

**Legge 40 e principio di non contraddizione:  
una valutazione d'impatto normativo della disciplina sulla procreazione medicalmente assistita\*\***

di Carlo Casonato

## 1. Introduzione

In una prospettiva di diritto comparato la legge 40 si colloca in una posizione di complessivo isolamento. Se alcune previsioni riferibili all'accesso alle tecniche o al divieto di clonazione riproduttiva paiono simili a quelle adottate in molti altri ordinamenti, il principio fondante e gran parte delle disposizioni di maggior momento faticano a trovare analogie nella normativa degli altri paesi a noi culturalmente e giuridicamente più vicini. In materia di fecondazione assistita, infatti, si può ipotizzare una tipologia di discipline che vanno dal modello più permissivo (Spagna, Gran Bretagna, alcuni stati degli Stati Uniti) a quello relativamente più chiuso (Germania, Francia). In materia di tecnica normativa, si possono individuare paesi in cui il formante legislativo tende ad assorbire ed esaurire ogni aspetto (Francia, Austria, Spagna), altri in cui la legge non fa che rinviare a decisioni *case-by-case* adottate da un'autorità indipendente (Gran Bretagna), altri in cui una normativa pur fitta lascia un discreto ambito di decisione alla fonte giurisprudenziale (Germania). In quest'ottica, la disciplina italiana si pone agli estremi di maggior chiusura sostanziale e di maggior rigidità legislativa.

In questo scritto, dopo un rapido confronto tematico fra la disciplina italiana e quelle adottate in alcuni altri stati, si proporrà una sorta di *valutazione d'impatto normativo* della legge. Si cercherà, in altri termini, di valutare il grado di coerenza della legge 40 rispetto al panorama giuridico complessivo in cui la stessa legge dovrà trovare applicazione. Su questa linea, si individueranno alcuni profili critici che porranno in luce la tensione creatasi fra alcune disposizioni centrali della legge ed altre fonti normative di vario livello. Se una posizione d'isolamento, infatti, non è di per sé indice di un'impostazione erronea o non equilibrata, l'originalità di certe soluzioni adottate dalla legge 40 fatica a porsi in una linea di coerenza rispetto allo stesso ordinamento giuridico italiano.

Per quanto possibile, si tenterà di ancorare il giudizio sulla legge a criteri di natura giuridica - non etica o religiosa o filosofica. A questa esigenza risponde la scelta di considerare la legge 40 non in riferimento ad astratti e soggettivi criteri di giustizia o di equità sostanziale, ma alla luce del rispetto o meno dei principi di coerenza e di non contraddizione fra fonti. Se pare caratteristica insita nel fenomeno giuridico la presenza di *un certo livello* di incoerenza<sup>[1]</sup>, sembra d'altro canto particolarmente insostenibile una legge che pare aver voluto testimoniare la propria virtù nel contraddire una molteplicità di altri principi fatti propri dall'ordinamento.

## 2. I requisiti soggettivi sulla scorta della "famiglia ideale"

L'art. 5 della legge indica nelle «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi» i potenziali fruitori delle tecniche di procreazione assistita. Si è così ritenuto di considerare il cd. interesse alla bigenitorialità del futuro nato prevalente rispetto a quello di procreare da parte di donne che non fossero perlomeno legate da convivenza con un partner maschile. Al di fuori della concessione fatta nei confronti delle coppie conviventi - di cui si dirà subito - pare che la figura di riferimento del legislatore sia stata quella considerata dalla maggioranza trasversale che ha approvato la legge la "famiglia ideale", l'unica in linea, secondo certa dottrina, con quella «società naturale fondata sul matrimonio» che vede il proprio riconoscimento testuale all'art. 29 della Costituzione italiana.

Da questo punto di vista, proprio la concessione nei confronti delle coppie conviventi ha fatto parlare di una incostituzionale «degiuridizzazione del matrimonio legale»<sup>[2]</sup>. Oltre all'ormai consolidato e diffuso riconoscimento di una pluralità di modelli normativi di famiglia ritenuti in linea con il diritto costituzionale, tale critica non pare tener conto di altra parte della dottrina e della giurisprudenza costituzionale che hanno escluso la supposta esclusività della famiglia cd. legittima e che hanno esteso, su singoli ma significativi aspetti, i diritti dei componenti della famiglia di fatto<sup>[3]</sup>. E non pare trascurabile che tale estensione sia stata fatta in riferimento a parametri fondanti come il principio di eguaglianza ed il riconoscimento, ancor prima della garanzia, dei diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali ove si svolge la personalità (articoli 2 e 3 Cost.).

Se l'inclusione delle coppie conviventi risulta allora categoria che non pare fondare dubbi di legittimità costituzionale, ci si può interrogare, dal lato pratico, sul grado di stabilità del rapporto di convivenza (uno, due, tre anni?) e su quale sia lo strumento che permetta di accertarne efficacemente la sussistenza. In mancanza di indicazioni specifiche nella legge o nelle linee guida del luglio 2004, la condizione di convivenza potrà essere provata mediante «dichiarazione sottoscritta dai soggetti richiedenti» (art. 12, comma 3) senza dover dare prova di particolare stabilità nel tempo. A differenza di alcuni paesi in cui la coppia deve indicare di essersi costituita da un numero variabile di anni (due in Francia)[4], la normativa italiana lascia la questione del tutto aperta. Che dire allora di una coppia che autocertifichi la convivenza dal giorno prima dell'accesso alle tecniche e che si sciogla il giorno dopo? Non si potrà, attraverso questa lacuna della disciplina sul piano pratico, arrivare a permettere la fecondazione eterologa o per donne *single* sotto mentite spoglie? Il diavolo, si sa, sta nel dettaglio, e se davvero si voleva limitare l'accesso alle tecniche riproduttive alle coppie coniugate o conviventi, si sarebbe dovuto pensare a qualche modo per verificarne la stabilità, sulla scorta di quanto stabilito, ad esempio, in materia di adozione[5].

Passando ad una disanima di carattere comparato, si può vedere come i requisiti soggettivi adottati dalla legge 40 siano, come anticipato, condivisi da una pluralità di altri ordinamenti. Condizionano l'accesso alle pratiche di procreazione assistita all'esistenza di una relazione stabile, ad esempio, l'Austria, la Francia, la Svizzera, la Danimarca e la Svezia, mentre nessun requisito di coppia prevedono l'Inghilterra, la Spagna, l'Olanda, il Belgio ed alcuni stati degli Stati Uniti[6]. La fecondazione *post mortem* è vietata in Austria, Germania, Norvegia, Ungheria, Svezia, Francia, mentre risulta permessa, a diverse condizioni, nel Regno Unito, in alcuni stati americani, in Grecia e in Spagna[7].

In presenza della contestualità dell'obbligo di impianto con il divieto di fecondazione *post mortem*, tuttavia, ci si chiede che possibilità ci siano in Italia per il caso in cui, in seguito alla fecondazione dell'ovulo, muoia il partner maschile. E questo anche sulla base di una pronuncia del Tribunale di Palermo che in un caso analogo del 1999 aveva ordinato al centro «l'immediato adempimento della prestazione professionale»[8].

I requisiti previsti dalla legge 40 paiono in linea anche con il codice di deontologia medica italiano, il quale all'art. 42 vieta di attuare «a) forme di maternità surrogata; b) forme di fecondazione assistita al di fuori di coppie eterosessuali stabili; c) pratiche di fecondazione assistita in donne in menopausa non precoce; d) forme di fecondazione assistita dopo la morte del partner».

Se in materia di requisiti soggettivi generali la legge italiana pare non discostarsi da una serie di altri ordinamenti a noi vicini, altre disposizioni paiono invece porla in una condizione di forte isolamento.

### 3. Le finalità: sterilità e infertilità

La quasi totalità degli ordinamenti a noi culturalmente e giuridicamente vicini permette l'accesso alle tecniche riproduttive per diverse finalità. Oltre alla sterilità della coppia, si prevede tipicamente la possibilità di accedere alla procreazione assistita nel caso in cui vi sia la probabilità o la possibilità di trasmettere al nascituro malattie provocate da alterazioni cromosomiche o dei geni (malattie ereditarie). Aldilà dell'ordinamento spagnolo che basa la propria disciplina sul diritto a costituire una famiglia, e quindi, secondo alcuni, ad essere messi nelle condizioni oggettive più favorevoli per poter perseguire un progetto procreativo; aldilà dell'ordinamento greco dal cui diritto costituzionale si è tratto un diritto alla procreazione[9], anche Francia, Germania, Inghilterra, Svizzera, Belgio, Canada, fra gli altri, permettono, alcuni perlomeno in via derogatoria, la possibilità di accedere alle tecniche riproduttive per motivi legati al rischio di trasmissione di malattie gravi di carattere genetico. Ed anche l'articolo 14 della Convenzione di Oviedo, ratificata in Italia dalla legge 145/2001 e quindi vigente in Italia anche in mancanza dei decreti di attuazione[10], permette l'utilizzo di tecniche di assistenza medica alla procreazione per scegliere il sesso del nascituro al fine di evitare una grave malattia ereditaria legata al genere.

Seguendo una diversa impostazione, analoga a quella adottata in Austria, la legge 40 limita invece l'accesso alle tecniche di procreazione assistita alle sole coppie sterili o infertili (articoli 1.2 e 4.1)[11]. Come confermato dalle linee guida, l'accesso alla procreazione assistita è consentito quindi al solo ed esclusivo scopo di superare uno stato di documentata impossibilità di procreare.

Al riguardo, sono stati subito sollevati alcuni dubbi in riferimento alla trasmissione di malattie genetiche o ereditarie ed alla possibile compromissione della salute dell'embrione. Limitare l'accesso ai soli casi di sterilità, in primo luogo,

esclude i casi in cui l'utilizzo delle tecniche, senza per questo fare selezione alcuna degli embrioni, potrebbe impedire la trasmissione di malattie infettive dalla madre al concepito. Come anticipato, inoltre, il limite in oggetto esclude che la procreazione medicalmente assistita sia utilizzata da coppie non sterili, ma in cui uno o entrambi i componenti siano portatori di patologie genetiche trasmissibili al nascituro. Tale divieto non ammette eccezioni, anche se manca, per esso, una sanzione specifica[12].

Le conseguenze di una tale impostazione, si è detto, potrebbero portare ad un aumento nella trasmissione "naturale" di malattie genetiche e, di conseguenza, ad un aumento delle occasioni di interruzione volontaria di gravidanza: l'aborto, infatti, potrebbe divenire l'unico strumento per prevenire la nascita di un soggetto portatore di malattie ereditarie gravi come, ad esempio, la talassemia[13]. Il divieto in parola, quindi, pare celare fortissimi effetti collaterali in riferimento alla donna, la quale, nel caso in cui considerasse la futura possibile nascita un rischio per la propria salute (fisica o psichica), dovrebbe subire l'impianto e sottoporsi successivamente alle delicate ed invasive procedure abortive.

Anche in riferimento a tali considerazioni, è intervenuta l'ordinanza del 3 maggio 2004 del Tribunale di Catania che dichiara la manifesta infondatezza delle questioni di costituzionalità della legge 40. Secondo tale atto la legge 194 non autorizza un uso eugenetico dell'aborto come strumento selettivo dei feti: il cd. aborto terapeutico lo è «con riferimento alla salute della madre e non a quella del bambino»[14]. Aldilà dell'impostazione e del tenore complessivo dell'ordinanza - su cui ampiamente il contributo di Roberto Bin, in questi stessi *Atti* - i giudici di Catania sembrano dimenticarsi come sia la stessa legge 194 ad indicare come elementi tipici di un serio pericolo per la salute fisica o psichica della donna eventuali «previsioni di anomalie o malformazioni del concepito» (art. 4). Perlomeno ai fini della legge sull'interruzione volontaria di gravidanza, quindi, il diritto alla salute (della donna) pare avere un contenuto ampio, certamente inclusivo delle implicazioni fisiche e psichiche derivanti da una nascita non desiderata a motivo di problemi genetici del concepito. La legge 40, invece, esclude che questo stesso diritto alla salute della donna possa essere in qualche modo bilanciato con l'interesse del nascituro ad essere impiantato, fissando una gerarchia di interessi tutta a favore del concepito[15]. E questo, a motivo del principio base cui ricondurre la ratio delle scelte più importanti adottate dalla legge: la tutela pressoché assoluta riconosciuta all'embrione[16].

#### 4. La tutela dell'embrione: tanto rigore per nulla?

Permettere ad una coppia di accedere alle tecniche procreative al fine di escludere la trasmissione di malattie genetiche implica permettere che, a seguito di una diagnosi genetica preimpianto, un certo numero di embrioni possa essere escluso dal trasferimento e finire crioconservato o distrutto[17]. Ma visto che la prevalente preoccupazione della legge consiste nel tutelare nella misura più ampia possibile l'embrione, a prescindere dal suo stadio di sviluppo e dagli interessi ad esso contrapposti, risulta scelta obbligata quella di escludere ogni attività od omissione che metta a rischio il potenziale sviluppo dell'embrione stesso. Ecco allora il divieto della soppressione e della crioconservazione degli embrioni, l'obbligo di impianto in un unico e contemporaneo trattamento di tutti (massimo 3) gli embrioni creati ed il divieto (del tutto simbolico, vista la vigenza della legge 194) di riduzione embrionaria di gravidanze plurime (art. 14). Dal punto di vista della coppia, inoltre, pare in linea con la fortissima tutela dell'embrione il divieto di revoca della volontà all'intervento dopo il momento della fecondazione dell'ovulo (art. 6.3)[18].

La rigidità dell'obiettivo della legge 40, che si riverbera sul rigore degli obblighi e dei divieti previsti, non trova pari negli ordinamenti a noi vicini. Anche laddove è prevista la creazione di un numero massimo di embrioni, al fine di evitarne il più possibile di sovrannumerari, la legge consente la crioconservazione, in termini talvolta ampi, talvolta solo derogatori[19]. Nulla, comunque, che si avvicini alla rigidità della legge italiana, che non lascia spazio alcuno di ripensamento alla coppia e la cui unica eccezione rimane in capo al responsabile della struttura, «esclusivamente per motivi di ordine medico-sanitario» (art. 6.4). Dal punto di vista dei diritti della donna, infatti, esiste solo la possibilità di ritardare l'impianto laddove il trasferimento «non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione» (art. 14.3). Se le parole hanno un significato, quindi, anche in quest'ultimo caso il trasferimento dovrà avvenire non appena possibile, mentre, ad esempio, non dovrebbe esserci nemmeno il rinvio dell'operazione quando la grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna fosse «prevedibile al momento della fecondazione».

Inutile richiamare, al riguardo, le numerosissime critiche rivolte alle disposizioni in parola. In riferimento al numero massimo di embrioni producibili, è stato ricordato, ad esempio, come le percentuali di successo di impianto si attestino, nel migliore dei casi, attorno al 25%[20]. La creazione di tre embrioni, quindi, potrebbe essere sproporzionata per

difetto, non risultando mediamente sufficiente all'obiettivo del "bimbo in culla". In questo caso, quindi, si dovranno imporre tentativi successivi, con la necessità di ulteriori cicli di stimolazione ormonale i quali pongono un sicuro rischio per la salute psico-fisico della donna. Un'alternativa potrebbe consistere nella possibilità di utilizzare ovociti crioconservati, tecnica i cui risultati paiono però far diminuire le percentuali di successo in termini di ottenimento della gravidanza di molti punti percentuali[21].

D'altro canto, l'impianto di tre embrioni pare problematico per eccesso, potendo portare, in caso di impianto di tutti gli ovuli fecondati, a gravidanze plurigemellari, anch'esse di sicuro rischio per la salute della madre. Al riguardo, sarebbe stato forse preferibile dare un'indicazione di principio, derogabile di volta in volta in caso di individuazione di soluzioni più efficaci o meno dannose per la salute della donna[22].

Ma l'apice della retorica legislativa - e si vedrà subito perché *retorica* - si raggiunge con la citata disposizione che non permette alla coppia di revocare il consenso oltre il momento della fecondazione dell'ovulo (art. 6.3).

Una prima domanda riguarda la portata concreta del divieto. Cosa sia permesso fare, cioè, di fronte ad una donna che, dopo la fecondazione, non voglia più sottoporsi all'impianto. Per dare significato al contenuto della disposizione si aprono due strade. A prendere sul serio il tenore letterale dell'articolo in esame, parrebbe avanzare la possibilità di un trattamento coercitivo (*manu militari*?). Diritto costituzionale e logica impongono però che nessuna coercizione possa essere messa in atto sulla donna non più consenziente. L'articolo 32 della Costituzione italiana, a completamento dell'art. 2, è chiaro nell'escludere ogni trattamento sanitario obbligatorio, pure disposto per legge, che violi i «limiti imposti dal rispetto della persona umana»[23]. L'operazione in sé, oltre che la conseguente imposizione di una gravidanza non voluta, sarebbe certamente lesiva di tale dimensione e non potrebbe quindi essere effettuata che con il consenso della donna. La Corte costituzionale, al riguardo, definisce dal 1990 (sentenza n. 471) la libertà di disporre del proprio corpo come una diretta conseguenza anche della inviolabilità della libertà personale ai sensi dell'articolo 13 della Costituzione[24]. La già citata Convenzione di Oviedo ratificata dalla legge 145 del 2001 permette inoltre che il consenso prestato possa essere «in ogni momento» ritirato[25].

Anche un elementare principio di logica porta ad escludere ogni tipo di intervento non consensuale sulla donna. A seguito dell'impianto, infatti, nulla potrebbe escludere, vista l'ampiezza del concetto di salute adottato dalla legge 194, il ricorso all'aborto[26].

Una seconda strada percorribile al fine di spiegare il significato della disposizione in esame porta all'individuazione di un obbligo incoercibile. Tale impostazione avvicinerebbe l'obbligo di impianto ad altri obblighi incoercibili quale quello - nelle parole del Tribunale di Catania sopra indicato - alla fedeltà coniugale. Questa via, l'unica compatibile con il quadro giuridico italiano, pare però semplicistica e riduttiva quanto problematica. Di fronte alla incoercibilità dell'obbligo di impianto, infatti, ci si chiede cosa poter concretamente fare degli embrioni, atteso che il medico che li congeli o li sopprima incorrerà in una responsabilità penale assistita da coercibilissima reclusione fino a 3 anni e multa fino a 150.000 euro (art. 14.6). Inoltre, quale altro dovere o divieto all'interno della legge potrà essere considerato tale se un obbligo indirettamente assistito da sanzione penale va considerato dotato di forza solo persuasiva?.

Pare, in conclusione sul punto, che il principio posto a fondamento di tutta la legge (la tutela pressoché assoluta dell'embrione) sia o solamente retorico o talmente rigido da non poter essere concretamente realizzato; pare inoltre che tale irrealizzabilità non abbia conseguenze solo sul carattere incoercibile di uno degli obblighi della legge, ma che possa travolgere tutta una serie di disposizioni, fra cui quelle dell'articolo 6.4 (consenso informato) e dei commi 1, 2, 3, 6 e 7 dell'articolo 14 (limite all'applicazione delle tecniche sugli embrioni). In questo modo, pare a chi scrive che venga minata alla base tutta l'impalcatura normativa della legge in materia di tutela dell'embrione.

Quanto sia vuoto o comunque inapplicabile il principio di tutela pressoché assoluta dell'embrione previsto dalla legge viene testimoniato dalle linee guida adottate con decreto del ministero della salute del 21 luglio 2004. In riferimento all'art. 13 della legge proprio sulla tutela dell'embrione, tale testo prevede che qualora da un'indagine preimpianto vengano evidenziate «gravi anomalie irreversibili dello sviluppo di un embrione» la coppia ne debba essere informata. E qualora «in tal caso il trasferimento dell'embrione, non coercibile, non risulti attuato, la coltura in vitro del medesimo deve essere mantenuta fino al suo estinguersi». Se capiamo correttamente, con queste due frasi, contenute per di più in un decreto ministeriale, viene sconfessato uno dei principi posti a fondamento della legge 40. Le linee guida, infatti, paiono prevedere una sorta di figura tipica di esclusione dell'impianto e di soppressione dell'embrione in presenza di anomalie; esclusione da cui non è fatta dipendere alcuna sanzione. Se tale "correzione" della legge pare giustificata sulla base della necessità di coordinarla con la legge 194 e di dare ad essa una qualche applicazione pratica, essa pare

d'altro canto illegittima, essendo contenuta in una fonte (decreto ministeriale) certamente inidonea a modificare una fonte primaria. A commento dell'articolo 14 della legge, inoltre, le stesse linee guida prevedono che qualora il trasferimento sia impedito per cause di forza maggiore relative alla salute della donna e «comunque, un trasferimento non risulti attuato, ciascun embrione non trasferito dovrà essere crioconservato, in attesa dell'impianto che dovrà avvenire il più presto possibile». In questo caso, il decreto apre ad una serie ancora *extra ordinem* di casi di mancato impianto, confermando la finzione secondo cui il trasferimento dovrebbe comunque avvenire il più presto possibile. E anche in questo caso, si sceglie di rendere applicabile una normativa troppo rigida al prezzo di contraddirne, con procedura illegittima, il principio fondante.

## 5. Fecondazione eterologa e derivazione biologica

Un'altra disposizione che fatica a trovare analogie nei paesi a noi più vicini riguarda il divieto di procreazione cd. eterologa. A parte Giappone, Turchia e Arabia Saudita, è la quasi totalità degli stati appartenenti alla *Western Legal Tradition* a permettere l'utilizzo di materiale genetico appartenente ad un donatore estraneo alla coppia. In Germania, così, è permessa la donazione del solo seme maschile[27]; mentre una analoga normativa austriaca è stata considerata incostituzionale nella parte in cui permetteva la donazione di sperma e vietava quella di ovociti. In Francia, Spagna, Regno Unito, Svezia, Norvegia, Danimarca, Canada, negli Stati Uniti, ecc. è così permessa la fecondazione eterologa.

Il divieto (tutto) italiano, che pare possa escludere fino al 20% delle coppie che annualmente si rivolgevano ai centri per la procreazione assistita, pare trovare una sua ragion d'essere nella derivazione preferibilmente biologica della filiazione. La cd. circolare Degan, che dal 1985 fino alla legge 40 ha parzialmente disciplinato, perlomeno nei centri pubblici, la procreazione assistita pare al riguardo molto chiara: «fondamento essenziale del rapporto di filiazione è quello della derivazione biologica; ragione per cui non può ritenersi consentito dalla legge il trasferimento del patrimonio genetico (...) di un soggetto estraneo alla coppia».

Tale posizione, però, già debole per l'incertezza che da sempre accompagna - perlomeno - la paternità (*mater semper certa...*), risulta già smentita di fatto dal riconoscimento dell'istituto dell'adozione. A parte il dubbio su «interi nobili schiatte che per secoli hanno dominato l'Europa (...) grazie a gameti "illegittimi"»[28], una considerazione del genere posta alla base del divieto di fecondazione eterologa pare non tenere in conto le riflessioni offerte dalla cd. etica della responsabilità, limitandosi ad un concetto di riproduzione basato sulla trasmissione di una sorta di patrimonio cromosomico d'origine controllata anziché su una scelta d'amore e di responsabilità personale e familiare[29].

D'altro canto, si è giustificato il divieto della fecondazione eterologa sulla base dei rischi derivanti da possibili disconoscimenti del figlio nato con materiale genetico estraneo alla coppia. Anche su questo aspetto, pare aver esercitato una certa influenza la circolare Degan secondo cui «deve ritenersi che solo le tecniche che utilizzano i gameti della coppia consentono di realizzare il desiderio genitoriale senza incertezze sulla paternità e sulla maternità». Va però ribattuto come tale pericolo potesse essere scongiurato con definizioni chiare e precise - alla pari di quanto è fatto, ad esempio, in Francia, Austria, Spagna, Svezia, Norvegia o anche in Italia (art. 9 della legge 40) nel caso di violazione del divieto dell'eterologa - e come sul punto già fosse intervenuta una cospicua giurisprudenza della Corte di Cassazione[30].

Le esigenze legate alla derivazione biologica della prole paiono quindi, perlomeno parzialmente, già superate, mentre quelle che fanno riferimento alla certezza del rapporto genitoriale sarebbero potute essere soddisfatte attraverso soluzioni meno drastiche del divieto incondizionato di fecondazione eterologa. Tenendo conto del bilanciamento con l'interesse ad avere figli, che non ci pare possa assurgere (ancora?) alla categoria di diritto soggettivo ma che nemmeno va ridotto a mero capriccio[31], si sarebbero potute scegliere soluzioni più proporzionate e bilanciate. E, se del caso, il divieto di fecondazione eterologa avrebbe dovuto basarsi su ragioni più convincenti che non quelle indicate in una circolare di vent'anni fa[32].

Un secondo profilo da indagare riguarda la possibilità che il divieto di fecondazione eterologa possa essere considerato incostituzionale. L'articolo 31 della Costituzione italiana prevede che la Repubblica «agevol[i] con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi». Se la possibilità di avere figli certamente ha a che fare con la formazione della famiglia e dei compiti relativi - ché anzi il "moltiplicarsi" è il compito principale che molti dei *conditores* della legge 40 attribuiscono alla famiglia - impedire a coppie di accedere alle tecniche

procreative solo per il fatto che il partner maschile sia sterile potrebbe realisticamente concretizzare un impedimento incostituzionale alla formazione della famiglia. Impedimento che potrebbe essere considerato incostituzionale anche in riferimento al principio di eguaglianza, in quanto porrebbe alla base dell'esclusione dalla PMA la condizione patologica di uno dei soggetti della coppia. La famiglia in cui il partner maschile sia sterile, in altri termini, potrebbe risultare discriminata nel non poter svolgere uno dei compiti che la Costituzione direttamente le attribuisce.

Al riguardo si potrebbe obiettare come anche in questo caso sia necessario svolgere un bilanciamento fra i diritti costituzionali della coppia e gli interessi alla base del divieto dell'eterologa. Ma come visto sopra, proprio le motivazioni che vorrebbero sostenere tale divieto non sono convincenti; certamente non paiono a chi scrive dotate di quel peso necessario a prevalere su diritti che potrebbero collocarsi a livello costituzionale.

## 6. PMA e regionalismo

La procreazione assistita, nei suoi profili essenziali riguarda una materia riconducibile all'ordinamento civile, attribuita dalla Costituzione alla competenza esclusiva statale (lettera l del secondo comma dell'articolo 117). Numerosi aspetti della legge 40, tuttavia, incidono sulla tutela della salute e sulla ricerca scientifica e tecnologica, materie in cui la competenza statale è solo di tipo concorrente. Su tali profili, quindi, la Costituzione attribuisce alla potestà legislativa regionale ogni aspetto non riconducibile ai principi fondamentali, questi si riservati allo stato (art. 117 terzo comma). La legge (statale) 40 pare però disciplinare compiutamente e nel dettaglio una serie di profili che incidono sulla tutela della salute e sulla ricerca, violando, in questo modo il criterio di ripartizione fra stato e regioni. È stato scritto, ad esempio, che l'articolo che disciplina le strutture autorizzate a svolgere gli interventi di procreazione assistita (art. 10 della legge) limita l'intervento regionale e delle province autonome ai soli profili organizzativi, senza riconoscere un ambito di intervento sui profili delle prestazioni sanitarie e di tutela della salute[33].

Un altro dubbio di legittimità costituzionale in riferimento all'assetto regionale della Repubblica può sollevarsi sulla disposizione che affida al ministero della salute il compito di fissare con proprio decreto linee guida vincolanti in materia di procedure e tecniche di assistenza procreativa (art. 7). A parte la stranezza di considerare vincolanti linee guida che nella letteratura internazionale sono costantemente considerate alla stregua di principi orientativi da valutare caso per caso, il sesto comma dell'articolo 117 della Costituzione limita la potestà regolamentare dello Stato alle sole materie di competenza statale esclusiva rendendo potenzialmente incostituzionale ogni parte delle stesse linee guida che incida su profili riconducibili alla tutela della salute ed alla ricerca scientifica e tecnologica[34]. E se è ben vero che il decreto in oggetto non costituisce, da un punto di vista formale, un regolamento, pare altrettanto innegabile come molte delle sue disposizioni abbiano portata sostanzialmente regolamentare[35].

In un assetto statale che gran parte della maggioranza politica che ha approvato la legge 40 vorrebbe condurre verso forme più accentuate di federalismo, pare perlomeno eccentrico che si attribuiscono al livello statale compiti che paiono violare le competenze già costituzionalmente attribuite alle regioni. Ed a sottolineare l'importanza dei rapporti fra stato centrale e stati membri della federazione in materia bioetica, va richiamata la manualistica biogiuridica di stati certamente federali, che non di rado dedica il primo capitolo proprio a *Federalism and Bioethics*[36].

## 7. Conclusioni: una valutazione d'impatto normativo

Sulla scorta delle considerazioni fin qui illustrate, pare che la legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita si distingua da una pluralità di discipline normative di altri paesi in riferimento a due profili complessivi. Da una parte, emerge un accentuato sospetto verso le tecniche di fecondazione assistita in quanto tali. La limitazione nell'accesso alle sole coppie sterili o il divieto senza eccezioni di fecondazione eterologa, indicano come una procreazione che dovrebbe essere *medicalmente assistita* possa risultare *giuridicamente ostacolata*.

Un secondo aspetto di forte originalità della legge riguarda l'intensità della tutela giuridica accordata al nascituro fin dalla inseminazione dell'ovulo. Quella di tutelarlo in maniera molto accentuata è certo un'impostazione ideologica e politica del tutto legittima; a condizione però che da ciò non risulti uno *s-bilanciamento di interessi* con la posizione degli altri soggetti coinvolti, prima fra tutti la donna[37]. Tale s-bilanciamento, confermato dalle norme richiamate fra cui quelle sul limite della revoca della volontà o sul divieto di crioconservazione o di selezione degli embrioni, pare porsi però in

contraddizione con alcuni principi anche costituzionali fatti propri dall'ordinamento italiano.

Certamente, il fatto di essere fra i pochi ad adottare una soluzione normativa originale non significa, per questo, essere in errore. Troppe volte la storia passata e presente ha dimostrato come sia piuttosto la maggioranza a sbagliare. Può quindi chiedersi, in conclusione, se la posizione che da un punto di vista di diritto comparato appare di stretta minoranza non celi un virtuoso "splendido isolamento".

Da un punto di vista morale, filosofico o ideologico, il giudizio può variare a seconda dei criteri soggettivi cui ognuno potrà dare prevalenza. In un'analisi che (pre)tende di essere di natura giuridica, un criterio sostenibile pare a chi scrive potersi invece riferire al grado di coerenza della legge 40 rispetto a se stessa (coerenza interna) ed alle altre componenti dell'ordinamento (coerenza esterna). Si vuole quindi svolgere una sorta di conclusiva *valutazione d'impatto normativo*, tesa a considerare, attraverso il riferimento al principio di non contraddizione, il rispetto, da parte della legge in esame, dell'ambiente normativo circostante e sovrastante (cioè costituzionale).

Un primo quesito riguarda la coerenza del provvedimento con se stesso, o meglio la coerenza delle soluzioni concretamente adottate con le premesse scelte. L'articolo 1 della legge, al riguardo, richiama l'obiettivo di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi», mentre le disposizioni seguenti paiono limitare accesso e potenzialità delle tecniche al punto da farci parlare di "procreazione giuridicamente ostacolata". La finalità di assicurare «i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito», inoltre, pare una dichiarazione nobile quanto ingenua, a fronte della costante necessità di bilanciare interessi contrapposti e della concreta scelta legislativa di riconoscere una forte prevalenza agli interessi del concepito su quelli della donna[38]. Da un punto di vista di tecnica legislativa, inoltre, va rilevato come il titolo del Capo terzo della legge parli di «disposizioni concernenti la tutela del nascituro», mentre gli articoli che lo compongono (8 e 9), tutelino in realtà non il nascituro, ma chi è già nato a seguito di procreazione assistita[39].

Un profilo di scarsa coerenza non più interna alla stessa legge, ma in riferimento ad altre norme con cui la stessa si trova a coesistere può essere individuato nella legge 194 sull'interruzione volontaria di gravidanza. Il tentativo di salvaguardare quasi ad ogni costo la sopravvivenza dell'embrione, attraverso ad esempio obblighi problematicamente incoercibili, si scontra con la possibilità, in presenza di determinati requisiti, di interrompere la gravidanza successiva all'impianto. Da questo punto di vista, le clausole di salvaguardia della legge 194 (si veda l'art. 14.1 della legge 40) non paiono idonee a evitare il paradosso per cui l'embrione all'esterno del corpo materno risulta oggetto di tutela assai più incisiva di quella di cui godrà una volta impiantato. Più corrispondente ad un principio elementare di logica, oltre che di eguaglianza e di coerenza fra norme, sarebbe stato disegnare le condizioni per la soppressione dell'embrione "assistito" sulla stessa linea di quelle previste per l'interruzione di gravidanza.

Un'altra possibile antinomia è quella fra l'articolo 1 della legge 40, nella parte in cui «assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito» e l'articolo 1 del codice civile secondo cui la «capacità giuridica si acquista dal momento della nascita». Al riguardo era stato osservato già ai tempi della redazione del disegno di legge come fosse «trasparente l'intenzione di dare per risolto un tema che resta consegnato, nel suo pratico significato e al di là di ogni posizione ideologica, alla prima regola iscritta nel codice civile (...), che alla nascita della persona subordina l'acquisto della capacità giuridica e quindi della soggettività»[40].

Anche in riferimento alla legge 145 del 2001, di ratifica ed esecuzione della Convenzione di Oviedo, la legge pone alcuni problemi di coordinamento. Il divieto di praticare assistenza medica alla procreazione al di fuori delle coppie sterili non pare in linea con la possibilità, prevista a livello di Convenzione, di utilizzare tecniche di selezione del sesso del nascituro al fine di «evitare una grave malattia ereditaria legata al sesso». La possibilità di revocare «in ogni momento» il consenso dato, inoltre, pare principio difficilmente compatibile con le disposizioni della legge 40. Da questo punto di vista, le disposizioni della legge sulla PMA non paiono in grado di modificare quelle della legge 145 di ratifica della Convenzione di Oviedo, visto il suo carattere di «fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, in suscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria»[41]. Per far rientrare la discordanza fra i due testi, discordanza che vede la prevalenza dei principi della Convenzione, bisognerebbe allora interpretare il limite della legge 40 come necessario «in una società democratica alla sicurezza pubblica, alla prevenzione dei reati, alla tutela della sanità pubblica o alla tutela dei diritti e delle libertà altrui» (art. 26 della Convenzione); interpretazione tutt'altro che agevole.

Un terzo livello su cui condurre un'analisi di impatto normativo, dopo il riferimento al principio di coerenza interna alla stessa legge 40 e rispetto ad altre leggi, riguarda la conformità alla Costituzione. Da questo punto di vista e nonostante quanto asserito dai giudici di Catania, i dubbi di legittimità costituzionale paiono coinvolgere, da un lato, il mancato

rispetto delle competenze regionali in materia di tutela della salute e di ricerca, oltre che la previsione di un decreto ministeriale in materia concorrente. D'altro canto, un irragionevole s-bilanciamento d'interessi fra tutela dell'embrione e rispetto della salute della donna pare compromettere molte delle disposizioni più significative ed originali della legge, come testimoniato dall'obbligo di impianto di tutti gli embrioni creati (con induzione di rischiosi parti plurigemellari) o dalla possibilità di rinviare di trasferimento degli embrioni solo in caso di «grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione». La stessa tecnica legislativa adottata, inoltre, pare non adattarsi alla costante necessità, non solo in questa materia, di permettere un bilanciamento fra i vari interessi coinvolti il quale sia dotato di una ragionevole flessibilità. La legge 40 pare piuttosto tesa ad individuare una gerarchia di posizioni (l'interesse allo sviluppo dell'embrione prevale sulla volontà della donna, l'interesse alla bigenitorialità su quello alla procreazione, ecc.)<sup>[42]</sup> la cui estrema fissità pone problemi anche sul versante del principio di ragionevolezza. Da questo punto di vista, va registrato come le dinamiche del diritto costituzionale non solo italiano siano pressoché incompatibili con gerarchie fisse e preordinate di interessi le quali, anche laddove sono previste a livello costituzionale (si veda l'art. 20, comma 4 della Costituzione spagnola) vengono poi fisiologicamente disattese nelle decisioni sui casi concreti. Anche in quest'ottica, quindi, meglio avrebbe fatto la legge italiana a permettere che una certa flessibilità sulla disciplina sulla procreazione assistita potesse intervenire almeno attraverso la possibilità di eccezioni alla regola da valutare di volta in volta.

Un quarto livello di analisi può riguardare la concreta applicabilità della legge 40. Vista la sicura incostituzionalità per violazione della riserva di legge rinforzata ex art. 32 secondo comma di un trasferimento in utero coercitivo, quale efficacia potrà ricondursi a tutte le norme in materia di tutela dell'embrione? Se, in altri termini, la donna potrà rifiutare l'impianto per qualsiasi motivo, indirettamente riconosciuto pur *extra ordinem* anche nelle linee guida, che portata pratica viene ad avere il principio base della legge? Su questa linea, pare che l'eccessiva rigidità dell'impostazione della legge sia incompatibile con l'applicazione concreta delle norme che si distinguevano nell'analisi di natura comparata. Ed a conferma di tali considerazioni, si possono richiamare le "figure tipiche" di esclusione dell'impianto previste dalle linee guida del luglio 2004 in riferimento agli articoli 13 e 14 della legge 40.

L'analisi di impatto normativo della legge 40 può proseguire anche in riferimento alla deontologia professionale medica. Abbiamo ricordato da principio come i requisiti soggettivi previsti dalla legge per l'accesso alla procreazione assistita siano simili a quanto previsto nel codice di deontologia medica. Aldilà di quelli, però, la legge pare imporre al medico una serie di comportamenti difficilmente compatibili con quanto a lui prescritto dal suo codice deontologico. Nella prospettiva di considerare la sterilità come una malattia, secondo quanto indicato dall'Organizzazione mondiale della sanità, può al riguardo considerarsi come la legge violi l'autonomia di giudizio del medico, consistente certamente nel proporre al paziente secondo scienza e coscienza la terapia considerata migliore. L'obbligo di trasferire tutti gli embrioni creati, ad esempio, può certamente violare una delle basi della deontologia medica (oltre che della bioetica) che conferma il dovere di tutelare la salute fisica e psichica dell'Uomo [e della Donna] nel rispetto della libertà e della dignità della persona (art. 3).

Su queste basi, la tensione fra diritto e deontologia ed etica professionale potrebbe culminare con la scelta da parte del medico di disapplicare la legge. Nella versione odierna del giuramento professionale, infatti, il medico promette «di prestare la [sua] opera (...) osservando le norme deontologiche che regolano l'esercizio della [sua] professione e *quelle giuridiche che non risultino in contrasto con gli scopi della [sua] professione*» (corsivo nostro). Ed anche da un punto di vista strettamente giuridico-costituzionale, l'esigenza di una tendenziale consonanza fra componente deontologica, risultanze della letteratura scientifica e diritto - quali componenti diversi ma complementari di un panorama normativo più ampio di cui il formante legislativo deve tenere conto - è stata sottolineata dalla Corte costituzionale nella sentenza 282 del 2002<sup>[43]</sup>.

Un ultimo profilo di scarsa coerenza lo si può individuare fra la legge 40 ed i caratteri del biodiritto. Anche chi scrive, ha in altra sede sostenuto come il diritto che si occupa di questioni delicate come quelle relative ai temi bioetici debba, nei limiti del possibile, mantenersi aperto, plurale e tollerante nei confronti degli altri livelli normativi e di diverse impostazioni ideologiche<sup>[44]</sup>. Proprio per l'oggetto disciplinato, il quale ha la capacità di evocare la concezione etica di fondo di ognuno<sup>[45]</sup> e di coinvolgere la coscienza individuale, il biodiritto non pare potersi basare sulla sola componente coercitiva, sul comando autoritario e sulla minaccia di sanzioni<sup>[46]</sup>. Questo, a pena di non minacciare uno scollamento fra diritto, medicina e società il quale rischierebbe di togliere efficacia alla norma stessa conducendo verso una sua prevedibile disapplicazione e sostituzione con *escamotages* di diversa natura<sup>[47]</sup>. «La regola legale può certo avere il senso di affermare un valore» ricorda autorevole dottrina «ma un buon sistema giuridico non proclama valori che non possa, nei limiti del ragionevole, realizzare. E soprattutto, non proclama valori con prescrizioni che inducono



comportamenti di fuga, di cancellazione di fatto della regola enunciata»[48].

Per quanto detto, pare invece che la legge 40 sia il risultato di una scelta fortemente ed unilateralmente orientata, che vieta tutto ciò che non risulta compatibile con un principio di base tanto rigoroso da essere non solo incoercibile, ma incoerente rispetto ad altri principi dell'ordinamento e di per sé inapplicabile.

---

\* Professore associato di diritto costituzionale comparato - Facoltà di Giurisprudenza -Università degli Studi di Trento

\*\* Relazione al Convegno "La nuova disciplina della procreazione medicalmente assistita: ombre e luci", Trento, 20 maggio 2004 (in corso di stampa)

[1] Fra gli altri, R. Bin., *Lo stato di diritto*, Bologna, 2004, 56; C. Casonato, *Bioetica e pluralismo nello stato costituzionale*, in C. Casonato, C. Piciocchi, *La bioetica fra scienza etica e diritto*, Padova, in corso di stampa.

[2] Così si esprimeva, prima dell'approvazione della legge, L. Palazzani, *La legge italiana sulla procreazione assistita: aspetti filosofico-giuridici*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1999, 758. In generale, cfr. A. Baldassarre, *Le biotecnologie e il diritto costituzionale*, in M. Volpi (a cura di), *Le biotecnologie: certezze e interrogativi*, Bologna, 2001, 39.

[3] Si veda F. Naddeo, *Accesso alle tecniche*, in P. Stanzone, G. Sciancalepore, *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano 2004, 57 e ss. e la dottrina *ivi* citata.

[4] Austria e Germania, invece, hanno preferito non imporre nessuna prova di stabilità della coppia. Cfr. S.A.R. Galluzzo, *Il «pendolo» delle scelte negli altri ordinamenti*, in *Le prospettive della famiglia - Guida al diritto de Il Sole 24 ore*, Marzo 2004, 25; V. Zambrano, *La fecondazione assistita e i mito dell'apprendista stregone: l'esperienza comparatistica*, in P. Stanzone, G. Sciancalepore, *Procreazione assistita*, cit., 312.

[5] Si veda G. Sciancalepore, *Principi generali*, cit., 32.

[6] Per quanto riguarda la Germania va rilevato come l'*EmbryonenSchutzGesetz* condizioni la fecondazione al consenso del donatore e della donna, non escludendo formalmente l'accesso a donne single. Al riguardo, V. Zambrano, *La fecondazione assistita e i mito dell'apprendista stregone: l'esperienza comparatistica*, cit., 309.

[7] Nel Regno Unito è la *Human Fertilization and Embryology Authority* a decidere caso per caso, nel quadro dei principi dettati dallo *Human Fertilization and Embryology Act* del 1990, se concedere l'accesso alla PMA. Mentre la situazione statunitense varia molto da stato a stato, la Spagna consente di utilizzare il seme del partner defunto in presenza di una specifica disposizione testamentaria ed entro sei mesi dalla morte. In Grecia, è consentito l'utilizzo del seme fino a due anni dalla morte del donatore che abbia espressamente consentito alla fecondazione *post mortem*. Fra gli altri, cfr. S.A.R. Galluzzo, *Il «pendolo» delle scelte negli altri ordinamenti*, cit., 25; I. Alkorta Idiakez, *Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva*, Cizur Menor (Navarra), 2003, 125.

[8] A. Santosuosso, *Per ricorrere al soccorso della tecnologia basta la sola certificazione di sterilità*, in *Le prospettive della famiglia - Guida al diritto de Il Sole 24 ore*, Marzo 2004, 30 propende per un'interpretazione che, contraddittoriamente con le finalità della legge, porta alla negazione dell'impianto e alla conseguente distruzione dell'embrione. Cfr. le argomentazioni in F. Naddeo, *Accesso alle tecniche*, cit., 74. La sentenza citata è del 29 dicembre 1998, in *Famiglia e diritto*, 1999, 52.

[9] In generale, cfr. I. Alkorta Idiakez, *Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva*, cit.

[10] Sulla questione, cfr. G. Castaldi, *La Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, in L. Chieffi (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, 276.

[11] Nonostante la sterilità non sia tecnicamente la stessa cosa della infertilità, ci sentiamo autorizzati a parlarne

indistintamente visto che lo stesso decreto ministeriale che ha dettato le linee guida della legge 40 utilizza i due termini come sinonimi.

[12] Si veda al riguardo l'art. 12 della legge.

[13] Fra i molti, F. Naddeo, *Accesso alle tecniche*, cit., 38.

[14] L'ordinanza è consultabile, ad esempio, nel sito del progetto BioDiritto di Trento: <http://www.jus.unitn.it/dsg/convegni/2004/procr/docs/Tribunale%20di%20Catania.pdf>. Sull'eugenetica in generale, si veda, fra gli altri, il numero monografico di *Humanitas*, 2004, IV, in cui cerchiamo di sviluppare alcune considerazioni di carattere giuridico: C. Casonato, *Diritto, diritti ed eugenetica. Prime considerazioni su un discorso giuridico altamente problematico*, *ivi*, 841.

[15] Si vedano *infra* le considerazioni in riferimento agli articoli 6.4 e 14.3 della legge.

[16] Adattandoci alla terminologia, pur opinabile, della legge, chiameremo embrione tutto ciò che segue all'inseminazione dell'ovocita. Per alcune differenziazioni, terminologiche e di sostanza, cfr. *infra*.

[17] Sul punto, per tutti, C. Flamigni, *La procreazione assistita*, Bologna, 2002, 46.

[18] Unica eccezione all'obbligo di impianto risultano non ben precisati (nemmeno nelle linee guida) «motivi di ordine medico-sanitario» (art. 6.4); mentre una impossibilità dovuta a «grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione» può solo costituire un motivo di rinvio dell'impianto, da realizzarsi comunque non appena possibile (art. 14.3).

[19] Germania, Austria ed Australia, ad esempio, limitano il numero di embrioni prodotti, ma consentono (la Germania fino al momento della fusione cellulare) la loro crioconservazione. In Canada, Francia, Norvegia, Olanda, e in molti Stati degli Stati Uniti non sono previsti limiti nel numero di embrioni producibili e congelabili.

[20] Cfr. Flamigni, *La procreazione assistita*, cit., 66.

[21] Si tratterebbe di un calo medio dal 21,5 al 35,6% nel primo anno di applicazione della legge in sei centri di fecondazione assistita. Cfr. C. Flamigni, *Fecondazione, diradare la nebbia*, in *l'Unità* del 6 marzo 2005 che si riferisce ai dati riportati dal *Sole 24 ore* del 20 febbraio 2005.

[22] Il modello prospettato si avvicina alla logica *case-by-case* adottata in Inghilterra. Fra gli altri, cfr. T.E. Frosini, *Così cala l'ombra dell'illegittimità*, in *Le prospettive della famiglia - Guida al diritto de Il Sole 24 ore*, Marzo 2004, 49. V. Zambrano, *La fecondazione assistita e i mito dell'apprendista stregone: l'esperienza comparatistica*, cit., 312.

[23] In generale, F. Naddeo, *Accesso alle tecniche*, cit., 109; A. Musio, *Misure di tutela dell'embrione*, in P. Stanzione, G. Sciancalepore, *Procreazione assistita*, cit., 217. Si dimentica del carattere rinforzato della riserva chi considera soddisfatto il requisito dell'art. 32 per la sola presenza di una legge, come M. Olivetti, *Una disciplina che va nella giusta direzione*, in *Le prospettive della famiglia - Guida al diritto de Il Sole 24 ore*, Marzo 2004, 51, secondo cui «tale disposizione prevede una mera riserva di legge, che in questo caso è rispettata proprio per il fatto che la disciplina è contenuta nella legge 40/2004». Perlomeno ingenuo, inoltre, pare il dubbio dello stesso autore sul fatto che ci si trovi in presenza di un trattamento sanitario obbligatorio, visto che il trattamento era stato in precedenza acconsentito. Non esiste alcuna base giuridica per ritenere il consenso al trattamento immodificabile, piuttosto il contrario. Cfr. l'art. 5.3 della Convenzione di Oviedo: «La persona a cui è diretto l'intervento può in ogni momento ritirare liberamente il proprio consenso».

[24] Fra gli altri, cfr. A. Santosuosso, *Per ricorrere al soccorso della tecnologia basta la sola certificazione di sterilità*, cit., 29, che richiama le derive eugenetiche (*rectius*, disgenetiche?) di un ordinamento che si informasse al principio *nemo dominus est membrorum quorum*.

[25] M. Villani, *La nuova legge sulla procreazione assistita*, in *Studium iuris*, 2004, 580.

- [26] Un giudizio meno severo in G. Sciancalepore, *Principi generali*, in P. Stanzione, G. Sciancalepore, *Procreazione assistita*, cit., 27. Rileva il problema anche chi non pare eccessivamente critico verso la legge: cfr. F. Santosuosso, *La procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2004, 95.
- [27] «La legge subordina di fatto al consenso del donatore di gamete e della donna il ricorso a pratiche di fecondazione assistita, sì che nulla esclude che (...) possano accedervi anche persone conviventi, o *single*, o coppie *gay*»: V. Zambrano, *La fecondazione assistita e i mito dell'apprendista stregone: l'esperienza comparatistica*, cit., 309.
- [28] R. Bin, *Il figlio di Lady Chatterly*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, 794.
- [29] Fra gli altri, G. Sciancalepore, *Principi generali*, cit., 5; A. Santosuosso, *Per ricorrere al soccorso della tecnologia basta la sola certificazione di sterilità*, cit., 33.
- [30] Si veda S.A.R. Galluzzo, *Il «pendolo» delle scelte negli altri ordinamenti*, cit., 26. Per quanto riguarda l'Italia, si vedano G. Sciancalepore, *Disposizioni concernenti la tutela del nascituro*, in P. Stanzione, G. Sciancalepore, *Procreazione assistita*, cit., 130; M. Finocchiaro, *Dopo il consenso impossibile disconoscere la prole*, in *Le prospettive della famiglia - Guida al diritto de Il Sole 24 ore*, Marzo 2004, 37.
- [31] Al riguardo, si vedano, fra gli altri, P. Iagulli, *"Diritti riproduttivi" e riproduzione artificiale*, Torino, 2001; F. Naddeo, *Accesso alle tecniche*, cit., 50; V. Zambiano, *La fecondazione assistita e il mito dell'apprendista stregone: l'esperienza comparatistica*, in P. Stanzione, G. Sciancalepore, *Procreazione assistita*, cit., 300; V. Zambrano, *La fecondazione assistita e i mito dell'apprendista stregone: l'esperienza comparatistica*, cit., 300.
- [32] Per una panoramica delle posizioni a favore e contro la fecondazione eterologa, si veda il parere del Comitato nazionale per la bioetica su tecniche di procreazione assistita. Sintesi e conclusioni del 17 giugno 1994, in <http://www.governo.it/bioetica/testi/170694.html>.
- [33] A. Celotto, *Legge sulla procreazione medicalmente assistita: quanti dubbi di costituzionalità?*, nel Forum di *Quaderni costituzionali*, <http://www.forumcostituzionale.it>.
- [34] A. Celotto, *Legge sulla procreazione medicalmente assistita: quanti dubbi di costituzionalità*, cit, che richiama anche la sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 2004.
- [35] P. Veronesi, *Le "linee guida" in materia di procreazione assistita. Nuovi dubbi di legittimità all'orizzonte*, in *Studium Juris*, 2004, XI.
- [36] Il riferimento è a J. Menikoff, *Law and Bioethics. An Introduction*, Washington, 2001.
- [37] In generale sull'esigenza e sulle tecniche del bilanciamento in materia di fecondazione assistita, V. Baldini, *La disciplina della fecondazione assistita: un problema di diritto costituzionale?*, in L. Chieffi, *Bioetica e diritti dell'uomo*, cit., 143; Idem, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione per valori: alla ricerca di un bilanciamento tra istanze di libertà e istanze di giustizia*, in V. Baldini (a cura di), *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, Torino, 2004, 134; P. Veronesi, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, 524.
- [38] Di «pericolo della finalità meramente declamatoria dell'art. 1» parla G. Sciancalepore, *Principi generali*, cit., 29.
- [39] Cfr. M. Finocchiaro, *Dopo il consenso impossibile disconoscere la prole*, cit., 36.
- [40] P. Rescigno, *Una legge annunciata sulla procreazione assistita*, in *Corriere giuridico*, 2002, VIII, 981. Si vedano anche G. Sciancalepore, *Principi generali*, cit., 31; A. Musio, *Misure di tutela dell'embrione*, cit., 207.
- [41] Così si esprime la sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 1993.
- [42] Tale aspetto è rilevato anche da chi si esprime verso la legge in termini complessivamente favorevoli. Fra gli altri,

cfr. M. Olivetti, *Una disciplina che va nella giusta direzione*, cit., 50.

[43] Il riferimento al fenomeno nel suo complesso va senz'altro a G. Zagrebelsky, *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Torino 1996. Al riguardo, ci si consenta anche il riferimento a C. Casonato, *Bioetica e diritto nello stato costituzionale*, in C. Casonato, C. Piciocchi, *La bioetica fra scienza, etica e diritto*, Padova, 2005, in corso di stampa.

[44] «E' necessario evitare» si è scritto al riguardo «l'applicazione di una regola rigida e non condivisa a tutto vantaggio di soluzioni ponderate che siano espressione di un approccio dialogato fra le varie componenti etiche e sociali»: V. Zambrano, *La fecondazione assistita e i mito dell'apprendista stregone: l'esperienza comparatistica*, cit., 315. Di una «normativa 'leggera', frutto di una mediazione 'alta' tra le varie posizioni in campo» parla P. Veronesi, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, cit., 524. Da ultimo, C. Casonato, *Diritto, diritti ed eugenetica. Prime considerazioni su un discorso giuridico altamente problematico*, cit., 856.

[45] «In realtà esistono tanti abbozzi di *bio-diritto* quante sono le idee di vita che - in modo più o meno consapevole e coerente - sorreggono le *rationes* delle norme che, nei diversi settori, esprimono *bio-diritto*»: A. Costanzo, *Livelli del biodiritto nella società attuale*, Acireale, 2002, 54.

[46] Si veda l'*Introduzione* di S. Rodotà a *Questioni di bioetica*, Roma-Bari, 1993, XI in cui si ricorda come «la mancanza di valori condivisi non possa essere sostituita da "un'etica dei più", imposta attraverso lo strumento legislativo, dunque a mezzo della più classica tra le procedure maggioritarie».

[47] I fraintendimenti del diritto lo renderebbero controproducente e sgradevole per l'uomo di oggi. Sgradevole «perché gli piove dall'alto e da lontano, assomigliando al tegolo che cade da un tetto sulla testa di un passante; gli sa di potere, di comando, di comando autoritario, evocando immediatamente l'immagine sgradevolissima del giudice e del funzionario di polizia, con l'ulteriore possibilità di sanzioni e di coercizioni». Controproducente per il «rischio probabile di una separazione fra diritto e società, con un cittadino più povero perché gli sfugge di mano uno strumento prezioso del vivere civile, con il diritto sostanzialmente esiliato dalla coscienza comune, con il giurista - cioè con colui che sa di diritto - relegato in un cantuccio e assai poco partecipe della complessiva circolazione culturale». Citiamo da P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, 6.

[48] «La possibilità di ottenere l'adempimento spontaneo; la possibilità di coercire l'adempimento; l'utilità e la compatibilità in relazione al sistema: insomma gli effetti di una regola sulla condotta sociale e sull'insieme dell'ordinamento, queste sono le preoccupazioni del giurista»: P. Zatti, *Verso un diritto per la bioetica*, in C.M. MAzzoni, *Una norma giuridica per la bioetica*, cit., 71.