalex.com/index.php?idnot=14695>
- 18 Tribunale di Cagliari, ordinanza 9 novembre 2012, nella rivista giuridica on line Diritto e giustizia del 19.11.2012 con nota di M. FUSCO, *Diagnosi genetica preimpianto: dopo la Corte Europea anche il Tribunale di Cagliari dice sì*. Si segnalano, in ordine alla medesima problematica i precedenti di: Tribunale di Cagliari 24.9.2007, Tribunale di Firenze 17.12.2007, Tribunale di Bologna 29.6.2009, Tribunale di Salerno 9.1.2010.

Senza potersi addentrare più di tanto, per problemi di spazio, sul contenuto, senza dubbio dirompente, di tali sentenze che hanno sicuramente quantomeno ridimensionato l'essenza dell'impianto normativo della legge 40, viene inevitabilmente da chiedersi, alla luce delle stesse ed a circa dieci anni dall'entrata in vigore, cosa rimanga oggi di quella legge che tanto ha fatto discutere sostenitori e detrattori. Quello che balza senz'altro agli occhi è che la tutela di quel concepito al quale, sin dall'art.1, veniva per la prima volta nel sistema giuridico italiano attribuito lo status di «*soggetto*», sia stata sicuramente e fortemente ridimensionata. L'equivalenza o addirittura la prevalenza della tutela dell'embrione/del concepito rispetto alla tutela della coppia e della madre, in base alla quale qualunque pratica/tipologia di trattamento che potesse comportare la distruzione o rischi per la salute degli embrioni veniva vietata (formazione di embrioni in numero superiore a quelli necessari ad un unico trasferimento in utero, crioconservazione, diagnostica preimpianto, selezione o sperimentazione sugli embrioni), allo stato attuale sicuramente vacilla sotto i colpi di una giurisprudenza che non poteva non tenere conto dell'insegnamento, ormai pluridecennale, della Corte Costituzionale¹⁹ per cui embrione e madre non possano essere messi sullo stesso piano.

È, ad esempio, un dato di fatto che oggi, laddove le condizioni della donna lo richiedano, sia possibile creare embrioni in numero superiore ai tre stabiliti dall'originaria versione dell'art. 14 comma 2, dichiarato costituzionalmente illegittimo, sebbene le Corti non abbiano chiarito esplicitamente quale debba poi essere il destino degli eventuali sovrannumerari, restando formalmente validi i divieti di crioconservazione, distruzione, sperimentazione sugli stessi.

Analogo discorso può essere fatto per l'accesso alle tecniche di diagnostica genetica preimpianto (PGD) non solo da parte delle coppie infertili ma anche per le coppie portatrici di malattie genetiche trasmissibili al nascituro che non abbiano problemi di sterilità o infertilità. Con una chiara forzatura del dato normativo originale, alla luce della già richiamata sentenza della Corte europea del 28.8.2012, il Tribunale di Cagliari ha infatti qualificato la diagnosi preimpianto come strumento «*indispensabile per il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa, riconosciuta dall'art. 6 della legge n. 40 del 2004*» operando un'interpretazione adeguatrice sì conforme alla Costituzione ed alla CEDU ma del tutto avulsa dall'impianto e dallo spirito originario della legge. Se, sotto un certo profilo, viene così eliminata la chiara antinomia tra le norme che

19 Corte Cost. n. 27 del 18 febbraio 1975 in *Giustizia Penale*, 1975, I, 203.

consentono nel nostro paese la diagnosi prenatale (e l'eventuale possibilità di ricorrere all'interruzione di gravidanza in caso di esito infausto della stessa) e quelle che invece impedivano la diagnosi preimpianto, sotto un altro profilo si avverte senza dubbio la necessità di operare quantomeno la revisione delle norme della legge 40 che tuttora circoscrivono l'accesso alle tecniche esclusivamente alle coppie con problemi di sterilità o infertilità o portatrici delle sole malattie virali sessualmente trasmissibili (e quindi non genetiche), nonché delle norme che tuttora impediscono formalmente la distruzione o la crioconservazione degli embrioni a prescindere dallo stato di salute degli stessi. Si pone, inoltre il problema di decidere la sorte, prima che lo statuto giuridico, degli embrioni in soprannumero, destinati ad aumentare per il venir meno delle norme restrittive che ne imponevano il trasferimento, nonché il problema della regolamentazione analitica ed aggiornata dei centri e delle donazioni dei gameti per quanto concerne la procreazione eterologa, ritornata legale dopo il recente intervento della Consulta.

Alla luce di quanto esposto, emerge in maniera alquanto palese come tutte quelle critiche mosse alla legge nei primissimi mesi dopo la sua approvazione²⁰ siano poi state conformate non solo dalle aule delle corti, italiane ed europee, in cui più volte sono stati censurati gli aspetti maggiormente critici della normativa, ma anche e soprattutto dalle modalità con cui la fecondazione assistita è stata utilizzata nel nostro paese nei primi dieci anni di vigenza, con forme di elusione più o meno velate che hanno, nei fatti, reso vacillante l'originario impianto normativo. È parimenti palese come, in seguito alle richiamate pronunzie delle Corti italiane ed europee, dell'originaria formulazione e dell'originario spirito della legge 40 resti oggi ben poco. La legge, snaturata dall'abolizione dei suoi principi ispiratori e capisaldi fondamentali, presenta oggi, a 10 anni dalla sua entrata in vigore, tante di quelle lacune e contraddizioni che ne minano nel profondo l'efficacia regolamentatrice.

20 *Ex plurimis* M.R. MARELLA, M. VIRGILIO, *Una cattiva legge cattiva*, in AA.VV., *Un'appropriazione indebita. L'uso del corpo della donna nella nuova legge sulla procreazione assistita*, Milano, 2004, 176; AA.VV., «Guida al diritto», dossier mensile 3/2004, *Le prospettive della famiglia, dalla procreazione assistita alle coppie di fatto*; M. FUSCO, *Figli in provetta: dubbi e opportunità dopo l'approvazione della legge* in «D&G» supplemento settimanale cartaceo alla rivista giuridica *on line* «Diritto e Giustizia», n. 18 dell'8 maggio 2004. Tra i commenti apparsi sui quotidiani si evidenziano M. ZEGARELLI, *In Italia una legge medievale e confusa: il caos della fecondazione*, in «L'Unità», 13.02.04; M. MAFAI, *Il fronte oscurantista*, in «La Repubblica», 4.12.03; D. CAPEZZONE, *No alla morale di stato sulla fecondazione*, in «Corriere della Sera», 9.10.04.

Preso atto di questa situazione, la logica ed il buon senso, prima dell'applicazione di nozioni di tecnica legislativa, richiederebbero una «sistemazione» della legge 40 non solo per eliminare i molteplici punti oscuri presenti nel testo legislativo originario ma anche e soprattutto per eliminare le ulteriori incongruenze che si sono venute a creare dopo gli interventi della Corte Costituzionale, della Corte di Giustizia UE e dei giudici di merito. È evidente che, piuttosto che effettuare un ulteriore rimaneggiamento, il testo andrebbe ripensato e riscritto ex novo, cercando non solo di bilanciare meglio gli interessi dei soggetti coinvolti dalle tecniche di procreazione assistita ma magari di crearne uno che vada oltre l'anacronistica concezione di diritto come puro limite e che sia più conforme a quel modello di «diritto leggero», ritenuto da autorevole dottrina²¹ come l'approccio più corretto per legiferare su temi di bioetica.

Individuato, quantomeno in linea astratta, cosa dovrebbe farsi, l'arduo successivo passaggio è individuare il come, il quando e soprattutto il se, si possa addivenire a realizzare la riforma di una normativa che il tempo e le sentenze hanno reso, ove possibile, ancor più contraddittoria e disorganica della formulazione originaria. Tale analisi non può non tenere conto del contesto politico profondamente mutato negli ultimi dieci anni. Le ultime tornate elettorali hanno, infatti, dimostrato il sostanziale fallimento del bipolarismo nel nostro paese, aggravato da un sistema elettorale che sicuramente non agevola quella stabilità politica necessaria al varo di un provvedimento legislativo importante e sicuramente controverso come senz'altro sarebbe la «nuova» normativa in materia di procreazione assistita. A questo va aggiunto che la profonda crisi economica in cui versa il paese da diversi anni a questa parte ha, di fatto, spostato il dibattito parlamentare sui più pressanti argomenti dell'economia e del lavoro piuttosto che su quelli, sicuramente meno pragmatici, dei temi di bioetica. Lo stato di fatto è testimoniato dall'ultima campagna elettorale in cui nessun partito politico ha inserito nel proprio programma interventi legislativi sull'inizio e sul fine vita, limitandosi tutt'al più a qualche breve e fugace riferimento ai riconoscimenti delle unioni civili non seguito, peraltro, da alcun progetto o intervento concreto. È evidente, alla luce di quanto esposto, che lo scenario appena delineato lasci ben pochi spazi all'ottimismo, essendo altamente improbabile, almeno nel breve periodo, un mutamento dello *status quo* che possa consentire di realizzare una riforma della legge 40. È lecito, dun-

21 E. D'ANTUONO, *Bioetica*, Napoli, 2003, 47; L. VIOLANTE, *Bio-jus. I problemi di una normativa giuridica nel campo della biologia umana*, in A. Di Meo, C. Mancina, *Bioetica*, Roma-Bari, 1989, 262 ss.

que, attendersi anche per i prossimi anni, un ricorso sempre più frequente alla Magistratura per cercare di superare, quantomeno nel singolo caso, le molteplici antinomie e contraddizioni della normativa attuale, nell'ottica di quella «via giurisprudenziale», rimasta ormai l'unico strumento per tutelare quei diritti (e soprattutto quei nuovi diritti) che il sistema giuridico italiano fatica sempre di più a riconoscere e garantire.