

Il diritto di obiezione di coscienza nella procreazione medicalmente assistita: quale configurazione a seguito delle decisioni della Corte costituzionale?*

di Benedetta Liberali**
(5 novembre 2015)

Sommario: 1. Premessa - 2. Il riconoscimento del diritto di obiezione di coscienza nella procreazione medicalmente assistita. - 3. Le problematiche applicative derivanti dall'art. 16 della legge n. 40. - 3.1. Il limitato ricorso all'obiezione di coscienza e il suo possibile fondamento nell'impianto originario della legge n. 40. - 3.2. I nuovi profili di autonomia e di responsabilità per il medico in materia di procreazione assistita e la nuova dimensione del diritto di obiezione di coscienza. - 4. Conclusioni.

1. Premessa.

La legge n. 40 del 2004 riconosce il diritto di sollevare obiezione di coscienza¹ per il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie (art. 16), in ragione delle peculiarità che caratterizzano la materia della procreazione medicalmente assistita.

In questa prospettiva, il legislatore del 2004 ha adottato una formulazione per molti aspetti del tutto identica rispetto a quella utilizzata per la legge n. 194 del 1978, che all'art. 9 riconosce analogo diritto nella sia pur diversa materia della interruzione volontaria di gravidanza².

Il fatto che da sempre e sempre più spesso ci si sia soffermati e ci si soffermi sulle problematiche che derivano dalla concreta applicazione della legge n. 194, proprio in ragione delle modalità di esercizio del diritto di obiezione di coscienza in senso quantitativo (ovvero considerando l'elevato e crescente numero di medici obiettori di coscienza) e in senso qualitativo (ovvero considerando i tentativi di estensione dell'ambito applicativo dell'art. 9) e delle modalità organizzative degli ospedali e delle Regioni (che potrebbero anche ricorrere alla mobilità del personale, secondo quanto prevede l'art. 9)³,

* Scritto sottoposto a *referee*.

1 In generale, sul fondamento costituzionale del diritto di sollevare obiezione di coscienza si veda A. Pugiotto, "Obiezione di coscienza nel Diritto costituzionale", in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, X, 1992, 240 ss., e B. Randazzo, "Obiezione di coscienza (diritto costituzionale)", in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, 3869 ss.

2 Il rapporto tra queste due discipline è pressoché inevitabile, anche se si può considerare che sia un "accostamento spesso improprio, tra fenomeni nella sostanza antitetici", sebbene entrambe presentino "implicazioni etiche" e coinvolgano "un quid la cui natura è controversa, ma del quale è difficile negare che sia 'meritevole di tutela'" (così E. Dolcini, "Presentazione", in M. D'Amico – I. Pellizzone (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2010, 9).

3 Rispetto alle problematiche relative alla materia dell'interruzione volontaria di gravidanza, si vedano innanzitutto le osservazioni di G. Brunelli, "L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)", in G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Jovene, 2009, 815 ss. Sia inoltre consentito il rinvio a B. Liberali, "La delimitazione dell'obiezione di coscienza alla luce di alcune recenti vicende giudiziarie e amministrative", in *Quaderni costituzionali*, II, 2015, 416 ss., e L. Lanzoni – B. Liberali, "The protection of the right to health and the procedures for voluntary termination of

induce a interrogarsi sulla portata dell'analogia prevista contenuta nella legge n. 40 e a chiedersi se, rispetto a questa pur diversa materia, si possano riproporre, per il futuro, analoghe problematiche applicative, rispetto all'elevato e crescente numero di medici obiettori di coscienza e/o alla disorganizzazione degli ospedali e delle Regioni.

In particolare, ci si intende interrogare sulle possibili evoluzioni che il riconoscimento del diritto di sollevare obiezione di coscienza può avere subito nella materia della procreazione assistita, in ragione dei successivi e incisivi interventi di trasformazione dell'impostazione originaria della normativa, ad opera non solo dei giudici comuni, ma soprattutto della Corte costituzionale e anche della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

2. Il riconoscimento del diritto di obiezione di coscienza nella procreazione medicalmente assistita.

La legge n. 40 del 2004 ha introdotto all'art. 16 la possibilità per il personale sanitario ed esercente le attività sanitarie ausiliarie di sollevare obiezione di coscienza, in relazione all'applicazione delle tecniche di procreazione assistita.

In particolare, è possibile sottrarsi alla prestazione richiesta laddove questa consista nel "compimento delle procedure e delle attività specificatamente e necessariamente dirette a determinare l'intervento di procreazione medicalmente assistita".

Restano, invece, escluse dall'ambito applicativo della disposizione e dunque dalla possibilità di essere rifiutate, esercitando il diritto di obiezione di coscienza, le attività di assistenza precedente e successiva all'intervento.

Prima di valutare la portata della disposizione, occorre preliminarmente chiarire che la previsione di cui all'art. 6, comma quarto, della legge n. 40, che sembrerebbe ugualmente rilevare ai fini della determinazione dell'ampiezza della libertà di coscienza riconosciuta al medico, non riguarda invece in modo specifico la sfera dell'obiezione di coscienza che induce a rifiutare una determinata prestazione.

L'art. 6, comma quarto, infatti, stabilisce che il medico responsabile della struttura "Fatti salvi i requisiti previsti dalla presente legge [...] può decidere di non procedere alla procreazione medicalmente assistita, esclusivamente per motivi di ordine medico-sanitario. In tale caso deve fornire alla coppia motivazione scritta di tale decisione."

In questo caso, quindi, l'eventuale rifiuto di applicare le tecniche assistite attiene

pregnancy between European Court of Human Rights and European Committee of Social Rights", in M. D'Amico – G. Guiglia (a cura di), *European Social Charter and the challenges of the XXI century. La Charte Sociale Européenne et les défis du XXIe siècle*, Napoli, 2014, 231 ss.

Rispetto alle problematiche relative alla concreta applicazione della legge n. 194 del 1978 si vedano le due procedure instaurate davanti al Comitato Europeo dei Diritti Sociali del Consiglio d'Europa contro l'Italia con i Reclami collettivi nn. 87 del 2012 e 91 del 2013, presentati rispettivamente dall'organizzazione internazionale non governativa *International Planned Parenthood Federation European Network* e dalla Confederazione Generale Italiana del Lavoro (in www.coe.int/socialcharter). In relazione al primo Reclamo collettivo, il Comitato Europeo dei Diritti Sociali del Consiglio d'Europa ha accertato la violazione degli artt. 11 (*Diritto alla salute*) ed E (*Non discriminazione*) della Carta Sociale Europea da parte dell'Italia, laddove non si garantisce l'effettivo accesso delle donne alle condizioni previste dalla legge n. 194 del 1978 al trattamento interruttivo della gravidanza. Rispetto al secondo Reclamo collettivo, nel momento in cui si scrive il Comitato Europeo deve ancora adottare la propria decisione di merito, a seguito dello svolgimento della pubblica udienza del 7 settembre 2015 nella sede della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

specificamente alle modalità con cui il medico è chiamato a fornire le proprie prestazioni e ai correlati profili di autonomia e responsabilità che devono caratterizzarne l'operato, anche tenendo conto dell'evoluzione delle tecniche e delle conoscenze scientifiche.

La formulazione dell'art. 16 risulta quasi integralmente identica a quella dell'art. 9 della legge n. 194 del 1978 in materia di interruzione volontaria di gravidanza.

Anche in questo caso, infatti, si prevede che l'obiezione possa coprire solo le attività strettamente e necessariamente connesse alla prestazione richiesta e non l'attività di assistenza precedente e successiva⁴.

Inoltre, al pari di quanto avviene in materia di interruzione di gravidanza, al personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie non si richiede né di motivare la propria scelta sulla base di convinzioni personali né di offrire una prestazione alternativa rispetto a quella rifiutata sulla base del diritto all'obiezione di coscienza.

A differenza della legge n. 194 del 1978, invece, la legge n. 40 non impone agli ospedali e alle Regioni di organizzarsi in modo tale da garantire in ogni caso la prestazione richiesta.

La mancata previsione di un obbligo di organizzazione per gli ospedali e per le Regioni potrebbe forse spiegarsi sia considerando che la materia della procreazione assistita non destava le medesime preoccupazioni intorno alla sua concreta applicazione come quelle relative alla legge n. 194 del 1978⁵, sia rilevando che a differenza di quest'ultima la legge n. 40 del 2004 non è una legge a contenuto costituzionalmente vincolato, la cui violazione del nucleo normativo essenziale si traduce nella violazione dei principi costituzionali di cui quel medesimo nucleo normativo essenziale è diretta espressione⁶.

4 In relazione alla individuazione delle attività che rientrano nell'ambito applicativo dell'art. 16, si vedano C. Casini – M. Casini – M. L. Di Pietro (a cura di), *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". Commentario*, Giappichelli, Torino, 2004, 265 ss., che, dopo aver delineato le possibili linee interpretative, ritengono che "Un'interpretazione restrittiva è, però, in contrasto con la *ratio* dell'art. 16 [...]: è, infatti, evidente che conta la destinazione concreta dell'atto, non la sua natura avulsa dal contesto" e che, con riguardo alle attività di assistenza, "tutto ciò che a prima vista sembrerebbe estraneo alla determinazione della PMA, perché la procedura è già avviata, può essere coperto dall'obiezione se è previsto preventivamente nel disegno organizzativo al fine di realizzarlo secondo l'ordinario protocollo medico." Inoltre, "l'organizzazione di un intervento di PMA esige anche la predisposizione anticipata di attività successive alla sua attuazione in senso stretto. L'intervento non verrebbe effettuato se non ci fosse anche questo aspetto programmatico. In tal senso anche le attività 'conseguenti' possono fornire un contributo causale. Sono escluse perciò dall'obiezione solo se sono estranee al protocollo e possono qualificarsi di 'assistenza'."

5 Si rinvia ai lavori preparatori della legge n. 194 del 1978, in G. Galli – V. Italia – F. Realmonte – M. Spina – C. E. Traverso, *L'interruzione volontaria della gravidanza (Commento alla legge 22 maggio 1978, n. 194. Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza)*, Giuffrè, Milano, 1978.

Si vedano, inoltre, le considerazioni svolte da F. Santosuoso, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004, 159, secondo cui "Dovrebbe essere una facoltà raramente esercitabile, sia perché si tratta di personale di strutture autorizzate a provvedere proprio agli interventi di procreazione medicalmente assistita, sia perché queste pratiche tendono ad aiutare il sorgere della vita, non agli aborti o ad altri interventi che possano far sorgere problemi di coscienza."

6 Sulla qualificazione della legge n. 40 del 2004 quale legge costituzionalmente necessaria in quanto prima normativa organica in materia e sulle problematiche relative ai quesiti referendari aventi ad oggetto la medesima legge si veda M. Ainis (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, Giuffrè, Milano, 2005. Si veda inoltre quanto richiamato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 162 del 2014: "11. [...] deve essere ribadito che la legge n. 40 del 2004

Come si è anticipato e come si vedrà oltre, in ragione del profondo mutamento nell'impianto della legge n. 40 intervenuto ad opera della Corte costituzionale, si potrebbero determinare analoghe problematiche nella concreta applicazione della disciplina rispetto a quelle che, come è noto, si determinano nell'attuazione della legge n. 194 del 1978.

Se, quindi, si verificassero effettivamente problematiche applicative analoghe a quelle proprie della legge n. 194, si potrebbe forse rivalutare l'opportunità (e forse anche la necessità, nel caso in cui si valorizzassero le conclusioni raggiunte dalla Corte costituzionale in ordine alle esigenze della procreazione, al diritto di formare una famiglia anche con figli e al diritto alla salute sia fisica sia psichica della coppia⁷) di introdurre una previsione tesa a garantirne l'applicazione "in ogni caso", attraverso l'organizzazione specifica degli ospedali e delle Regioni.

Inoltre, a differenza di quanto previsto dall'art. 9 della legge n. 194, l'art. 16 non impone al personale sanitario anche obiettore di coscienza di intervenire quando sia in pericolo la vita della donna.

A questo proposito, peraltro, sembra difficile immaginare che la stessa applicazione delle tecniche assistite possa risultare necessaria per salvare la vita della donna e che, quindi, il personale intervento anche del medico o dell'operatore sanitario obiettore di coscienza si riveli indispensabile a tale scopo, come invece può avvenire per l'applicazione del trattamento interruzione della gravidanza.

Nel diverso caso in cui dovessero insorgere complicità tali da porre in pericolo la vita della donna derivanti dall'avvenuta applicazione delle tecniche l'intervento del medico obiettore di coscienza sembra invece pacificamente potersi ricondurre entro la sfera delle attività di assistenza precedenti e successive, che non possono in ogni caso essere rifiutate (si pensi per esempio alla situazione di pericolo, in cui possa incorrere la donna, a seguito dell'intervento di cd. *pick up* ovocitario).

Da ultimo, l'art. 16 non contiene quanto previsto al sesto comma dell'art. 9 della legge n. 194, che stabilisce che "L'obiezione di coscienza si intende revocata, con effetto, immediato, se chi l'ha sollevata prende parte a procedure o a interventi per l'interruzione

costituisce la «prima legislazione organica relativa ad un delicato settore [...] che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa» e, quindi, sotto questo profilo, è «costituzionalmente necessaria» (sentenza n. 45 del 2005). Nondimeno, in parte qua, essa non ha contenuto costituzionalmente vincolato; infatti, nel dichiarare ammissibile la richiesta di referendum popolare per l'abrogazione, tra gli altri, dell'art. 4, comma 3, è stato sottolineato che l'eventuale accoglimento della proposta referendaria non avrebbe fatto «venir meno un livello minimo di tutela costituzionalmente necessario, così da sottrarsi alla possibilità di abrogazione referendaria» (sentenza n. 49 del 2005).”

7 Si rinvia, in particolare, alle sentenze nn. 151 del 2009 e 162 del 2014, rispettivamente rese in riferimento al limite massimo di tre embrioni producibili per ciclo di stimolazione ovarica, all'obbligo di unico e contemporaneo impianto e al divieto di differire il trasferimento se non per una grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione; al divieto assoluto di fecondazione eterologa.

Analoghe considerazioni sembrano potersi svolgere a fronte della sentenza n. 96 del 2015, con cui la Corte costituzionale ha riconosciuto la possibilità anche per le coppie né sterili né infertili, ma portatrici di gravi malattie geneticamente trasmissibili, di accedere alle tecniche assistite laddove questa condizione sia sovrapponibile a quella prevista all'art. 6, primo comma, lett. b), della legge n. 194 del 1978, per come accertata da apposite strutture sanitarie pubbliche.

della gravidanza previsti dalla presente legge, al di fuori dei casi di cui al comma precedente.”

La mancanza di tale previsione, nel quadro dei più generali principi fissati nei precedenti commi secondo cui il medico se intende obiettare deve farlo con preventiva dichiarazione, da comunicare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della legge n. 40, ma può sempre revocarla o proporla per la prima volta in un momento successivo (con decorrenza dei suoi effetti dopo un mese), sembra introdurre quella che si potrebbe definire una obiezione “caso per caso”⁸.

Non prevedendosi, infatti, l'ipotesi di decadenza dall'obiezione che imponga al medico obiettore che abbia effettuato un trattamento (o parte di esso) di procreazione assistita di non esercitare più l'obiezione medesima (come avviene in materia di interruzione volontaria di gravidanza), si prospetta una situazione in cui il medico obiettore può, se vuole, effettuare trattamenti di fecondazione assistita (o parti di essi) e successivamente tornare ad esercitare l'obiezione di coscienza.

Un'altra rilevante differenza fra le due discipline attiene ai momenti in cui si effettuano la stessa dichiarazione di obiezione di coscienza e la sua revoca.

La legge n. 40, infatti, richiede che la dichiarazione debba essere comunicata entro tre mesi a partire dall'entrata in vigore della disciplina, mentre la legge n. 194 prevede che la stessa dichiarazione venga comunicata entro un mese alternativamente dall'entrata in vigore della legge o dal conseguimento della abilitazione, dall'assunzione o dalla stipulazione della convenzione. In questo modo, la legge n. 194 prevede due ipotesi di obiezione cd. tempestiva (che diviene cioè operante nel momento della stessa dichiarazione), mentre la legge n. 40 non consente all'operatore che inizi la propria attività in un momento successivo all'entrata in vigore della disciplina di poter dichiarare obiezione di coscienza tempestiva, ma con effetti differiti di un mese⁹.

Entrambe le discipline, invece, prevedono che la dichiarazione di obiezione di coscienza possa sempre essere revocata o venire proposta anche successivamente, ma con effetti differiti di un mese rispetto alla dichiarazione stessa.

Ancora più significativo, peraltro, risulta l'inserimento dell'aggettivo “sanitarie” per qualificare le attività ausiliare che individuano il personale legittimato a sollevare obiezione di coscienza.

Tale rilievo assume maggiore importanza se si considerano le notevoli difficoltà interpretative che si riscontrano a proposito della diversa formulazione dell'art. 9 della legge n. 194 (che fa riferimento alle “attività ausiliarie”).

⁸ Utilizzano questa espressione C. Casini – M. Casini – M. L. Di Pietro (a cura di), *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”*. Commentario, Giappichelli, Torino, 2004, 262.

⁹ La previsione di due ipotesi di cd. obiezione tempestiva impone dunque di rispettare i due termini previsti dalla legge n. 194 del 1978 a pena di dover svolgere per un mese l'attività che si intende rifiutare. “Questa disciplina è criticabile in quanto obbliga ad agire contro coscienza, ma ha una sua logica perché ad ogni operatore viene data la possibilità di evitare il rinvio della operatività dell'obiezione di coscienza rispettando il termine, che, perciò, è previsto anche per chi inizia l'attività professionale dopo l'entrata in vigore della legge. Invece nella disciplina della PMA anche per colui che inizia l'attività oltre il termine di tre mesi dall'entrata in vigore della legge e che quindi non aveva alcuna possibilità materiale di presentare obiezione [...] è previsto che gli effetti dell'obiezione siano ritardati di un mese” (così C. Casini – M. Casini – M. L. Di Pietro (a cura di), *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”*. Commentario, Giappichelli, Torino, 2004, 264).

Pur non condividendosi i presupposti interpretativi che avevano condotto a ritenere all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 40 che l'assenza di tale aggettivo "nella normativa sull'aborto aveva suggerito agli interpreti di estendere nel massimo grado possibile i soggetti facoltizzati a proporre obiezione. Infatti se il personale preso in considerazione è oltre a quello sanitario anche quello «esercitante le attività ausiliarie» si può ragionevolmente ritenere che anche il portantino possa obiettare", non si può non rilevare come la precisazione contenuta nell'art. 16 consenta di ritenere che "la norma si riferisce oltre che al medico specialista e non, dipendente da strutture pubbliche o autorizzate, o libero professionista, soltanto agli «esercitanti le professioni sanitarie ausiliarie» [ex art. 99, comma 1, T. U. leggi sanitarie (levatrici, ostetriche, infermieri diplomati)]. Anche il personale igienico-organizzativo (primario del servizio ostetrico-ginecologico, direttore, vicedirettore sanitario dell'ente in cui si utilizzano le tecniche di PMA) può sollevare obiezione di coscienza"¹⁰.

Peraltro, come si è già sottolineato, l'art. 16 della legge n. 40 non impone che in ogni caso le strutture ospedaliere e le Regioni siano tenute a garantire l'accesso alla prestazione, al contrario di quanto prevede l'art. 9 della legge n. 194.

Ci si intende, quindi, soffermare sulla eventualità che problematiche simili a quelle che caratterizzano la legge n. 194 si verifichino anche in relazione al campo di applicazione delle tecniche assistite, in ragione della omogenea formulazione della disciplina che regola l'esercizio del diritto di obiezione di coscienza, pur considerandone le indubbe differenze e tenendo però conto dei significativi interventi della Corte costituzionale che hanno ridisegnato l'impianto stesso della legge n. 40.

3. Le problematiche applicative derivanti dall'art. 16 della legge n. 40.

3.1. Il limitato ricorso all'obiezione di coscienza e il suo possibile fondamento nell'impianto originario della legge n. 40.

L'interrogativo intorno alle eventuali problematiche applicative della legge n. 40 si pone con riferimento al possibile determinarsi di un elevato e crescente numero di medici obiettori di coscienza, con relativa disorganizzazione degli ospedali e delle Regioni, a fronte delle decisioni della Corte costituzionale, che hanno caducato e modificato diverse disposizioni della legge n. 40 del 2004, ridisegnandone parzialmente, ma in modo significativo, l'impianto.

L'intervento della Corte costituzionale, infatti, da un lato valorizzando specificamente i diritti riconducibili in capo alla coppia e dall'altro lato ampliando la tipologia di tecniche applicabili nonché la stessa categoria di soggetti destinatari è suscettibile di incidere sulla decisione dei medici di sollevare obiezione di coscienza.

Originariamente, infatti, l'impianto della legge n. 40, teso ad assicurare prevalentemente la posizione dell'embrione, imponeva il limite di tre embrioni producibili per ogni ciclo di

¹⁰ C. Casini – M. Casini – M. L. Di Pietro (a cura di), *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*. Commentario, Giappichelli, Torino, 2004, 265.

stimolazione ovarica e l'obbligo di destinarli a un unico e contemporaneo impianto. Inoltre, la legge n. 40 consentiva il differimento del trasferimento in utero (con contestuale crioconservazione degli embrioni) solo in ragione di una grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna che non fosse prevedibile nel momento della fecondazione. Si prevedeva anche un divieto generale e assoluto di ricorso alla tecnica di fecondazione eterologa (ovvero il ricorso a gameti femminili e/o maschili esterni alla coppia per formare l'embrione)¹¹.

Con la sentenza n. 151 del 2009, la Corte costituzionale ha da un lato caducato il limite di tre embrioni e l'obbligo di contestuale e unico impianto degli stessi e dall'altro lato ha ampliato la previsione relativa al differimento dell'impianto, includendovi anche i pregiudizi che fossero prevedibili al momento della fecondazione¹².

Con la successiva sentenza n. 162 del 2014, il Giudice delle Leggi ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, ammettendo fra le tecniche riproduttive assistite anche quella che richiede il ricorso a gameti esterni ai membri della coppia e ampliando, di conseguenza, la categoria di coppie che possono accedere alle tecniche assistite (ovvero la categoria di coppie che presentano un grado assoluto di infertilità o sterilità)¹³.

Con la sentenza n. 96 del 2015, da ultimo, la Corte costituzionale ha ulteriormente ampliato l'ambito applicativo della legge n. 40, consentendo l'accesso alle tecniche anche alle coppie né sterili né infertili, ma portatrici di gravi malattie genetiche, rispondenti ai

11 V. Turchi, "Nuove forme di obiezione di coscienza", in *www.statoe.chiese.it*, ottobre 2010, 17 ss., distingue "tre livelli etici di coinvolgimento della coscienza personale", nell'applicazione del trattamento di procreazione assistita: "Ad un primo e più alto livello si pone la tutela della vita umana stessa, ed esso viene in considerazione allorché la legislazione ammetta la creazione di quelli che vengono detti, con brutto neologismo, embrioni 'sopranumerari', la loro crioconservazione ed eventuale successiva eliminazione, o, comunque, in tutti i casi in cui i protocolli delle metodiche di fecondazione artificiale prevedano l'eliminazione degli embrioni non trasferiti nelle vie genitali femminili o l'utilizzo di essi per finalità sperimentali e/o terapeutiche (ad esempio, la produzione di cellule staminali)"; "Problemi di coscienza possono derivare, ad un secondo livello, dalla pratica della fecondazione eterologa, non perché confliggente con il principio di rispetto della vita umana [...], ma in quanto contrastante con la proprietà dell'unità del matrimonio, con la natura monogamica della famiglia, secondo la tradizione giudaico-cristiana [...]; e, ancora, perché potenzialmente in grado di incidere sugli interessi relazionali del nascituro"; "Infine, il terzo ed ultimo livello riguarda la fecondazione omologa." In particolare, si giunge a configurare una specifica accezione del diritto di obiezione in relazione alla fecondazione omologa, poiché "è d'altra parte noto come essa sia considerata incrinare - segnatamente se praticata *in vitro* e non *in vivo* -, quel principio etico concernente il significato inscindibilmente unitivo e procreativo della sessualità umana, che è insegnato dal magistero della Chiesa cattolica. Donde il profilarsi, anche in questo caso, di una possibile fattispecie di obiezione di coscienza, per quanto si tratti di un principio morale certamente meno cogente di quello dell'inviolabilità della vita umana, e pure di quello dell'unità matrimoniale."

12 Corte cost., sent. 8.5.2009, n. 151, in *Giur. cost.*, 2009, III, 1656 ss., a commento della quale si veda innanzitutto M. D'Amico, "La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche", in M. D'Amico - I. Pellizzone (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, FrancoAngeli, 2010, Milano, 214 ss., e G. Ferrando, "Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale", in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2009, 521 ss.

In merito alle questioni di legittimità costituzionale sollevate si vedano R. Bin - G. Brunelli - A. Guazzarotti - A. Pugiotto - P. Veronesi (a cura di), *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Giappichelli, Torino, 2008.

13 Corte cost., sent. 10.6.2014, n. 162, in *Giur. cost.*, 2014, III, 2563 ss., con nota di C. Tripodina, "Il 'diritto al figlio' tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere", *ivi*, 2593 ss.

criteri di gravità di cui all'art. 6, comma primo, lett. b), della legge n. 194 del 1978, che devono essere accertate da apposite strutture sanitarie pubbliche¹⁴.

Il diritto all'obiezione di coscienza di cui all'art. 16 poteva originariamente non ritenersi esercitato in misura tale da compromettere la stessa applicazione della legge n. 40, in ragione della identità fra impianto originario della legge n. 40 e posizione del potenziale medico obiettore di coscienza rispetto all'intenzione di garantire la preminente tutela dell'embrione¹⁵.

A fronte di questa comunanza di obiettivi fra disciplina e orientamento interiore del medico obiettore di coscienza, si potrebbe individuare in ogni caso una *ratio* rispetto all'introduzione di tale previsione considerando come, forse, il riconoscimento del diritto di obiezione di coscienza, nell'impianto originario della legge, intendesse tutelare la posizione del medico obiettore di coscienza rispetto a una certa tipologia di procreazione e di nascita.

In tale contesto, dunque, si verrebbero a contrapporre da un lato la "procreazione naturale", che risulta pienamente legittima e degna in quanto tale, e dall'altro lato la "procreazione artificiale", che al contrario risulta moralmente discutibile e, sempre in questa prospettiva, non sembra configurabile quale vera e propria cura medica e terapeutica¹⁶.

14 Corte cost., sent. 5.6.2015, n. 96, sulla quale si vedano A. Vallini, "Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto", in www.penalecontemporaneo.it, E. Malfatti, "La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non 'scontata' né (del tutto) condivisibile", in www.giurcost.org, e G. Repetto, "La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute", in www.diritticomparati.it. Sia inoltre consentito il rinvio a B. Liberali, "Interpretazione costituzionalmente conforme, questioni di legittimità costituzionale, disapplicazione della legge n. 40 del 2004 e diretta esecuzione della decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Costa e Pavan c. Italia) in materia di diagnosi genetica preimpianto", in G. Baldini (a cura di), *Persona e Famiglia nell'era del biodiritto*, Firenze University Press, in corso di pubblicazione.

15 Come si è peraltro già rilevato proprio questa considerazione può indurre a ritenere ragionevole la mancata (originaria) previsione di un obbligo di organizzazione interna degli ospedali.

16 Su tale profilo si vedano anche le osservazioni M. Saporiti, *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, Giuffrè, Milano, 2014, 159 s., che rileva che "L'art. 16 della legge 40 è inserito in una legge dalla struttura e dalle finalità ben differenti rispetto all'art. 9 della legge 194. [...] ciò che dovrebbe spingere il legislatore a riconoscere *ex lege* un'ipotesi di obiezione è la tutela di una coscienza che si ispira ad un bilanciamento di valori differente rispetto a quello espresso dalla legge, ma comunque compatibile con i valori propri dell'intero ordinamento. Nel caso dell'interruzione volontaria della gravidanza, la difformità tra il bilanciamento espresso nella legge e quello fatto proprio dall'obiettore è piuttosto evidente: mentre la 194 opta per la prevalenza del diritto alla salute psico-fisica e all'autodeterminazione della donna rispetto al diritto alla vita del concepito, le convinzioni della coscienza impongono all'obiettore una valutazione uguale e contraria dei diritti in gioco. Ma nel caso ben differente della procreazione medicalmente assistita, in che modo i valori dell'obiettore rappresentano un'alternativa rispetto a quelli che hanno ispirato la legge 40, nella sua originaria formulazione? In particolare: la lunga sequela di divieti sanzionati previsti; la rigida limitazione sia della tipologia di procreazione medicalmente assistita consentita (ovvero solo quella omologa), sia dei requisiti soggettivi per accedervi; il numero di embrioni originariamente creabili (tre) soggetti tutti all'obbligo di contemporaneo impianto portano ad individuare un nucleo ispiratore unitario della disciplina prevista. [...] Occorre premettere che tanto è ideologico l'impianto della legge, quanto la previsione dell'obiezione in essa contenuta, che ne rappresenta nient'altro che una specificazione. L'obiettore, a differenza di quanto si può dedurre a proposito della legge 194, non si propone la difesa incondizionata di un bene giuridico di sicuro fondamento

Considerando, inoltre, quanto la Corte costituzionale ha rilevato nella sentenza n. 151 del 2009, ritenendo che già l'impianto originario della legge n. 40 consentiva un "affievolimento della tutela dell'embrione" che "non è comunque assoluta", si potrebbe individuare un ulteriore ambito applicativo dell'art. 16, in relazione alle previsioni della legge n. 40 che, prima dell'intervento caducatorio della Corte costituzionale, consentivano una simile attenuazione di tutela nei confronti dell'embrione¹⁷ e che, quindi, avrebbero potuto consentire al medico di sollevare obiezione di coscienza.

Da ultimo, si può osservare come, trattandosi di centri medici o di dipartimenti altamente specializzati e richiedendosi al personale una preparazione tecnica di pari livello, sia presumibile che coloro che hanno deciso di lavorare presso le medesime

costituzionale, come il diritto alla vita [...]. Occorre quindi individuare un *quid pluris* che caratterizzi la scelta obiettorica rispetto all'impianto della legge."

Anche D. Paris, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Passigli Editori, Firenze, 2011, 150, rileva come "A differenza di quanto avviene nella legge n. 194, pertanto, non si riscontra in questo caso alcuno scostamento fra la coscienza della legge e quella dell'obietto, che anzi sembrano perfettamente coincidere nel considerare la vita dell'embrione umano un valore irrinunciabile e non bilanciabile con altri. In questa prospettiva difficilmente si giustifica la previsione dell'obiezione di coscienza: se questa non trova ragione di esistere a protezione della coscienza di chi ritiene in ogni caso inaccettabile la soppressione di un embrione umano, la *ratio* della sua introduzione deve essere necessariamente cercata altrove, e, in particolare, nella tutela della coscienza ispirata a certe convinzioni morali attinenti la «dignità della procreazione», soprattutto sotto il profilo del rapporto fra procreazione e comportamento sessuale, fondamentalmente riconducibili al magistero della Chiesa cattolica in materia di unione coniugale e filiazione."

Lo stesso A., in modo efficace, sottolinea come "Avendo riguardo al momento genetico della legge in esame, non sembra quindi che il valore cui risulta ispirata la coscienza dell'obietto sia dotato di rilevanza costituzionale, ciò che fa apparire eccessivamente scrupoloso verso la coscienza di taluni medici il legislatore che ha inteso riconoscere questa forma di obiezione di coscienza, quando non si ritenga che tale disposizione sia dovuta a ragioni di carattere strettamente politico" (ivi, 152) e, ancora, come "oltre al problema qui segnalato dell'assenza di fondamento costituzionale del valore che determina l'obiezione di coscienza, in questo caso si presentano anche fondati dubbi in merito al profilo precedentemente affrontato della profondità del conflitto di coscienza: non è chiaro infatti in cosa esattamente consista il conflitto interiore, dal momento che sembra più che tollerabile l'imposizione di un dovere di collaborazione a una tecnica medica che, ancorché in ipotesi condannata dalla religione dell'obietto, persegue una finalità perfettamente lecita, la procreazione, con modalità quanto mai rispettose dei diritti dell'embrione umano."

Anche C. Casini – M. Casini – M. L. Di Pietro (a cura di), *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*. Commentario, Giappichelli, Torino, 2004, 260, che pure notano come paia esservi "la percezione da parte del legislatore di una identità del bene coinvolto sia nel caso della interruzione volontaria della gravidanza, sia nel caso della PMA. Ciò stupisce perché la prima sopprime la vita, mentre la seconda ha lo scopo di generare e far nascere un figlio", osservano che "Accanto al valore della vita è percepibile quello della 'dignità della procreazione', strettamente legato alla dignità umana e al mistero creaturale dell'inizio della vita."

Si veda, inoltre, F. Grandi, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 138, che rileva che alcuni commentatori hanno individuato nell'art. 16 il "riconoscimento da parte del legislatore del valore della 'dignità della procreazione', all'interno di un contesto di *favor* per la vita che giustifica una 'riserva nei confronti della procreazione medicalmente assistita da parte di taluni consociati'"; altri ritengono che la facoltà ivi prevista "dovrebbe essere 'raramente esercitabile'"; altri ancora hanno lamentato "un eccesso di tutela della libertà di coscienza del medico che sembra trarre ispirazione da un '(non ben comprensibile) rigorismo etico e religioso'".

17 Viene in particolare rilievo il passaggio della motivazione della sentenza n. 151 del 2009 in cui la Corte costituzionale afferma che "la legge in esame rivela [...] un limite alla tutela apprestata all'embrione, poiché anche nel caso di limitazione a soli tre del numero di embrioni prodotti, si ammette comunque che alcuni di essi possano non dar luogo a gravidanza, postulando la individuazione del numero massimo di embrioni impiantabili appunto un tale rischio".

strutture abbiano già risolto l'eventuale contrasto di coscienza rispetto alle tecniche di procreazione assistita e alla modalità di nascita.

In effetti, a questo riguardo, non sembra che siano mai emerse rilevanti problematiche connesse alla concreta prassi applicativa, se solo si pensa che nella annuale Relazione al Parlamento del Ministero della Salute sullo stato di applicazione della legge n. 40 del 2004 non si è dedicata alcuna parte all'esercizio dell'obiezione di coscienza e alle sue (eventuali) conseguenze.

3.2. I nuovi profili di autonomia e di responsabilità per il medico in materia di procreazione assistita e la nuova dimensione del diritto di obiezione di coscienza.

A seguito delle decisioni della Corte costituzionale in materia di procreazione assistita che hanno ampliato, in definitiva, le tipologie e le modalità di tecniche applicabili, oltre che le categorie di coppie che possono accedervi (pur restando ferme le previsioni di cui all'art. 5, ovvero la necessità che si tratti di coppie i cui componenti siano sposati o conviventi, maggiorenni, di sesso diverso e viventi, in età potenzialmente fertile), il diritto di obiezione di coscienza potrebbe assumere una diversa connotazione e, conseguentemente, essere esercitato da un numero maggiore di medici.

Questi ultimi, infatti, non devono più attenersi a un rigido protocollo medico e sanitario cristallizzato dalla legge in relazione alla scelta del numero di embrioni producibili per ogni ciclo di stimolazione ovarica. È necessario, infatti, procedere alla definizione autonoma del numero strettamente necessario di embrioni da creare per il singolo caso concreto.

A questo riguardo, peraltro, si deve osservare che la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 151 del 2009, aveva già rilevato che “la legge [...] rivela [...] un limite alla tutela apprestata all'embrione, poiché anche nel caso di limitazione a soli tre del numero di embrioni prodotti, si ammette comunque che alcuni di essi possano non dar luogo a gravidanza, postulando la individuazione del numero massimo di embrioni impiantabili appunto un tale rischio, e consentendo un affievolimento della tutela dell'embrione al fine di assicurare concrete aspettative di gravidanza, in conformità alla finalità proclamata dalla legge. E dunque, la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione”.

Inoltre, i medici sono chiamati a decidere il numero di embrioni da impiantare, anche a fronte dell'esecuzione dell'esame diagnostico preimpianto¹⁸, con conseguente ricorso alla crioconservazione di quelli prodotti in sovrannumero (che ben potranno essere utilizzati per ulteriori e successivi tentativi di impianto).

Al medico, poi, è assegnato il compito di valutare in concreto il pregiudizio per la salute della donna, anche prevedibile al momento della fecondazione, che può legittimare il differimento del trasferimento in utero degli embrioni (nonché la loro crioconservazione).

¹⁸ Intorno alla legittimità della diagnosi genetica preimpianto si rinvia alle più ampie considerazioni svolte in B. Liberali, “La diagnosi genetica preimpianto fra interpretazioni costituzionalmente conformi, disapplicazione della legge n. 40 del 2004, diretta esecuzione delle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e questioni di legittimità costituzionale”, in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2014, II.

Rispetto al ruolo centrale nella determinazione della concreta pratica medica che viene riassegnato al medico, si possono configurare motivazioni di diversa natura che inducono il medico a sollevare obiezione di coscienza in ragione del rifiuto di procedere alla crioconservazione degli embrioni non destinati all'immediato impianto (anche in ragione delle condizioni di salute della donna e dell'embrione).

Con la caducazione del divieto di fecondazione eterologa, determinata dalla sentenza n. 162 del 2014, inoltre, è possibile applicare la tecnica assistita utilizzando uno o entrambi i gameti necessari, esterni alla coppia richiedente, con ciò ampliandosi sia lo strumentario tecnico utilizzabile (ovvero l'applicazione della fecondazione eterologa) sia la categoria di coppie che possono accedere alle tecniche (ovvero quelle cui venga diagnosticata una patologia connessa alla sterilità e alla infertilità in grado assoluto).

In questo caso, le implicazioni interiori del medico emergono con particolare rilievo pur a fronte della assoluta identità di procedura. La tecnica, strettamente intesa, infatti, non viene a modificarsi in ragione della "provenienza" del gamete utilizzato per creare l'embrione, ma le eventuali problematiche di coscienza del medico attengono proprio a quest'ultimo profilo e alle conseguenze che si determinano rispetto al modello di genitorialità e di famiglia (del tutto o in parte) non genetico.

Da ultimo, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 96 del 2015, dichiarando l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi primo e secondo, e 4, comma primo, della legge n. 40, nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche anche per le coppie fertili e portatrici di malattie genetiche trasmissibili, nel caso in cui ricorrano le condizioni di cui all'art. 6, primo comma, lett. b), della legge n. 194 del 1978 (ovvero quando dopo i primi tre mesi di gestazione "siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna"), a seguito di accertamento medico effettuato da apposite strutture pubbliche, amplia ulteriormente la categoria delle persone che possono ricorrere alle tecniche assistite, pur imponendo la sussistenza di specifiche condizioni.

Rispetto alla posizione dei medici chiamati ad accertare tali condizioni, si possono svolgere alcune considerazioni.

La Corte costituzionale ha introdotto uno stretto collegamento fra le condizioni di accesso di queste coppie alle tecniche assistite e la disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza.

Proprio questa relazione potrebbe indurre il medico a rifiutare le prestazioni richieste (ovvero quelle di effettuare la diagnosi genetica preimpianto e conseguentemente di non impiantare gli embrioni malati), poiché si ripropongono le medesime problematiche di coscienza relative all'interruzione di gravidanza in un momento precedente alla stessa instaurazione della gravidanza.

A tale proposito, occorre necessariamente fare riferimento alla formulazione dell'art. 16 della legge n. 40, nella parte in cui ammette che possano essere rifiutate le procedure e le attività "specificamente e necessariamente dirette e determinare l'intervento di procreazione medicalmente assistita" e non le attività di assistenza precedenti e successive, e chiedersi se l'esame diagnostico preimpianto e il mancato impianto in utero degli embrioni malati rientrino nella prima categoria e possano essere rifiutati esercitando

il diritto di obiezione di coscienza.

Rispetto all'effettuazione dell'esame diagnostico, quest'ultimo non sembra specificamente e necessariamente diretto a provocare l'intervento di procreazione assistita. L'esame diagnostico si inserisce certamente nell'ambito della procedura, quando questa è già stata avviata (conducendo alla creazione dell'embrione o degli embrioni sui quali effettuare la diagnosi), ma non è ancora terminata (poiché l'embrione o gli embrioni sottoposti a diagnosi preimpianto non sono ancora stati impiantati in utero). L'esame diagnostico, inoltre, non rappresenta propriamente una fase del complessivo trattamento, né può considerarsi necessario per la sua applicazione¹⁹.

In relazione alla seconda prestazione attinente al mancato impianto degli embrioni malati sorgono invece maggiori questioni problematiche. Si tratta, infatti, di un "non fare": al medico è richiesto di non impiantare in utero gli embrioni affetti dalla malattia trasmessa dalla coppia che ne è portatrice, per scongiurare il rischio di un successivo accesso all'interruzione di gravidanza. Le motivazioni che spingono il medico a sollevare obiezione di coscienza, al contrario, gli imporrebbero di intervenire e di procedere con l'impianto degli embrioni, se pure malati.

In questo caso occorre chiedersi se si possa esercitare il diritto di obiezione di coscienza rispetto a una azione omissiva (ovvero il mancato impianto), procedendo all'impianto in utero degli embrioni.

19 Per le problematiche interpretative connesse alla medesima formulazione dell'art. 9 della legge n. 194 del 1978 e quindi per la concreta definizione dei limiti di esercizio del diritto di obiezione di coscienza si vedano le decisioni di Pret. Ancona, 9.10.1979, in *Giur. it.*, 1980, 184 ss. (con nota di V. Zagrebelsky), secondo cui non possono essere rifiutate le attività che lasciano ancora spazio per "una desistenza dalla volontà di effettuare l'intervento abortivo", come l'elettrocardiogramma, al contrario di "quelle legate in maniera indissolubile, in senso spaziale, cronologico e tecnico, all'intervento abortivo"; Pret. Penne, 6.12.1983, in *Giur. it.*, 1984, 314 ss. (con osservazioni di A. Nappi, "I limiti oggettivi dell'obiezione di coscienza all'aborto", *ivi*, 313 ss.), secondo cui la predisposizione di un campo sterile per il successivo intervento interruttivo della gravidanza è una attività di assistenza precedente che non può essere rifiutata; Corte cass., sez. VI pen., sent. 2 aprile 2013, n. 14979, in *Diritto & Giustizia*, 3 aprile 2013, che ha confermato che l'assistenza medica successiva all'interruzione della gravidanza non rientra nell'ambito applicativo dell'art. 9, a prescindere dalla situazione di pericolo per la vita della donna

Rispetto alle attività svolte all'interno dei consultori, si vedano le decisioni di TAR Puglia, sez. II, sent. 14.9.2010, n. 3477, in *Giur. cost.*, 2011, 1995 ss. (con nota di M. P. Iadicicco, "Obiezione di coscienza all'aborto ed attività consultoriali: per il T.A.R. Puglia la presenza di medici obiettori nei consultori familiari è irrilevante, ma non del tutto", *ivi*, 2000 ss.), che, nel dichiarare discriminatoria la clausola di riserva di un bando teso a selezionare solo medici non obiettori per lo svolgimento di attività consultoriali, ha chiarito che la presenza o l'assenza di medici obiettori di coscienza nei consultori è del tutto irrilevante"; Cons. Stato, III sez., ord. cautelare 5.2.2015, che ha parzialmente sospeso l'efficacia del Decreto della Regione Lazio, relativo alle Linee di indirizzo per le attività dei consultori familiari (U00152, 12.5.2014), sulla quale sia consentito ancora il rinvio a B. Liberali, "La delimitazione dell'obiezione di coscienza alla luce di alcune recenti vicende giudiziarie e amministrative", in *Quaderni costituzionali*, II, 2015, 416 ss.

Rispetto al mancato riconoscimento del medesimo diritto per il giudice tutelare nell'ambito della procedura di interruzione di gravidanza della donna minorenni, si veda Corte cost., sent. 25.5.1987, n. 196, in *Giur. cost.*, 1987, 1460 ss.

Con riguardo alla cd. obiezione dei farmacisti si vedano le posizioni volte all'estensione anche a questa categoria di soggetti del diritto di sollevare obiezione di coscienza espresse da L. Mottironi, "L'obiezione farmaceutica", in B. Perrone (a cura di), *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, Giuffrè, Milano, 1992, 379 ss., e da V. Manfrini, "L'obiezione farmaceutica", *ivi*, 375 ss. In particolare quest'ultimo arriva a sostenere che "si dovrebbe proporre o in una legge generale riguardante tutti i casi di OdC o, forse meglio, in una legge ad hoc sull'Obiezione di coscienza sanitaria", la possibilità giuridica di opporre OdC all'obbligo di intervenire nell'interruzione della gravidanza a tutti i livelli di responsabilità o di mansioni."

Evidentemente questa possibilità non può ritenersi configurabile sia tenendo conto della formulazione dell'art. 16, sia ancor più significativamente tenendo conto della relativa compromissione del diritto all'autodeterminazione e del diritto alla salute della donna.

Peraltro, in relazione a questi due profili, l'art. 16 dispone che l'obiezione di coscienza "esonera [...] dal compimento" di una serie di procedure e di attività ("specificatamente e necessariamente dirette a determinare l'intervento di procreazione medicalmente assistita"), mentre non consente di effettuarle senza il consenso della donna (altrimenti determinandosi una violazione del diritto all'autodeterminazione) e quando "motivi di ordine medico-sanitario" impongano al medico di "non procedere alla procreazione medicalmente assistita" (art. 6, comma quarto) (altrimenti determinandosi una violazione del diritto alla salute della donna).

Con particolare riguardo al diritto alla salute della donna, che potrebbe essere compromesso dall'effettivo impianto in utero degli embrioni malati, occorre tenere conto che la Corte costituzionale si è soffermata in modo specifico e oltremodo significativo sulla relazione che intercorre fra diagnosi genetica preimpianto e interruzione volontaria della gravidanza.

Il Giudice delle Leggi, infatti, ha espressamente qualificato la possibilità di effettuare la diagnosi genetica preimpianto anche per le coppie né sterili né infertili, ma malate, una effettiva modalità per evitare proprio l'interruzione volontaria di gravidanza.

In particolare, infatti, il Giudice delle Leggi ha stabilito che "l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici" viene comunque garantito "attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali", come previsto dalla legge n. 194 del 1978.

In questa prospettiva, dunque, e qui risiede il profilo particolarmente innovativo e significativo della pronuncia, si è qualificata per la prima volta l'interruzione di gravidanza quale trattamento di per sé lesivo del diritto alla salute della donna, contrariamente a quanto la Corte costituzionale aveva fatto con la nota sentenza n. 27 del 1975²⁰, le cui considerazioni sono state puntualmente fatte proprie dal legislatore del 1978.

Il mancato impianto in utero degli embrioni malati – quale metodo per evitare il successivo ricorso all'interruzione di gravidanza, lesiva del diritto alla salute della donna – non può pertanto rientrare nell'ambito di applicazione del diritto di obiezione di coscienza.

4. Conclusioni.

A fronte del preliminare quadro normativo relativo alla regolamentazione dell'esercizio del diritto di obiezione di coscienza nella procreazione assistita e al suo possibile fondamento nell'originario impianto della legge n. 40 e tenendo conto delle successive modifiche che lo hanno sostanzialmente ridisegnato, si può concludere che si sia determinata "una sorta di razionalità sopravvenuta della norma in esame, un vizio genetico di ragionevolezza per così dire sanato"²¹.

20 Corte Cost., sent. 18.2.1975, n 27, in *Giur. cost.*, 1975, 117 ss.

21 D. Paris, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*,

Benché non siano disponibili dati relativi al numero effettivo di medici che hanno sollevato obiezione di coscienza, né pare che fino a oggi si siano poste concrete problematiche applicative, occorre considerare, infatti, l'eventualità che gli operatori medici e sanitari che si occupano di procreazione medicalmente assistita decidano di sollevare obiezione di coscienza proprio a fronte del mutamento del quadro normativo di riferimento.

In questa prospettiva, infatti, si deve ricordare che già all'indomani della sentenza n. 151 del 2009 si erano registrate dichiarazioni e prese di posizione secondo cui la Corte costituzionale non avrebbe sostanzialmente modificato l'impianto della legge, adombrandosi dunque l'idea che non dovessero essere modificati i protocolli medici già applicati (e fondati sull'espresso divieto di creare più di tre embrioni con l'obbligo di impiantarli contemporaneamente).

E, così, anche a seguito della sentenza n. 162 del 2014 si sono determinate e si determinano notevoli difficoltà rispetto alla effettiva garanzia del diritto di accesso alle tecniche eterologhe, in ragione dell'asserita necessità di una nuova disciplina in materia²² e anche del difficoltoso reperimento dei gameti maschili e femminili.

Alla luce, da ultimo, della sentenza n. 96 del 2015 si potrebbero immaginare analoghe e ulteriori problematiche determinate dalle nuove tipologie di prestazioni che possono essere richieste ai medici (ovvero la valutazione concreta dei requisiti di accesso alle tecniche per le coppie né sterili né infertili, ma portatrici di gravi malattie genetiche, nonché la successiva applicazione delle tecniche con diagnosi genetica preimpianto e eventuale non impianto degli embrioni malati) e dall'atteso intervento legislativo auspicato dalla Corte costituzionale rispetto sia all'elenco delle malattie che legittimano l'accesso alla procreazione assistita sia alla regolamentazione delle strutture pubbliche sanitarie cui demandare il compito di accertare la sussistenza dei medesimi requisiti di accesso.

A questo ultimo proposito, però, occorre chiarire come non sembra che si possa negare una immediata esecuzione alla decisione della Corte costituzionale, in ragione dello specifico riferimento all'art. 6, primo comma, lett. b), della legge n. 194. In attesa dell'intervento del legislatore, infatti, i medici saranno in ogni caso chiamati a garantire l'accesso alle tecniche operando quel complesso di valutazioni richieste in generale per

Passigli Editori, Firenze, 2011, 152 s., che faceva riferimento all'allora unica e sola decisione della Corte costituzionale intervenuta in materia (sentenza n. 151 del 2009).

Anche F. Grandi, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 140, rileva come "Le cose sono in parte cambiate con la citata sent. n. 151 del 2009 che ha, per così dire, 'sanato' le aporie della legge n. 40 del 2004."

Si è già detto, a questo riguardo, che in quella occasione, in modo significativo, la Corte costituzionale avesse comunque rilevato come la stessa legge n. 40 rivelasse un limite alla tutela predisposta per l'embrione (e che dunque in questa prospettiva il riconoscimento del diritto di obiezione di coscienza poteva trovare un proprio fondamento con riguardo all'intenzione del medico di tutelare quest'ultimo).

²² Peraltro la Corte costituzionale nella stessa sentenza n. 162 del 2014 aveva espressamente escluso che fosse necessario un successivo intervento del legislatore, indicando precisamente i riferimenti normativi già presenti nell'ordinamento.

Rispetto al problematico seguito della sentenza n. 162 si vedano i riferimenti contenuti in B. Liberali, "Quarto atto. Dopo la sentenza della Corte costituzionale. Scheda esplicativa", in M. D'Amico - M. P. Costantini (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto della "fecondazione eterologa". Analisi critica e materiali*, Milano, 2014, 185 s.

l'applicazione delle tecniche assistite e in particolare per l'accesso al trattamento interruttivo²³.

L'art. 16, dunque, sembra vedersi assegnato un nuovo e più ampio campo di applicazione – con un conseguente e potenziale numero maggiore di medici obiettori di coscienza ed eventuali problemi organizzativi – che potrebbe indurre a ragionare intorno alla opportunità di introdurre alcuni correttivi alla medesima disposizione.

Sotto un primo profilo, infatti, si potrebbe immaginare di introdurre una analoga previsione rispetto all'art. 9 della legge n. 194, laddove impone che in ogni caso le strutture ospedaliere e le Regioni si organizzino in modo tale da garantire l'accesso al trattamento richiesto²⁴. La necessità di organizzazione, in particolare, potrebbe imporsi proprio in ragione dei diritti sottesi all'applicazione delle tecniche, per come essi chiaramente individuati dalla Corte costituzionale²⁵.

Sotto un secondo profilo, tenendo conto delle rilevanti problematiche applicative derivanti dalla analoga formulazione dell'art. 9 della legge n. 194 del 1978, si potrebbero chiarire quali siano, effettivamente, le “procedure” e le “attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'intervento di procreazione medicalmente assistita”, oltre che l'assistenza antecedente e conseguente all'intervento medesimo, per delimitare in modo preciso quali prestazioni possono essere legittimamente rifiutate.

** Assegnista di ricerca, Università di Milano.

23 In questa medesima direzione si esprime S. Penasa, “L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti ‘rafforzati’”, in *www.forumcostituzionale.it*, 8 luglio 2015, che in modo efficace osserva che “l'eventuale inerzia del legislatore non potrà provocare un vuoto di tutela rispetto alla posizione giuridica delle coppie che si rivolgeranno ai centri di PMA. Avendo dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto assoluto di accesso e riconosciuto l'ammissibilità, seppur condizionata [...], della diagnosi genetica preimpianto, il monito al legislatore, anche se inascoltato, è destinato a convertirsi in una delega di bilanciamento in concreto, rivolta in primis ai medici e alle strutture sanitarie competenti e, eventualmente, ai giudici ordinari, secondo uno schema peraltro analogo a quello predisposto dall'art. 6 della legge 194/1978”.

24 Di contrario avviso, se pure in epoca precedente alle decisioni della Corte costituzionale, sono C. Casini – M. Casini – M. L. Di Pietro (a cura di), *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”*. Commentario, Giappichelli, Torino, 2004, 262, secondo cui “Il ricorso alla PMA non costituisce un fenomeno così ampio come quello dell'aborto: non c'è dunque bisogno che ogni presidio sanitario debba offrire come pubblico servizio le nuove tecniche, tanto più che esse esigono una attrezzatura professionale e materiale di non facile reperimento.”

25 Rispetto ai diritti sottesi al riconoscimento del diritto di accesso alle tecniche di riproduzione assistita, sia consentito il rinvio a B. Liberali, “Il diritto alla procreazione: quale fondamento costituzionale?”, in M. D'Amico - M. P. Costantini (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto della “fecondazione eterologa”*. Analisi critica e materiali, Milano, 2014, 65 ss.