

INTRODUZIONE

Teilhard de Chardin, intuendo la complessità della cellula, la chiamò il terzo infinito¹.

Lo sforzo di questo lavoro sarà orientato a penetrare questo terzo infinito, cercando di disvelarne i misteri attraverso il più alto dono fatto all'uomo: il raziocinio.

Indagheremo il tema della procreazione medicalmente assistita approcciando alle tecniche procreative con il linguaggio proprio della letteratura medica, poi analizzeremo le complesse questioni legali e le vicissitudini giudiziarie che vedono protagoniste le famiglie e i singoli, in un difficile dialogo tra *Sein* e *Sollen*².

Approfondiremo le norme preposte alla tutela dell'embrione e a baluardo della dignità dell'uomo. Da esse discende la bontà dell'elaborazione codicistica e legislativa e il corretto bilanciamento degli interessi ricomposti dai giudici nelle sentenze.

Effettueremo un'analisi comparatistica per comprendere se sia possibile un'armonizzazione delle legislazioni europee in materia di procreazione e soprattutto se essa sia necessaria. «Dovunque esista vita umana», afferma la Corte Costituzionale Federale Tedesca nel 1975, nella sua prima sentenza in materia di aborto procurato, «le

¹ T. DE CHARDIN (Orcines, 1° maggio 1881 – New York, 10 aprile 1955) è stato un gesuita, filosofo e paleontologo francese. È considerato uno scienziato evoluzionista; ebbe notorietà come teologo soltanto dopo la pubblicazione postuma dei suoi scritti, tra i quali il più noto è “Il fenomeno umano”. Per approfondimenti si veda G. GIUSTOZZI, *Pierre Teilhard de Chardin (1949-1955). L'avvento dell'«ultra-umano» e la transizione verso la «nuova antropologia» e il «neo-cristianesimo»*, in *Orbis Idearum*, Volume 8, numero 2, 2020, pp. 39-67.

² *Sein* “l'essere”, *Sollen* “il dover essere”. «Qualsiasi tentativo di rappresentare il significato di norme giuridiche mediante regole che descrivono il comportamento effettivo degli uomini – e, dunque, di esprimere il significato di norme giuridiche senza avvalersi del concetto di ‘dover essere’ – è destinato al fallimento»: H. KELSEN, *Lineamenti dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 2000, cit. in *Dizionario di filosofia 2009*, www.treccanionline.it.

competere dignità umana; non è determinante che il detentore ne sia consapevole, né che sia in grado di tutelarla personalmente. Le capacità potenziali, insite fin dall'inizio nell'essere umano, sono sufficienti fattori costitutivi della dignità umana»³.

Poiché «nella biologia della generazione umana è inscritta la genealogia della persona»⁴, tenderemo di comprendere con esattezza quali siano i diritti entrati a far parte dello *status* del concepito, cosa accada in presenza di erronea applicazione delle tecniche procreative e quanto il nostro ordinamento ancora si porti dietro della disciplina sulla filiazione *ante* Riforma di legge 10 dicembre 2012, n. 219.

Indagheremo, infine, la costellazione dei legami parentali.

Una genealogia chiara, coerente, leggibile contribuisce all'edificazione dell'identità personale. Ci spingeremo fino ai confini della procreazione *post-mortem* e chiuderemo il nostro itinerario lasciandoci guidare dalle recentissime novità giurisprudenziali, perché in esse risiede il nocciolo della futura legislazione in tema di procreazione medicalmente assistita.

Avendo svolto un preliminare studio sul metodo, ricordiamo come l'etimologia di questo lemma discenda dal greco e significhi “via per realizzare uno scopo, un valore”⁵. Se questo contributo sarà una lettura di valore, avrà raggiunto il suo scopo.

³ BVerGE [Bundesverfassungsgericht], 39, 1, 1975. Per approfondimenti AA.VV., *L'aborto nelle sentenze delle Corti Costituzionali: U.S.A., Austria, Francia, Repubblica Federale Tedesca, Italia*, Milano, Giuffrè, 1976.

⁴ GIOVANNI PAOLO II, *Lettera alle Famiglie*, 2 febbraio 1994, 9.

⁵ METODO, dal greco μέθοδος, composto di μετα “attraverso” e ὁδός “via”, metaforicamente “via per realizzare un valore”; esso indica il criterio razionale utilizzato per la costruzione di un sapere sistematico. Prevede l'adozione di una serie di regole che permettono al procedimento di indagine di essere ordinato, schematizzabile, ripetibile ed autocorreggibile, poiché tali regole devono consentire di individuare e correggere eventuali errori e di raggiungere risultati validi. (cfr. DIZIONARIO ENCICLOPEDICO ITALIANO TRECCANI, *Metodo*, Vol. 7, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1970, pp. 687-688.)

I

LA DISCIPLINA NORMATIVA DELLA PROCRAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA

1.1 Genesi, principi e finalità della Legge n. 40/2004

Sono trascorsi diciassette anni dall'entrata in vigore della Legge 19 febbraio 2004, n. 40 recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita" e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2004, eppure gli squarci aperti dai ripetuti interventi giurisprudenziali sul testo di legge, mostrano l'insofferenza⁶ di adeguarsi a norme che vorrebbero sedimentare istituti, i quali mal si conciliano, per la loro stessa natura, alla stabilizzazione normativa.

Il legislatore, che sempre è chiamato a regolare la complessa realtà fenomenica, viene superato dalla realtà fenomenica stessa che avanza incessante per mezzo di istanze difficilmente collocabili in uno spazio di libertà negate o di diritti riconosciuti.

La legge n. 40/2004 costituisce la primizia di un dibattito parlamentare iniziato alla fine degli anni cinquanta e proseguito tra accese diatribe di carattere etico⁷.

⁶ I. DIAMANTI, in un intervento su Repubblica Radio del 13 giugno 2005, afferma: «È abbastanza evidente che ci sia un progressivo sentimento di delusione che è cresciuto nel corso degli anni Novanta. (...) Visto che la democrazia rappresentativa funziona male, ecco allora che la democrazia diretta genera una reazione quasi di *insofferenza* nel momento in cui viene avvertita come un surrogato della democrazia rappresentativa».

⁷ Per l'ex presidente del Comitato Nazionale per la Bioetica, Francesco D'Agostino, "si tratta di una legge non eticamente neutrale, dato che sceglie di difendere un principio etico ritenuto

La proposta di legge n. 47/2001, presentata dall'On. Giancarlo Giorgetti e successivamente confluita nel testo unificato, si apriva con l'affermazione del principio per cui «ogni soggetto umano ha diritto alla tutela attiva della vita e della salute dalla fecondazione dell'ovulo alla morte». La relativa relazione di accompagnamento così si apriva: «Onorevoli colleghi! La presente proposta di legge, che pone le premesse per lo statuto dell'embrione umano e stabilisce a quali condizioni è lecita la procreazione medicalmente assistita, si basa su tre concetti fondamentali: 1) l'embrione umano è soggetto umano in atto fin dalla fecondazione dell'ovulo; 2) la difesa dell'istituto familiare, quale cellula fondamentale della società e centro vitale per la continuità della specie; 3) la difesa del diritto del nascituro ad avere un padre e una madre che lo allevino, lo amino, lo educino e gli assicurino il necessario sostentamento fino alla maggiore età».

Le maggioranze risicate in Parlamento (nella votazione definitiva al Senato del 10 febbraio 2004 la legge veniva approvata con duecentosettantasette voti favorevoli, duecentoventidue contrari e tre astenuti), restituiscono un quadro chiaro di come il testo approvato non fosse ampiamente condiviso.

La legge risultava claudicante rispetto a quei requisiti fondamentali che dovrebbe avere una buona legge in campo bioetico⁸: «1. essere applicabile agevolmente dagli addetti ai lavori,

fondamentale (il rispetto della vita in generale e di quella nascente in particolare). Riportato da M. FUSCO, *Cosa resta della legge 40. Bilanci e prospettive a dieci anni dall'entrata in vigore della normativa Italiana sulla procreazione assistita*, in L. CHIEFFI, J.R. SALCEDO HERNÁNDEZ (dir), *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, Mimesis Edizioni, Milano, 2015, pp. 211-222.

³ Requisiti imprescindibili elencati da R. PRODOMO, *Quale etica pubblica per la procreazione assistita?* in P. GIUSTINIANI (a cura di), *Sulla procreazione assistita*, Napoli, ESI, 2005, p. 123 ss.

essendo poi rispettata da tutti, senza discriminazioni; 2. non scendere in dettagli tecnici che potrebbero risultare presto obsoleti vista la velocità del progresso biomedico; 3. evitare i punti eticamente più controversi e ricercare valori comuni ampiamente condivisi». Furono molti, tra l'altro, gli esposti provenienti da esponenti del mondo scientifico, dagli ordini dei medici e da associazioni di settore che lamentavano l'uso improprio o ambiguo di termini propri della medicina riproduttiva⁹.

A fronte di queste detrazioni, è bene sottolineare come una legiferazione in materia di P.M.A. non fosse in alcun modo procrastinabile. Essa intacca principi fondamentali in tema di filiazione e si interroga sulla nozione stessa di "famiglia"¹⁰.

Riflettere sulle tecniche di procreazione assistita, infatti, significa riflettere sul rapporto tra derivazione biologica e responsabilità nei confronti del generato¹¹.

Ad essere posti in discussione sono, soprattutto, il principio di verità, dal momento che viene minato il presupposto sostanziale di tale principio, cioè quella costante convergenza tra realtà naturale e realtà genetica, e il principio della indisponibilità degli *status* personali e delle relative azioni poiché la volontà di chi si avvale delle nuove tecniche sarà in grado di incidere sullo stato del generato¹².

⁹ Per approfondimenti, si veda AA.VV., *Una sconfitta per tutti*, in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, n.1, 2004, p. 78 ss.

¹⁰ La procreazione medicalmente assistita coinvolge «plurime esigenze costituzionali». Così Corte Costituzionale, 4 dicembre 1998, n. 347, in www.giurcost.org.

¹¹ Si veda, su questo argomento, G. ALPA, *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, fasc. 3-4, Giuffrè, 1987.

¹² Cfr. F. BOCCHINI- E. QUADRI, *Diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2018, 7ed., p. 489.

Si comprende, allora, come la legge n. 40/04, malgrado tutte le calamità che l'abbiano investita, abbia costituito il primo baluardo, la prima trincea sul fronte della battaglia a tutela dell'embrione e dello stato giuridico del nato nel contesto evolutivo della moderna medicina riproduttiva. In tal senso, si è espressa la Corte Costituzionale con la sentenza del 31 gennaio 2005, n. 45, qualificando la legge sulla fecondazione assistita come una legge "costituzionalmente necessaria". Necessaria anche in virtù di quel principio di precauzione per il cui contenuto si rimanda alla definizione della Corte di Giustizia della Comunità Europea: «in presenza di un'incertezza scientifica sulle conseguenze negative di un'attività o di una tecnica, quest'ultime non possono né essere proibite, né essere limitate al di sotto del livello per il quale i rischi sono stati accettati o previsti, ma devono poter ricevere una regolazione giuridica»¹³.

L'art. 1, capo I, della legge n. 40/04, nell'indicare le finalità per le quali è ammesso ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ne circoscrive immediatamente le ipotesi: «al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana, è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le

¹³ Il *principio di precauzione* è delineato dall'articolo 191 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Secondo la Commissione europea, il principio di precauzione può essere invocato quando un fenomeno, un prodotto o un processo può avere effetti potenzialmente pericolosi, individuati tramite una valutazione scientifica e obiettiva, se questa valutazione non consente di determinare il rischio con sufficiente certezza. (cfr. *Comunicazione della Commissione sul ricorso al principio di precauzione (COM 2000,1 final)*, 2 febbraio 2000, in *EUR-Lex*, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A13204230>), 30 novembre 2016.

modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito».

Il secondo comma prevede che «il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità»¹⁴.

Una siffatta apertura, aveva suscitato un nugolo di critiche su due punti in particolare: la sterilità o l'infertilità come uniche vie d'accesso alla P.M.A. e l'apparente riconoscimento di una soggettività del concepito. Su entrambe le questioni disquisiremo in modo puntuale nei successivi paragrafi. Per ora, ci basti dire che le differenti sensibilità rispetto al tema sono storicamente convogliate in ben cinque richieste di referendum abrogativo promosse dal partito dei Radicali, in accordo con parte del Centro-sinistra, delle Organizzazioni sindacali, del Volontariato, dissidenti della Margherita e del Centro-destra.

Con le sentenze n. 45, 46, 47, 48, 49, depositate in data 31 gennaio 2005, la Corte Costituzionale dichiarò inammissibile il referendum sull'abrogazione totale della legge n. 40/04, mentre dichiarò ammissibili i quattro referendum per l'abrogazione di alcune disposizioni della stessa.

Si legge nella sentenza n. 48, del 28 gennaio 2005, che la Corte Costituzionale giudica «ammissibile la richiesta di referendum popolare per l'abrogazione di alcune parti degli art. 1, 4, 5, 6, 13 e 14 della l. 19 febbraio 2004 n. 40, diretta a consentire l'accesso alla

¹⁴ La qualificazione dell'intervento di procreazione quale metodo terapeutico, introdotta con una modifica emendativa del testo unificato che ha voluto l'inserimento del termine "altri" prima di "metodi terapeutici", intende sottolineare, una volta di più, come la coppia acceda in via residuale alla procreazione assistita.

procreazione medicalmente assistita anche per finalità diverse dalla soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità, eliminando tra l'altro, attraverso l'integrale abrogazione dell'art. 1, l'enunciazione della finalità di tutela dei diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito». La Corte ritiene che «la richiesta, invero, non riguarda le leggi per le quali l'art. 75 comma 2 Cost. espressamente esclude il referendum, [...]», inoltre, «per quanto concerne la proposta di abrogazione totale dell'art. 1, anche nella parte in cui afferma che la “legge assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito”, la norma presenta per tale ultimo aspetto un contenuto meramente enunciativo, dovendosi ricavare la tutela di tutti i soggetti coinvolti e, quindi, anche del concepito, dal complesso delle altre disposizioni della legge [...] e per quel che riguarda le altre disposizioni, la proposta riguarda aspetti specifici della disciplina della procreazione medicalmente assistita che rientrano nell'ambito della discrezionalità legislativa, cosicché la loro abrogazione non comporta il venir meno di una tutela costituzionalmente necessaria, dovendosi altresì escludere che la richiesta si ponga in contrasto con i principi posti dalla convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, e dal Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998 n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani,[...] né la normativa presenta elementi di contraddittorietà che non siano risolvibili alla stregua dei normali canoni ermeneutici».

Il 12 e 13 giugno 2005 si votò sui quattro quesiti referendari concernenti il limite alla ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni, norme sui limiti di accesso alla procreazione medicalmente

assistita, norme sulle finalità, sui diritti dei soggetti coinvolti e sul divieto di fecondazione eterologa.

Il tasso di astensionismo fu molto alto¹⁵. Al Referendum non votarono tre cittadini su quattro: il 74,5 per cento degli aventi diritto al voto che in Italia erano poco più di 50 milioni. Tra quel 25,9 per cento andati a votare, non tutti risposero quattro sì. Si tratta di uno dei Referendum meno votati nella storia della Repubblica italiana.

La legge n. 40/04 apre lo sguardo al vasto campo della ricerca. Dalla lettura dell'art. 2 della suddetta legge, emerge la preoccupazione del legislatore di indagare le cause della sterilità e della infertilità: «Il Ministro della salute, sentito il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, può promuovere ricerche sulle cause patologiche, psicologiche, ambientali e sociali dei fenomeni della sterilità e della infertilità e favorire gli interventi necessari per rimuoverle nonché per ridurne l'incidenza, può incentivare gli studi e le ricerche sulle tecniche di crioconservazione dei gameti e può altresì promuovere campagne di informazione e di prevenzione dei fenomeni della sterilità e della infertilità».

La sterilità riguarda, in particolare, l'impossibilità di una coppia o di uno dei due *partner*, a concepire. Ciò è dovuto a patologie, generalmente permanenti, come azoospermia, per l'uomo

¹⁵ Il Card. CAMILLO RUINI, nella sua *Prolusione al Consiglio permanente CEI*, mettendo in chiaro la strategia che avrebbe seguito la Chiesa cattolica nei mesi seguenti, afferma: "è inutile inseguire cambiamenti della legge in Parlamento poiché nessuna modifica apporterebbe miglioramenti alla legge 40/2004, la quale salvaguarda principi e criteri essenziali"; quanto alle modalità attraverso le quali esprimere il rifiuto dei cattolici all'abrogazione di parti della legge, Ruini propone l'astensionismo al fine di far mancare il quorum alla consultazione popolare. (C. RUINI, *Prolusione al Consiglio permanente CEI, 7-10 marzo 2005*, Roma, CEI, in www.chiesacattolica.it, 12 settembre 2007.

o assenza di tube per la donna. Col termine di “sterilità primaria” ci si riferisce a persone che non sono mai state in grado di concepire, la “sterilità secondaria”, invece, è l'impossibilità di concepire un secondo figlio dopo aver già concepito e/o portato a termine una normale gravidanza.

Nel 2009, l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS)¹⁶ si è unita al Comitato internazionale per il monitoraggio delle tecnologie di riproduzione assistita (ICMART) e ad altri *partner* per sviluppare un glossario delle definizioni per l'infertilità e la cura della fertilità. Tale glossario includeva la definizione clinica di infertilità, quale malattia del sistema riproduttivo, definita dal mancato raggiungimento di una gravidanza clinica dopo dodici mesi o più di rapporti sessuali regolari non protetti¹⁷.

Duole ricordare che una non trascurabile percentuale di coppie riesce ad avere un figlio solo dopo due anni di tentativi, per cui, molti medici preferiscono parlare di infertilità solo dopo ventiquattro mesi.

Si parla di “infertilità primaria” quando nessuna gravidanza è riuscita ad arrivare a termine e di “infertilità secondaria” quando sopraggiungono degli aborti dopo aver conseguito almeno una gravidanza normale.

Il lavoro del Tavolo consultivo in materia di tutela e conoscenza della fertilità e prevenzione delle cause di infertilità, indetto dal Ministero della Salute nel 2013, ha documentato il profilo

¹⁶ Da questo momento OMS. L'acronimo inglese è WHO, World Health Organization. Si tratta di un istituto specializzato dell'ONU per la salute, fondato il 22 luglio 1946 ed entrato in vigore il 7 aprile 1948. L'istituto ha sede in Svizzera, a Ginevra.

¹⁷ Cfr. THE INTERNATIONAL COMMITTEE FOR MONITORING ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY (ICMART) E ORGANIZZAZIONE MONDIALE DELLA SANITÀ (OMS), *Revised Glossary on ART Terminology*, 2009

multidisciplinare del tema gettando, *de facto*, le basi per l'elaborazione di un Piano Nazionale per la Fertilità.

DATI SULL' INFERTILITÀ IN ITALIA¹⁸:

- Su dieci coppie il 20% circa (una su cinque) ha difficoltà a procreare per vie naturali;
- circa il 40% delle cause di infertilità riguardano prevalentemente la componente femminile, l'altro 40% riguarda la componente maschile ed un 20% è di natura mista.

UOMINI:

- Negli ultimi cinquant'anni il numero di spermatozoi nel maschio si è ridotto della metà;
- Nei primi dieci anni di vita le patologie maschili che più danneggiano la fertilità sono il criptorchidismo (ritenzione testicolare), le orchiti e la torsione del funicolo spermatico;
- Nel periodo puberale (12-14 anni) le patologie maschili che più danneggiano la fertilità sono problemi ormonali e il varicocele che prosegue a danneggiare la fertilità per tutta la vita.
- Dai 14 ai 20 le patologie maschili che più danneggiano la fertilità sono le infezioni genitali e gli stili di vita alterati;
- Dai 20 ai 40 potrebbero manifestarsi anche problemi più o meno gravi di sessualità, specie nel maschio.

¹⁸ Dati estratti dal *Tavolo consultivo in materia di tutela e conoscenza della fertilità e prevenzione delle cause di infertilità* istituito con decreto del MINISTRO DELLA SALUTE l'8 agosto 2014. La stima dei dati aggiornati al 2020 ci mostra un quadro sostanzialmente invariato. Mancano ancora i dati per l'anno 2021.