

Il divieto di donazione dei gameti

Fra Corte Costituzionale
e Corte Europea
dei Diritti dell'Uomo

a cura di

Marilisa D'Amico
Benedetta Liberali



COLLANA
DI DIRITTO
E SOCIETÀ

FrancoAngeli

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: www.francoangeli.it e iscriversi nella home page al servizio “Informatemi” per ricevere via e.mail le segnalazioni delle novità o scrivere, inviando il loro indirizzo, a “FrancoAngeli, viale Monza 106, 20127 Milano”.

Il divieto di donazione dei gameti

Fra Corte Costituzionale
e Corte Europea
dei Diritti dell'Uomo

a cura di

Marilisa D'Amico
Benedetta Liberali

FrancoAngeli

Copyright © 2014 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito www.francoangeli.it.

Indice

Introduzione

1. **Fecondazione eterologa: la parola alla Corte Costituzionale**, di *Emilio Dolcini* pag. 11
2. **Sull'incostituzionalità del divieto di "fecondazione eterologa" fra principi costituzionali ed europei**, di *Marilisa D'Amico* » 18

Parte I

Il divieto di donazione dei gameti davanti alla Corte Costituzionale

3. **La legge 40/2004 e i diritti lesi**, di *Filomena Gallo* » 55
4. **Fecondazione eterologa, le ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale**, di *Massimo Clara* » 61
5. **La non manifesta infondatezza del divieto di fecondazione eterologa: anche il Tribunale di Milano solleva la questione**, di *Costanza Nardocci* » 64

Parte II

Il divieto di donazione dei gameti fra Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

6. **Diritti della persona e procreazione artificiale. Relazione tra “sistema CEDU”, ordinamento comunitario e ordinamento interno. Riflessioni su valore e portata delle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo prima e dopo la ratifica del Trattato di Lisbona, di Gianni Baldini** pag. 85
7. **Fra Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e Corte Costituzionale: quale spazio per un’interpretazione conforme?, di Benedetta Liberali** » 114
8. **Divieto di fecondazione eterologa e articolo costituzionale: spunti di riflessione a partire dalla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo S. H. e altri c. Austria, di Irene Pellizzone** » 131

Parte III

Il divieto di donazione dei gameti davanti alla Corte Europea dei diritti dell’Uomo

9. **Diritto alla decisione nella vita familiare nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e i risvolti in Italia, di Maria Paola Costantini** » 143
10. **Donazione di gameti e Convenzione europea dei diritti umani, di Cesare Pitea** » 163
11. **La fecondazione medicalmente assistita tra diritto ad avere una famiglia e discrezionalità dello Stato. Brevi considerazioni sulla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo del 1° aprile 2010, di Annamaria Gallicchio** » 175

Materiali I

Il divieto di donazione dei gameti davanti alla Corte Costituzionale

1. La “manifesta infondatezza” della questione di legittimità costituzionale: Tribunale di Milano, 23 novembre 2009 pag. 181
2. La “non manifesta infondatezza” della questione di legittimità costituzionale: Tribunale di Firenze, 13 settembre 2010 (ord. 19 del 2011) » 185
3. (*Segue*) Tribunale di Catania, 26 ottobre 2010 (ord. 34 del 2011) » 197
4. (*Segue*) Tribunale di Milano, 2 febbraio 2011 (ord. 163 del 2011) » 214
5. L’atto di costituzione dei ricorrenti (ord. 34 del 2011) » 229

Materiali II

Il divieto di donazione dei gameti davanti alla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo

6. La violazione degli artt. 8 e 14 CEDU da parte della normativa austriaca: Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 1° marzo 2010 » 255
 7. L’istanza di intervento delle Associazioni italiane » 279
 8. Memoria scritta delle Associazioni italiane ammesse a intervenire » 285
- Gli autori » 297
- Ringraziamenti » 299

Introduzione

1. Fecondazione eterologa: la parola alla Corte Costituzionale

di *Emilio Dolcini*

1. Questo Convegno testimonia, ancora una volta, di un serio, costante impegno civile – soprattutto, ma non esclusivamente, impegno di promozione civile della donna –, che è la nota caratterizzante del gruppo di lavoro riunito oggi in questa sala. Non nascondo, d'altra parte, il mio personale disagio nell'affrontare profili “alti” dei diritti civili della donna, in un momento in cui l'immagine della donna e il suo ruolo nella società italiana appaiono orribilmente deformati, come in un incubo osceno.

Non è facile fare astrazione da quanto accade intorno a noi, tuttavia dobbiamo provarci: parliamo, dunque, di fecondazione assistita.

2. In un saggio in corso di pubblicazione, a proposito della fecondazione medicalmente assistita ho fatto uso della metafora della “lunga marcia”¹: una metafora politicamente scorretta, quasi provocatoria nell'Italia di oggi, per esprimere il rilievo che la procreazione medicalmente assistita, stretta a lungo nella morsa della legge 19 febbraio 2004, n. 40, dopo alcuni momenti in cui era parsa prossima al collasso, sta a poco a poco riconquistando terreno, aprendo nuove prospettive alle coppie sterili.

La fase, per così dire, “regressiva” – caratterizzata, cioè, da un arretramento della fecondazione assistita – era stata segnata, tra l'altro, dal referendum del 2005² e dalla pronuncia con la quale la Corte Costituzio-

¹ Cfr. Dolcini E., “La lunga marcia della fecondazione assistita. La legge 40/2004 tra Corte Costituzionale, Corte EDU e giudice ordinario”, in corso di pubblicazione in Aa. Vv., *Studi in onore di M. Romano*, Napoli, Iovene, 2011, vol. III, 1475 ss.

² A proposito del referendum, può vedersi il fascicolo monografico di *Bioetica*, 2005, n.

nale³, nel 2006, trincerandosi dietro “l’alibi del processo”⁴, aveva dichiarato manifestamente inammissibile una questione di legittimità costituzionale relativa al divieto di diagnosi genetica preimpianto, che si voleva presente nella legge 40/2004⁵.

Per contro, questi, a mio avviso, sono stati i momenti fondamentali nella fase di progressiva riaffermazione dei diritti delle coppie sterili:

a) la sentenza con la quale, nel gennaio 2008, il Tar Lazio⁶, facendo seguito a pronunce dei Tribunali civili di Cagliari e di Firenze⁷, ha dichiarato l’illegittimità del divieto di diagnosi genetica preimpianto dettato dalle linee-guida del 2004;

b) le nuove “linee-guida in materia di procreazione medicalmente assistita” dell’aprile 2008⁸, nelle quali è scomparsa la previsione che imponeva indagini sulla salute dell’embrione prodotto *in vitro* di tipo soltanto osservazionale;

c) la sentenza 151/2009⁹, con la quale la Corte Costituzionale ha consentito di inseminare più di tre oociti (art. 14, comma 2, legge 40/2004), ri-

3, con contributi, fra gli altri, di Forabosco A., Lecaldano E., Mori M. e Viano C. A., cui *adde* Dolcini E., “La legge sulla procreazione assistita: quali prospettive dopo il referendum del 2005?”, *Dir. pen. proc.*, 2006, 103 ss.

³ Corte Cost., ord. 25 ottobre 2006, n. 369, *Giur. cost.*, 2006, 3831 ss., con note di: Casini C. e Casini M., “Un significativo consolidamento della legge 40/2004”, 3837 ss.; Cellotto A., “La Corte Costituzionale ‘decide di non decidere’ sulla procreazione medicalmente assistita”, 3846 ss.; Tripodina C., “Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell’interpretazione del diritto alla vita (riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte Costituzionale 369/2006)”, 3849 ss.; D’Amico M., “Il giudice costituzionale e l’alibi del processo”, 3859 ss.

⁴ Così D’Amico M., “Il giudice costituzionale...”, cit.

⁵ Diffusamente sulla problematica relativa alla diagnosi preimpianto vedi Cassani C., “La diagnosi genetica preimpianto e la sua rilevanza penale”, *Indice pen.*, 2009, 87 ss.

⁶ Tar Lazio, sez. III *quater*, 21 gennaio 2008, n. 398, *Altalex*, 21 aprile 2008, www.altalex.com. In proposito, cfr. Dolcini E., *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2008, 38 s.

⁷ Cfr. Dolcini E., *Fecondazione assistita e diritto penale*, cit., 36 ss.

⁸ Cfr. Dolcini E., *Fecondazione assistita e diritto penale*, cit., 153 ss., in particolare 170.

⁹ Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 151, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 928 ss. con nota di Dolcini E., “Embrioni nel numero ‘strettamente necessario’: il bisturi della Corte Costituzionale sulla legge 40/2004”, 950 ss. In proposito, cfr., fra gli altri, D’Amico M., Pellizzone I. (a cura di), *I diritti delle coppie infertili*, Milano, FrancoAngeli, 2010; Di Giovine O., *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, Giappichelli, 2009, 39 ss.; Manetti M., “Procreazione medicalmente assistita: una *political question* disinnescata”, *Giur. cost.*, 2009, 1688 ss.; Tripodina C., “La Corte Costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la ‘Costituzione che non vale più la pena difendere’”, *ivi*, 1696 ss.

tenendo l'originario divieto incompatibile con il principio di eguaglianza-ragionevolezza *ex art. 3 Cost.* e con il diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*;

d) due pronunce, una del Tribunale di Bologna – del giugno 2009 –, l'altra del Tribunale di Salerno – del gennaio 2010 –, che, muovendo dalla sentenza della Corte Costituzionale ora richiamata, hanno ammesso due coppie infertili alla diagnosi genetica preimpianto¹⁰.

3. È risaputo – con buona pace di qualche isolato “negazionista”¹¹ – che la legge 40 ha prodotto una serie di effetti dannosi¹²: diminuzione delle gravidanze ottenute con fecondazione assistita, aumento degli aborti spontanei, impennata delle gravidanze plurigemellari. Tutto ciò si è tradotto in una vera e propria fuga verso l'estero da parte di quelle, tra le coppie italiane, che si potevano permettere tale soluzione, sopportandone i costi economici e psicologici¹³. Da ultimo, questo fenomeno – noto come “turismo riproduttivo” – sembra, d'altra parte, in fase di ridimensionamento¹⁴, per ragioni che, tutte, si collegano alle svolte giurisprudenziali or ora segnalate: si va meno all'estero perché in Italia è ora possibile inseminare più di tre oociti, congelando quelli in eccesso rispetto al primo trasferimento, ed è possibile, in alcuni centri, per le coppie a rischio, ottenere un'indagine genetica preimpianto.

Il fenomeno del turismo riproduttivo non è comunque esaurito. Oggi, la ragione fondamentale per cui coppie italiane si rivolgono a centri esteri è l'esigenza di una donazione di gameti, vietata nel nostro Paese dagli artt. 4 comma 3 e 12 comma 1 legge 40/2004. Per altro verso, c'è chi – Adriano Pessina, presidente del Centro di Bioetica dell'Università Cattolica di Milano –, commentando criticamente lo sgretolarsi del divieto di diagnosi preimpianto nella giurisprudenza di merito, ha lamentato che della legge 40 rimanga ormai, nella sostanza, soltanto il divieto della fecondazione eterologa¹⁵.

¹⁰ Cfr. Dolcini E., “La lunga marcia della fecondazione assistita”, cit., 1495 ss.

¹¹ A titolo di esempio, cfr. Peris C., Belforte P., Lesca L., “La legge 40/2004, una legge di parte? Sì, ma dalla parte delle donne”, *Bioetica*, 2006, 604 ss. Per una critica alle tesi enunciate nello scritto ora citato, cfr. Dolcini E., “La legge 40/2004: costi o benefici?”, *ivi*, 624 ss.

¹² Si rinvia, in proposito, a Dolcini E., *Fecondazione assistita e diritto penale*, cit., 61 ss.

¹³ Cfr. *ibidem*, 64 ss.

¹⁴ Cfr. Dolcini E., “La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici”, in Canestrari S., Ferrando G., Mazzoni C. M., Rodotà S., Zatti P. (a cura di), *Il governo del corpo*, tomo II, *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà S. e Zatti P., Milano, Giuffrè, 2011, 1592 s.

¹⁵ Cfr. <http://salute.aduc.it>.

4. D'altra parte, proprio sul divieto della fecondazione eterologa nella legge 40/2004 si addensano, oggi, nubi minacciose.

Il tema è al centro, nel nostro Paese, di un aspro dibattito.

A sostegno del divieto, gli apologeti della legge muovono dall'assunto che "la fecondazione eterologa [sia] una sorta di tradimento genetico, anche se asettico, all'interno della coppia": in altri termini, "una ferita nei matrimoni"¹⁶.

Da parte dei critici della legge, e del divieto di donazione di gameti in particolare, si denuncia per contro – a mio avviso, giustamente – l'illegittimità di una disposizione di legge che, in assenza di un qualsiasi "danno sociale" (uso intenzionalmente un linguaggio di ascendenza illuministica)¹⁷, si limita presidiare un precetto etico-religioso: si tratta di un'opzione preclusa al legislatore, in primo luogo, dal principio di laicità¹⁸, principio fondamentale del nostro ordinamento anche secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale¹⁹. Invano si è andati in cerca di un bene giuridico, a presidio del quale siano apposte le sanzioni di cui all'art. 12 commi 1 e 9 legge 40/2004²⁰. Non vale appellarsi, in particolare, all'interesse a una cor-

¹⁶ Così si è espressa, di recente, Eugenia Roccella, sottosegretario alla salute: cfr. *Fecondazione: Roccella, eterologa è tradimento genetico*, 7 ottobre 2010, www.adnkronos.it.

¹⁷ Cfr. Dolcini E., "Laicità, 'sana laicità' e diritto penale", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1017 ss., in particolare 1018 s.

¹⁸ In generale, su laicità e diritto penale, vedi fra molti: Canestrari S., "Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali", in Aa. Vv., *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, I, 139 ss., in particolare 142 ss.; Dolcini E., "Laicità, 'sana laicità' e diritto penale", cit., 1017 ss.; Riscicato L., *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire", Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, Giappichelli, 2008, 18 ss., e ivi ulteriori indicazioni bibliografiche. In particolare, sui problematici rapporti tra divieto di fecondazione eterologa e laicità dello Stato, cfr., da diversi angoli di visuale: Romano M., "Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 493 ss., in particolare 506; Dolcini E., "La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici", cit., 1555 ss.; Id., "Strasburgo-Firenze-Roma: il divieto di fecondazione eterologa si avvia al capolinea?", ottobre 2010, www.pena.lecontemporaneo.it, nonché *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1425 ss., in particolare 1428.

¹⁹ In questo senso vedi soprattutto Corte Cost. 12 aprile 1989, n. 203, *Giur. cost.*, 1989, 890 ss., con nota di Musselli L., "Insegnamento della religione cattolica e tutela della libertà religiosa", 908 ss. e Corte Cost. 8 ottobre 1996, n. 334, ivi, 1996, 2919 ss., con note di Mangiameli S., "Il giuramento decisivo tra riduzione assiologica e ideologizzazione dell'ordinamento", 2928 ss. e Di Cosimo G., "La Corte, il giuramento e gli obiettori", 2935 ss. In dottrina, con ampi riferimenti alla giurisprudenza costituzionale, vedi per tutti Bartole S., "Stato laico e Costituzione", in Ceretti A., Garlati L. (a cura di), *Laicità e Stato di diritto*, Atti del IV Convegno di Facoltà, Università di Milano-Bicocca, 9-10 febbraio 2006, Milano, Giuffrè, 2007, 3 ss.

²⁰ Cfr. Canestrari S., "Disciplina della procreazione medicalmente assistita e responsabilità del medico", in Canestrari S., Fantini M. P. (a cura di), *La gestione del rischio in medicina. Profili di responsabilità nell'attività medico-chirurgica*, Milano, Ipsoa, 2006, 85 s.; Id., "Pro-

retta formazione della personalità del concepito: che esistano specifici pericoli, su questo piano, per chi venga concepito attraverso una donazione di gameti²¹ è infatti del tutto indimostrato²². È falso, d'altra parte, che alla donazione di gameti si colleghi un significativo rischio di rapporti incestuosi tra figli dello stesso padre biologico²³: un rischio che, in ogni caso, riguarderebbe la genetica, non la morale, posto il carattere inconsapevole che avrebbero, evidentemente, quei rapporti²⁴. È stato calcolato che la probabilità di eventi genetici sfavorevoli, collegati all'incontro di persone nate dallo stesso donatore, è estremamente bassa. Per esempio, ipotizzando un donatore che abbia avuto 4 figli (2 maschi e 2 femmine) e una popolazione a rischio di incontro della quale essi facciano parte composta da 20.000 persone, la probabilità di rapporti incestuosi tra figli dello stesso donatore di seme è pari a 8 su un milione e la probabilità che un figlio nato da un tale rapporto sia affetto da una malattia genetica è pari a un decimo di quel valore, è cioè pari a 8 su 10 milioni²⁵.

Chi contesta la legittimità costituzionale del divieto della fecondazione eterologa, accanto al principio di laicità dello Stato, e al penalistico princi-

piato creazione assistita: limiti e sanzioni”, *Dir. pen. proc.*, 2004, 416 ss., in particolare 418; Id., “Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico tra valori ideali e opzioni ideologiche”, in Fioravanti L. (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, Giuffrè, 2001, 57 ss., in particolare 67 ss. Sottolinea come “il cosiddetto interesse del nascituro” non sia “in grado di giustificare il divieto della fecondazione cosiddetta eterologa”, Palazzo F. C., “Tendenze e prospettive della tutela della persona umana”, in Fioravanti L. (a cura di), *La tutela penale della persona*, cit., 401 ss., in particolare 418. Per ulteriori critiche, anche in prospettiva costituzionale, al divieto di donazione di gameti, cfr. D’Amico M., *I diritti contesi*, Milano, FrancoAngeli, 2008, 47 s.; Ferrando G., “La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche”, *Corr. giur.*, 2004, 810 ss., in particolare 813 s.; Id., “Il divieto di fecondazione eterologa. Genitori per scelta”, in Aa. Vv., *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, Rizzoli, 2005, 95 ss., in particolare 100 ss.

²¹ Spunti in questo senso in Casini C., Casini M., Di Pietro M. L., *La legge 19 febbraio 2004, n. 40, “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”*, Commentario, Torino, Giappichelli, 2004, 74 ss.

²² Cfr. Flamigni C., “A proposito di donazione di gameti”, www.carloflamigni.it, nonché Forder C., “La procreazione assistita nel quadro dei diritti dell’uomo”, *Politica dir.*, 1999, 351 ss., in particolare 368. Per una confutazione della tesi che imputa alla fecondazione assistita “eterologa” la produzione di danni psicologici per il concepito, cfr. Mori M., *La fecondazione artificiale. Una nuova forma di riproduzione umana*, Roma-Bari, Laterza, 1995, 126 ss.

²³ Per un cenno a tale rischio, cfr. Santosuosso F., *La procreazione medicalmente assistita, Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, Giuffrè, 2004, 69.

²⁴ Cfr. Flamigni C., *Il secondo libro della sterilità. La fecondazione assistita*, Torino, Utet, 2008, 481.

²⁵ Anche a proposito dei criteri di selezione dei donatori adottati dalle banche del seme, vedi ancora Flamigni C., *Il secondo libro della sterilità. La fecondazione assistita*, cit., 480 ss.

pio di offensività, invoca poi il principio di eguaglianza-ragionevolezza, *ex* art. 3 Cost.²⁶, evidenziando come la normativa italiana non consenta la soluzione dei problemi riproduttivi – possibile grazie alla medicina – proprio per le coppie che soffrono dei problemi più gravi, risolvibili solo attraverso l'intervento di un donatore.

Dall'aprile 2010 il dibattito sulla fecondazione “eterologa” si è poi arricchito di una componente ulteriore, rappresentata da valori e principi enunciati nella CEDU: in particolare, il “diritto al rispetto della [...] vita privata e familiare” e il “divieto di discriminazione” di cui agli artt. 8 e 14 della stessa Convenzione. Quando, nell'aprile 2010, la prima sezione della Corte di Strasburgo²⁷ ha condannato l'Austria, ritenendo che un divieto assoluto di donazione di gameti – qual è presente nella legge austriaca in relazione agli oociti – sia incompatibile con le disposizioni ora citate, ha fatto vacillare tutte le discipline di analogo contenuto (poche, per fortuna) presenti negli ordinamenti di Stati firmatari della CEDU²⁸.

Si tratta ora di vedere se quella pronuncia della Corte EDU verrà confermata dalla *Grande Chambre* e diverrà così definitiva.

5. Gli argomenti ricavati dalla normativa CEDU, nell'interpretazione della Corte di Strasburgo, sono stati ampiamente valorizzati – attraverso l'art. 117 Cost. – in due ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale italiana pronunciate l'una dal Tribunale di Firenze²⁹ e l'altra dal Tribunale di Catania³⁰ (le ordinanze risalgono rispettivamente a settembre e a ottobre 2010).

²⁶ Sul punto, vedi soprattutto Dolcini E., *La legge sulla procreazione assistita: quali prospettive dopo il referendum del 12 giugno 2005?*, cit., 105.

²⁷ Corte EDU, Sez. I, 1° aprile 2010, *S. H. and others v. Austria*, 57813/2000, www.echr.coe.int. A commento della sentenza, cfr. Catalano S., “Ragionevolezza del divieto di procreazione assistita eterologa, tra ordinamento italiano e CEDU”, www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2 luglio 2010; Liberali B., “La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e il giudice comune italiano: la non manifesta infondatezza della questione”, *ivi*, 2 luglio 2010; Pellizzone I., “Fecondazione eterologa e Corte europea: riflessioni in tema di interpretazione convenzionalmente conforme e obbligo del giudice di sollevare la questione di legittimità costituzionale”, *ivi*, 2 luglio 2010. Da ultimo, vedi inoltre Dolcini E., “Strasburgo-Firenze-Roma: il divieto di fecondazione eterologa si avvia al capolinea?”, cit., § 5 (nonché *Riv. it. dir. proc. pen.*, cit., 1429 s.).

²⁸ Per una panoramica della normativa presente in alcuni Paesi europei in materia di fecondazione assistita con donazione di gameti, può vedersi Dolcini E., *Fecondazione assistita e diritto penale*, cit., 51 ss.

²⁹ Tribunale civile di Firenze, ord. 1° settembre 2010, giudice Paparo, con nota di Dolcini E., “Strasburgo-Firenze-Roma: il divieto di fecondazione eterologa si avvia al capolinea?”, www.penalecontemporaneo.it, nonché *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1414 s.

³⁰ Tribunale civile di Catania, ord. 21 ottobre 2010, giudice Distefano, www.penale

Non entro nel merito di tali pronunce, che saranno ampiamente illustrate e discusse nel corso di questo Convegno. Mi limito a sottolineare che l'ordinanza del Tribunale di Catania si caratterizza, rispetto a quella pronunciata dal Tribunale di Firenze, per l'impegno dedicato a sviluppare anche argomenti "tutti interni" al nostro ordinamento, che prescindono cioè dalla CEDU: come a offrire alla Corte Costituzionale una soluzione alternativa, per il caso di un ripensamento da parte della Corte di Strasburgo.

6. Concludo con un'osservazione, che, contemporaneamente, esprime un auspicio. Forse non è lontano il giorno in cui donne in menopausa precoce o uomini sofferenti di azoospermia potranno scegliere, secondo coscienza, se rinunciare definitivamente a divenire genitori o intraprendere il percorso – in ogni caso delicato e complesso, molte volte doloroso – della fecondazione assistita con donazione di gameti: senza che altri abbia scelto, preventivamente, una volta per tutte, al posto loro.

contemporaneo.it, con nota di Dolcini E., "Fecondazione eterologa: ancora un'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale". Facendo seguito alle citate ordinanze dei Tribunali di Firenze e di Catania, da ultimo, mentre questo lavoro era in corso di pubblicazione, anche il Tribunale di Milano ha investito la Corte Costituzionale della questione di legittimità relativa al divieto della fecondazione eterologa: cfr. Tribunale civile di Milano, ord. 28 dicembre 2010, dep. 2 febbraio 2011, est. Dorigo, *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di Dolcini E., "Stretto d'assedio il divieto di fecondazione assistita di tipo eterologo".

2. Sull'incostituzionalità del divieto di "fecondazione eterologa" fra principi costituzionali ed europei*

di Marilisa D'Amico

1. La legge 40/2004 e il suo impianto ideologico

La legge 40/2004 recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita" è stata definita da molti¹ come "legge ideologica", improntata a limiti e divieti per i medici, gli scienziati e, in generale, i cittadini; una legge nella quale le scelte del legislatore non sono giustificabili sulla base di evidenze scientifiche, ma risponde al tentativo di educare i cittadini, facendo in ogni caso prevalere i diritti dell'embrione rispetto a tutti gli altri soggetti coinvolti².

Nella sent. 151/2009 la Corte rilegge però in modo "laico" la disciplina, facendo emergere le scelte del legislatore come necessario bilanciamento fra valori che la Corte stessa identifica nei diritti dell'embrione in relazione alle "giuste esigenze della procreazione"³.

* Il presente saggio è destinato anche alla pubblicazione nel volume Barengi A. (a cura di), *Procreazione assistita e tutela della persona*, Atti del Convegno tenuto a Roma, 31 maggio 2010. Si precisa che "donazione" di gameti è il termine scientificamente più appropriato, ma il legislatore utilizza l'espressione "fecondazione eterologa".

¹ Particolarmente significativo è l'appello uscito su *l'Unità* il 9 dicembre 2003, quando la legge era ancora all'esame del Senato, con cui tra gli altri Gilda Ferrando, Carlo Flamigni, Antonino Forabosco, Eugenio Lecaldano e Rita Levi Montalcini definivano il disegno di legge "inaccettabile e immorale".

Per un'analisi dei problemi posti dalle rigide scelte a tutela dell'embrione, contenute nella legge 40/2004, in confronto con il principio di laicità dello Stato, vedi Dolcini E., "La legge sulla procreazione assistita: quali prospettive dopo il referendum del 12 giugno 2005?", *Dir. pen. e proc.*, 1/2006, 103 ss.

² Sull'esigenza di una disciplina "leggera" si veda, volendo, D'Amico M., *I diritti contesti*, Milano, FrancoAngeli, 2008, 42.

³ Sent. 8 maggio 2009, n. 151, *Giur. cost.*, 2009, 1656 ss.

Cfr. il punto 6.1. del *Considerato in diritto*, in cui la Corte afferma che nella legge

La pronuncia è importante anche come espressione di una caratteristica profonda dello Stato costituzionale, che ne costituisce la ricchezza più importante, soprattutto in momenti, come quelli che stiamo vivendo in Italia da anni, di crisi della politica: la possibilità che i diritti e le libertà dei cittadini siano difesi non soltanto dalla politica, e quindi dal legislatore, ma anche dal giudice costituzionale e, in genere, dai giudici comuni. Una decisione come la 151/2009 è espressione del ruolo essenziale in una democrazia costituzionale svolto dal giudice costituzionale, che ha la possibilità di intervenire non modificando la legge e rivedendone le scelte di fondo, ma correggendone gli errori più profondi.

Nella decisione 151/2009, la Corte assegna giustamente al medico il ruolo di soggetto centrale, cui spetterebbe il compito di adattare la disciplina (e quindi, nel caso, la scelta sul numero di embrioni effettivamente “necessari”) alla singola paziente, alla singola coppia.

Il Giudice costituzionale ha, inoltre, in un certo senso colto l’occasione per tornare sulla questione e ribadire l’impostazione della sent. 151, rendendo più chiaro il quadro normativo, scaturito da quest’ultima decisione, forse, con alcune ombre.

Più precisamente, con l’ord. 97/2010⁴ la Corte Costituzionale si è pronunciata sulla stessa questione decisa nella sent. 151, dichiarandone l’inammissibilità, dal momento che il diritto dei soggetti ricorrenti era già maturato con la pronuncia del 2009. Nel motivare le ragioni che l’hanno condotta alla declaratoria di inammissibilità, tuttavia, la Corte ha chiarito in un passaggio, in modo definitivo, che la decisione 151/2009 stabilisce la possibilità di produrre più di tre embrioni e anche di crioconservarli, oltre che, lo si sottolinea, di compiere la diagnosi preimpianto.

Tali decisioni, però, correggono uno soltanto degli aspetti profondamente incostituzionali e irragionevoli della legge, e cioè quello relativo all’obbligo di produzione di embrioni in numero non superiore a tre e il con-

40/2004 “la tutela dell’embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione”.

Tra i numerosi commenti alla sentenza si veda, in particolare, Manetti M., “Procreazione medicalmente assistita: una *political question* disinnescata”, *Giur. cost.*, 2009, 1688 ss.; Tripodina C., “La Corte Costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la ‘Costituzione che non vale più la pena difendere?’”, *ivi*, 1696 ss.; Trucco L., “Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere”, www.giurcost.org.

Sulla decisione vedi, inoltre, volendo, D’Amico M., Pellizzone I. (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte Costituzionale*, Milano, FrancoAngeli, 2010, 128 ss., che raccoglie il punto di vista dei giuristi, degli avvocati, dei medici e delle coppie infertili.

⁴ Ord. 12 marzo 2010, n. 97.