

Agatino Lanzafame

**La fecondazione medicalmente assistita
tra bilanciamento di valori e consenso europeo**

1. Diritto a procreare, libertà di procreazione e diritti procreativi.

Con nota del 9 aprile 2014, la Corte costituzionale ha comunicato che è stata dichiarata l'illegittimità della legge n. 40/2005, nella parte in cui vieta la fecondazione eterologa.

In attesa di conoscere le motivazioni poste alla base della decisione della Corte Costituzionale, con il presente contributo si tenterà di sgombrare il campo dai toni trionfalistici, da un lato, e catastrofici, dall'altro, con cui è stata accolta la notizia della sentenza della Consulta.

L'ulteriore intervento del giudice delle leggi ha posto sul tappeto, ancora una volta, la questione dei limiti entro cui è concesso al legislatore ingerirsi in scelte, come quelle procreative, che la giurisprudenza europea ha ritenuto pacificamente ascrivibili alla vita privata e familiare delle persone ex art. 8 della CEDU¹.

La riflessione intorno ai cd. diritti procreativi, non può prescindere dalla valutazione circa l'esistenza nel nostro ordinamento, alla luce del diritto positivo e della giurisprudenza costituzionale e "convenzionale", di un vero e proprio "diritto a procreare", nonché dei limiti che ad esso sono posti.

Preliminarmente è possibile rilevare che intorno alla natura, e conseguentemente ai limiti², del diritto a procreare non si registra unanimità di vedute.

Se infatti è condiviso da buona parte degli Autori e della giurisprudenza il riconoscimento di una libertà di procreazione, che assume i caratteri di "non interferenza nelle decisioni personali e nella loro realizzazione"³, non altrettanto condivisa è l'esistenza di un diritto a procreare, che si configura come diritto di ciascuno ad avere una propria discendenza geneticamente collegata. A tale diritto sarebbe correlato un corrispettivo dovere di realizzazione effettiva da parte dei privati e delle istituzioni pubbliche⁴.

In senso contrario, è possibile citare la decisione n. 6564/1974 della Commissione Europea con la quale si afferma che "sebbene il diritto di fondare una famiglia sia un diritto assoluto nel senso che non sono espressamente previste restrizioni ciò non significa che un individuo debba avere in ogni momento la possibilità di procreare i

1 Ex multis Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Caso Evans c. Regno Unito, ricorso n. 6339/05; Caso S.H. c. Austria, ricorso n. 57813/00 ; Caso Costa e Pavan c. Italia, ricorso n 54270/10.

2 Cfr. la ricostruzione di S. RODOTA', *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, secondo cui in relazione al diritto di autodeterminazione, di cui il diritto a procreare costituisce espressione, è improprio parlare di limiti poiché "la pretesa di costituire questo diritto in potere di incidenza nella sfera giuridica altrui contraddice proprio la sua ragione fondativa" e pertanto sarebbe più opportuno più che parlare di limiti all'esercizio "si dovrebbe parlare di vera e propria inesistenza di poteri che rientrino nel contenuto del diritto".

3 G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, p. 311.

4 In tal senso cfr. E. LECALDANO, *Bioetica. Le scelte morali*, Roma-Bari, 1999, 137-138.

propri discendenti”⁵, in tal modo riconoscendo, da un lato, l’inesistenza di esplicite restrizioni e, dall’altro, la naturale esistenza di limiti impliciti.

In tale direzione, sembra del resto collocarsi la giurisprudenza EDU in tema di adozioni, materia contigua a quella del diritto alla procreazione, in quanto afferente all’ambito della genitorialità. È da registrarsi infatti che i giudici di Strasburgo hanno sempre negato l’esistenza di un diritto ad adottare, affermando che un tale diritto non è previsto dalla Convenzione né si può trarre dall’art. 8 o dall’art. 12 della CEDU⁶.

L’orientamento della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo sembra piuttosto da ricondurre al riconoscimento dell’esistenza di un diritto alla procreazione come “*desir*”⁷, la cui realizzazione, pur dovendo essere resa effettiva dagli stati, deve tener conto del necessario bilanciamento con altri valori.

Un orientamento, del resto, efficacemente espresso nella *concurring opinion* del giudice De Gaetano, nella sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo relativa al caso S.H. e altri c. Austria, nella quale si afferma che “*mentre non v’è alcun dubbio che la decisione di una coppia di concepire un bambino è una decisione che appartiene alla vita privata e familiare di tale coppia (e, nel contesto dell’articolo 12, al diritto della coppia di formare una famiglia), né l’articolo 8 né l’articolo 12 possono essere interpretati come conferenti il diritto a concepire un bambino a qualunque costo.*”

Ai fini di una valutazione circa l’esistenza, all’interno del nostro ordinamento, di un diritto alla procreazione, non è possibile ricavare elementi certi dal diritto positivo italiano.

Il richiamo più significativo al diritto alla procreazione è contenuto nell’art. 1, comma 1, l. 194/1978 sull’interruzione volontaria della gravidanza, secondo cui lo Stato, che riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana fin dal suo inizio, deve garantire il “diritto alla procreazione cosciente e responsabile”⁸.

Il richiamo alla responsabilità contenuto nella legge 194 non può essere inteso esclusivamente nel senso di una responsabilità verso se stessi. Piuttosto, è preferibile riscontrarne una valenza “relazionale”. La scelta procreativa costituisce, infatti, una delle espressioni più autentiche “di un itinerario che non è di solitudine”⁹ e che inevitabilmente comporta il confronto con una alterità. Ciò impedisce la configurazione del diritto a procreare come un diritto assoluto la cui realizzazione deve essere garantita ad ogni costo.

D’altronde, anche la giurisprudenza della Corte costituzionale sembra optare per un riconoscimento di un diritto alla procreazione inteso, non tanto come diritto assoluto, quanto piuttosto come libertà per l’individuo di determinarsi in ordine alle scelte

⁵ Commissione EDU, Caso x c. Regno Unito, n. 6564/1974.

⁶ Si vedano in tal senso le decisioni della Commissione Edu, Caso X c. Belgio e Olanda, 10 luglio 1974 e Caso Di Lazzaro c. Italia, 10 luglio 1997.

⁷ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Caso Evans c. Regno Unito, ricorso n. 6339/05; Caso Costa e Pavan c. Italia, ricorso n 54270/10.

⁸ Per approfondimenti sul concetto di “procreazione cosciente e responsabile” si rimanda a S.CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo. Trattato di biodiritto*, Milano, 2011

⁹ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012. pag. 283.

procreative, senza che dalla scelta di avere un figlio possano per lo stesso derivare conseguenze negative da parte dell'ordinamento¹⁰.

Posta l'impossibilità di configurare all'interno del nostro ordinamento, alla luce delle disposizioni Convenzionali e Costituzionali vigenti, l'esistenza di un diritto assoluto alla procreazione, appare chiaro che nel regolamentare la delicata materia dell'inizio vita, il legislatore prima, e gli interpreti poi, siano chiamati ad operare un equilibrato bilanciamento tra i diversi valori in gioco.

Tale necessità di bilanciamento costituisce il *fil-rouge* del dibattito intorno ai diritti procreativi, all'interno del quale possono essere riconducibili una pluralità di questioni nelle quali si intrecciano aspetti non soltanto giuridici ma anche (e soprattutto) bioetici, inerenti il "se", ma soprattutto il "come" della procreazione.

Questioni tutte ascrivibili alla possibilità offerta all'uomo dalla scienza di "produrre esso stesso l'uomo" quali ad esempio la disciplina del ricorso alla fecondazione medicalmente assistita e alla fecondazione artificiale, la manipolazione (eu)genetica degli embrioni e il diritto di chi nasce, a ricevere un patrimonio genetico non manipolato. A ciò può aggiungersi, come espressione definitiva della disponibilità della vita da parte dell'uomo, la clonazione.

2. Diritto a procreare e fecondazione medicalmente assistita: la giurisprudenza della CEDU

Non potendo in questa sede affrontare, nella sua vastità e complessità, l'intero ambito dei cd. diritti procreativi e delle questioni connesse, si ritiene opportuno concentrare l'attenzione sul tema della Fecondazione Medicalmente Assistita e sulle problematiche giuridiche ad essa connesse.

A tal fine si cercherà di ripercorrere la giurisprudenza europea in materia di fecondazione assistita, evidenziando il ruolo dei giudici di Strasburgo nell'evoluzione del dibattito giuridico intorno alla FMA. Ci si soffermerà sul quadro normativo e giurisprudenziale italiano ed infine si individueranno i nodi problematici principali afferenti le questioni aperte e maggiormente controverse in materia, tutte riconducibili "ai limiti che si ritiene opportuno fissare con legge alla autonomia delle persone di realizzare il proprio progetto di procreazione con l'aiuto del medico".

Tra i principali protagonisti dell'evoluzione del dibattito giuridico intorno alla Fecondazione Medicalmente Assistita non può non annoverarsi la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

In particolar modo il contributo della Corte EDU è stato rilevante in tre direzioni: la definizione del momento in cui l'embrione acquisisce dignità di persona, la valutazione circa la legittimità di restrizioni imposte dai legislatori in materia di fecondazione eterologa, e la valutazione della legittimità delle restrizioni imposte dai medesimi in materia di diagnosi pre-impianto finalizzata alla prevenzione delle malattie genetiche.

2.1. Corte Edu e dignità dell'embrione

Le questioni maggiormente controverse in materia di fecondazione medicalmente assistita e, più in generale, la materia dell'inizio vita, sono riconducibili alla già

¹⁰ In tal senso Corte Costituzionale n. 332/2000 2000 con cui vengono dichiarate incostituzionali tutte le norme che, in violazione dei diritti fondamentali della persona, quale il diritto fondamentale di procreare e la libertà di autodeterminarsi nella sfera privata, limitano l'accesso ai corpi di polizia e militari, non ritenendo prevalenti su quella sfera di diritti le peculiari esigenze di organizzazione del settore.

richiamata presenza all'interno delle scelte procreative di un soggetto terzo rispetto agli aspiranti genitori, della cui tutela è chiamato a farsi carico l'ordinamento.

Se l'esistenza di un'alterità è connaturata al concetto stesso di procreazione ¹¹ ed è pacificamente riconosciuta, il *puctum dolens* è rappresentato dalla controversa questione relativa al momento in cui tale alterità si manifesta come soggettività giuridica, se non addirittura come persona.

Rimandando alle pagine successive ogni considerazione sulla necessità di un approccio volto a garantire, nell'incertezza scientifica, la più ampia garanzia nei confronti del soggetto debole identificabile con la vita nascente, è da rilevare come la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo abbia più volte avuto occasione di pronunciarsi in ordine alla questione relativa alla possibilità di configurare l'embrione come "persona" e alla connaturata esigenza di tutelarne la dignità: in tal senso è possibile segnalare le sentenze sul caso *Vo c. Francia* (8 luglio 2004) e *Evans c. Regno Unito* (10 aprile 2007).

Nel primo caso, la Corte, adita da una cittadina francese vittima di un'interruzione della gravidanza colposamente praticata in un ospedale di Lione, respingeva le censure della ricorrente affermando che non era dato riscontrare né nell'opinione pubblica francese, né all'interno degli stati europei, un'idea diffusamente condivisa circa la reale natura dell'embrione.

Tale assenza di un unanime e generalizzato consenso sulla definizione scientifica e giuridica dell'inizio della vita umana viene posta dai giudici di Strasburgo alla base della sentenza *Evans c. Regno Unito*. Anche in questo caso i giudici, chiamati a valutare la violazione degli art. 2, 8 e 14 CEDU da parte dello *Human fertilisation e embryology act* del 1990 nella parte in cui non vietava all'ex partner di revocare il consenso all'utilizzazione degli embrioni, rilevavano che "*in attesa della formazione di un consenso europeo intorno al momento esatto in cui dovesse ritenersi iniziata la vita umana ciascuno stato membro poteva legittimamente scegliere di non attribuire all'embrione umano la qualifica di autonomo soggetto di diritto*".

Un atteggiamento quello dei giudici di Strasburgo che potrebbe definirsi pilatesco, laddove fa leva sul richiamo al "consenso comune" tra gli stati europei in numerose pronunce in materia di inizio vita. Richiamo che presta, come vedremo, il fianco a numerose critiche

2.2. **Legittimità delle restrizioni alla fecondazione eterologa. La Sentenza S. H. c. Austria**

Con la sentenza S.H. c. Austria, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo pone un nuovo importante tassello all'interno del dibattito relativo alla legittimità convenzionale di interventi legislativi volti a limitare la libertà per i cittadini di ricorrere a tecniche di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

All'origine della causa vi è un ricorso (n. 57813/00) proposto contro la Repubblica d'Austria con il quale quattro cittadini austriaci lamentavano la violazione dei diritti ad essi riconosciuti dall'art 8 CEDU ¹², in combinato disposto con l'art. 14 della CEDU da

¹¹ E' innegabile che la scelta procreativa sia modalità costitutiva dell'altro, in tal senso S. RODOTA', *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012 pag. 284.

¹² Ai sensi del quale: "Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare (...)". "Non può esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e

parte della legge austriaca sulla procreazione assistita¹³ che vieta la donazione di ovuli e di sperma per la *fecondazione in vitro* (unica tecnica medica con la quale i ricorrenti avrebbero potuto concepire un bambino).

Con tale pronuncia la Grande Camera capovolge¹⁴ il verdetto pronunciato a maggioranza da una camera della Prima sezione della Corte¹⁵ rilevando che “*non vi è stata alcuna violazione dell’articolo 8 della Convenzione per quanto riguarda tutti i ricorrenti*” in quanto il legislatore austriaco “*non ha ecceduto il margine di discrezionalità concessogli né per quanto riguarda il divieto di donazione di ovuli ai fini della procreazione artificiale né per quanto riguarda il divieto di donazione di sperma per la fecondazione in vitro previsto dall’articolo 3 della Legge sulla Procreazione Artificiale*”.

Dopo avere operato una ricostruzione del quadro normativo austriaco ed europeo in materia di procreazione medicalmente assistita, ed in particolar modo in materia di fecondazione eterologa, la Grande Camera, confermando gli orientamenti espressi dalla Prima Sezione, si pronuncia in ordine all’applicabilità dell’articolo 8 della Convenzione alla vicenda in esame, in linea di continuità con i propri precedenti orientamenti giurisprudenziali a partire dalla sentenza *Evans c. Regno Unito* del 10 aprile 2007¹⁶.

alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”.

13 La legge sulla procreazione assistita (*Fortpflanzungsmedizingesetz*, Gazzetta Ufficiale 275/1992) regola l’uso delle tecniche mediche che permettono il concepimento di un bambino attraverso mezzi diversi dalla copulazione (articolo 1). Tali metodi comprendono: (i) l’introduzione di sperma negli organi riproduttivi di una donna, (ii) l’unificazione di un ovulo e di uno sperma fuori dal corpo di una donna, (iii) l’introduzione di cellule vitali nell’utero o nelle tube di Falloppio di una donna e (iv) l’introduzione di ovociti o di ovociti e spermatozoi nell’utero o nelle tube di Falloppio di una donna. La procreazione medicalmente assistita è ammessa solo all’interno di un matrimonio o di una relazione simile al matrimonio e può essere compiuta se ogni altro possibile e ragionevole trattamento, mirante all’induzione della gravidanza mediante rapporto, fallisce o non ha alcuna ragionevole possibilità di successo. Ai sensi dell’articolo 3 della medesima legge, solo gli ovuli e lo sperma dei coniugi o delle persone che vivono una relazione simile al matrimonio (*Lebensgefährten*) possono essere usati ai fini della procreazione medicalmente assistita. In circostanze eccezionali, lo sperma di un terzo può essere usato per un’inseminazione artificiale per introdurre sperma negli organi riproduttivi di una donna. Questo metodo è noto come fecondazione in vivo. In tutte le altre circostanze, ed in particolare allo scopo della fecondazione in vitro, l’utilizzazione dello sperma di donatori è proibita. Gli ovuli o le cellule vitali possono essere usati solo nelle donne da cui provengono. In tal modo la donazione di ovuli è sempre vietata. (Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Caso S.H. c. Austria)

14 Cfr. A. VIVIANI, *Il diritto di fondare una famiglia, la fecondazione assistita e i ... passi indietro della Grande Camera della Corte Europea dei Diritti Umani*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2012, pag. 196

15 Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Prima Sezione, Caso S.H. c. Austria, 1 aprile 2010. Attraverso tale sentenza, la Prima sezione della Corte Edu, affermava, sei voti contro uno, la sussistenza di una violazione dell’articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l’art. 8 per la prima e il secondo ricorrente, con cinque voti contro due che vi era stata una violazione di tali disposizioni per la terza e il quarto ricorrente, e all’unanimità che non fosse necessario esaminare il ricorso anche ai soli sensi dell’Articolo 8.

16 La Corte ricorda altresì che la nozione di “vita privata” ai sensi dell’articolo 8 della Convenzione è un concetto ampio che comprende, tra l’altro, il diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani (si veda la causa *Niemietz c. Germania*, sentenza del 16 dicembre 1992, Serie A n° 251-B, p. 33, § 29), il diritto allo sviluppo della propria personalità (si veda la causa *Bensaid c. Regno Unito*, ricorso n°

In particolare la Corte rileva che *“il diritto di una coppia di concepire un bambino e di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per tale scopo rientri nell’ambito di applicazione dell’articolo 8, in quanto tale scelta è chiaramente un’espressione della vita privata e familiare”*.

Verificata l’applicabilità dell’art. 8 della CEDU, al fine di valutare la conformità della legislazione impugnata, la Corte affronta la questione relativa alla possibilità di configurare una ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata e familiare (obblighi negativi dello Stato) o piuttosto una inadempienza da parte dello Stato di osservare un obbligo positivo in tal senso.

In relazione a tale questione la Corte decide di qualificare l’intervento del legislatore austriaco quale *“ingerenza nel diritto dei ricorrenti di avvalersi delle tecniche di procreazione artificiale secondo gli articoli 3 (1) e (2) della legge sulla procreazione artificiale poiché ciò è stato loro di fatto impedito dalla normativa che essi hanno cercato invano di impugnare davanti ai tribunali austriaci”*.

Una ingerenza che però viene valutata dai giudici di Strasburgo come legittima ai sensi del paragrafo 2 dell’art. 8 della Convenzione in quanto risulta *“conforme alla legge”*, *“persegue uno o più scopi legittimi tra quelli elencati”*, ed è *“necessaria in una società democratica”* al fine di raggiungere l’obiettivo o gli obiettivi interessati.

In relazione ai primi due profili, sui quali si registrava peraltro una pacifica convergenza tra le parti, la Corte *“ritiene che il provvedimento in questione fosse previsto dalla legge, segnatamente dall’articolo 3 della Legge sulla Procreazione Artificiale, e che perseguisse uno scopo legittimo, segnatamente la protezione della salute o della morale e la protezione dei diritti e delle libertà altrui”*.

Per quanto riguarda il terzo requisito la Corte sottolinea che *“dove non esiste alcun consenso tra gli Stati membri del Consiglio d’Europa, sia per ciò che riguarda l’importanza relativa degli interessi in gioco o il mezzo migliore per salvaguardarli, in particolare laddove la causa sollevi questioni di sensibilità morale o etica”* gli stati membri, in virtù del loro diretto e continuo contatto con le forze vitali dei loro Paesi, godono di un ampio margine di discrezionalità¹⁷ al fine di stabilire un armonioso equilibrio tra opposti interessi privati e pubblici o tra diritti tutelati dalla Convenzione.

L’utilizzo della fecondazione *in vitro* ha sollevato e continua a sollevare questioni delicate di ordine etico e morale, collocate in un contesto medico e scientifico in continua evoluzione. Inoltre, le questioni poste dalla vicenda in esame vertono su aree in cui non vi è ancora una omogeneità di vedute tra gli Stati membri. La Corte, dunque, considera assai ampio il margine di discrezionalità degli Stati. Per tali ragioni, i giudici EDU non hanno riscontrato alcuna violazione ad opera del legislatore austriaco.

44599/98, § 47, CEDU 2001-I) e il diritto all’autodeterminazione (si veda la causa *Pretty c. Regno Unito*, ricorso n° 2346/02, § 61, CEDU 2002-III). Esso comprende elementi come i nomi (si veda la causa *Burghartz c. Svizzera*, sentenza del 22 febbraio 1994, Serie A n° 280-B, p. 28, § 24), l’identità sessuale, l’orientamento sessuale e la vita sessuale, che ricadono nell’ambito della sfera della personalità tutelata dall’articolo 8 (si veda, per esempio, la causa *Dudgeon c. Regno Unito*, sentenza del 22 ottobre 1981, Serie A n° 45, pp. 18-19, § 41, e la causa *Laskey, Jaggard e Brown c. Regno Unito*, sentenza del 19 febbraio 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-I, p. 131, § 36), nonché il diritto al rispetto della decisione di avere o meno un figlio (si veda la causa *Evans c. Regno Unito [GC]*, ricorso n° 6339/05, § 71, CEDU 2007-IV), e la causa *A, B e C c. Ireland [GC]*, no. 25579/05, § 212, sentenza del 16 dicembre 2010).

17 Cfr Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Caso *Evans c. Regno Unito*; Caso *X. Y. e Z. c. Regno Unito*; Caso *Frette c. Francia*; Caso *Christine Goodwin c. Regno Unito [GC]*; Caso *A. B. e C. c. Irlanda*.

Nell'affermare ciò la Corte sottolinea però che pur non evincendo alcuna violazione dell'articolo 8, *“essa ritiene che questa materia, in cui il diritto sembra essere in costante evoluzione e che è particolarmente soggetta ad un rapido sviluppo per ciò che attiene alla scienza e al diritto, richiede un esame permanente da parte degli Stati Contraenti”*. In tal modo, si sottolinea la volontà di adottare un approccio dinamico nel valutare la ragionevolezza delle ingerenze degli stati, alla luce delle evoluzioni scientifiche.

Degno di nota, ancorché criticabile, il fatto che, al fine di sottolineare l'approccio attento e cauto del legislatore austriaco nel tentare di conciliare le realtà sociali con la sua posizione, la Corte rileva altresì che *“la legislazione austriaca non vieta in alcun modo di rivolgersi all'estero per richiedere il trattamento contro la sterilità che utilizza tecniche di procreazione artificiale non permesse in Austria”*.

Un argomento, quello della possibilità di recarsi all'estero, che sembra legittimare il fenomeno del cd. turismo procreativo e solleva non poche perplessità in quanto, così come rilevato dai giudici dissenzienti, tanto le preoccupazioni relative al miglior interesse del bambino, quanto quelle riguardanti la salute della madre, invocate dal governo e considerate ragionevoli (se non fondate) dalla Corte, *“sembrano scomparire al momento in cui viene oltrepassato il confine nazionale”*.

Due gli elementi da sottolineare nel percorso argomentativo utilizzato dalla Corte EDU: da un lato, la scelta della Corte di astenersi dal valutare nel merito non tanto l'opportunità del bilanciamento compiuto dai singoli stati, quanto piuttosto il concreto assetto da questo garantito e la sua compatibilità con i principi di proporzionalità e adeguatezza, che devono caratterizzare l'ingerenza statale; dall'altro l'approccio dinamico che la Corte indica come necessario al fine di valutare la ragionevolezza dell'ingerenza degli stati, che deve essere valutata alla luce dello *“stato dell'arte”* medico-scientifico che caratterizza il contesto da regolare¹⁸.

Entrambe le considerazioni - riconducibili alla continua necessità richiamata anche in questa sede dalla Corte di verificare l'esistenza di un *“consenso europeo”* (politico e scientifico) al fine di misurare il proprio margine di intervento sulla discrezionalità degli Stati - danno l'immagine di una Corte EDU quantomeno prudente, se non rinunciataria, nel tracciare il percorso per una legislazione *“convenzionalmente orientata”* in materia di inizio vita.

2.3. Il divieto di diagnosi pre-impianto

In questo quadro, occorre collocare anche la recente sentenza pronunciata dai giudici di Strasburgo nel caso Costa e Pavan c. Italia, con cui la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha censurato le disposizioni della legge 40/2004 in materia di diagnosi pre-impianto.

All'origine di tale pronuncia vi è un ricorso (n. 54270/10) proposto contro la Repubblica italiana da due cittadini, portatori sani della mucoviscidosi, che lamentavano una violazione degli art. 8 e 14 della CEDU, in quanto la legislazione italiana in materia di fecondazione medicalmente assistita non consente di poter accedere alla diagnosi genetica pre-impianto, al fine di selezionare un embrione che non sia affetto dalla specifica patologia dei ricorrenti.

¹⁸ Cfr in tal senso S. PENASA, *Una sentenza “crioconservata”: porta (soc)chiusa alla dichiarazione di incompatibilità del divieto della c.d. “fecondazione eterologa con l'art. 8 della CEDU*, in Dir. pubbl. comparato ed europeo, 2012,

Anche in questo caso, i giudici di Strasburgo, al fine di valutare la fondatezza delle doglianze, valutano preliminarmente se il desiderio dei ricorrenti di mettere al mondo un figlio non affetto dalla malattia genetica, di cui sono portatori sani, e di ricorrere, per tali ragioni, alla procreazione medicalmente assistita e alla diagnosi pre-impianto rientri nel campo della tutela offerta dall'articolo 8. L'esito positivo di tale valutazione viene motivato dalla Corte sulla base della considerazione che *“una tale scelta costituisce una forma di espressione della vita privata e familiare dei ricorrenti”*.

Constatata l'esistenza di una ingerenza dello Stato nel diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata e familiare, anche in questo caso la Corte procede ad effettuare una valutazione della legittimità dell'ingerenza in ordine alla sua necessità in una società democratica ¹⁹.

Nel merito la Corte accoglie le valutazioni dei ricorrenti circa la sproporzione del divieto di diagnosi pre-impianto posto a loro carico, a fronte del fatto che il sistema legislativo italiano autorizza i medesimi a procedere ad un'interruzione medica di gravidanza qualora il feto dovesse essere colpito dalla patologia di cui sono portatori ²⁰, rilevando l'incoerenza in materia della legislazione italiana.

Il diverso atteggiamento dei giudici di Strasburgo, al di là delle già richiamate valutazioni relative all'irragionevolezza di un sistema che permette l'aborto in caso di malformazioni del nascituro e contemporaneamente vieta l'inseminazione medica con i soli embrioni sani, trova un'argomentazione decisiva, sull'esistenza, riscontrata dalla Corte EDU, di un consenso europeo (29 stati su 32) attorno alla finalizzazione della fecondazione medicalmente assistita alla prevenzione delle malattie genetiche, che restringe il margine di apprezzamento nazionale nella messa in opera dei diritti convenzionali ²¹.

È da considerarsi preoccupante non tanto la possibilità di ascrivere tale sentenza ad un filone di *“rinnovata aggressività caratteristica della nuova stagione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo, che sembra curarsi oggi molto meno di un tempo delle peculiarità proprie delle identità nazionali, anche costituzionali, degli Stati membri”* ²², quanto piuttosto il fatto che nel determinare il proprio orientamento la Corte abbia fatto ancora una volta riferimento al criterio del *“consenso europeo”*.

¹⁹ La Corte osserva infatti che tale ingerenza è certamente «prevista dalla legge» e può ritenersi intesa al perseguimento degli scopi legittimi di tutela della morale e dei diritti e delle libertà altrui, rilevando altresì che nessuna contestazione su tali punti è stata avanzata dalle parti.

²⁰ In particolar modo la Corte afferma (non a torto) di non vedere come la tutela degli interessi menzionati dal Governo per giustificare l'ingerenza statale (tutelare la salute del bambino e della donna nonché la dignità e la libertà di coscienza delle professioni mediche, e l'interesse ad evitare il rischio di derive eugeniche) si concili con la possibilità offerta ai ricorrenti di procedere ad un aborto terapeutico qualora il feto risulti malato, tenuto conto in particolare delle conseguenze che ciò comporta sia per il feto, il cui sviluppo è evidentemente assai più avanzato di quello di un embrione, sia per la coppia di genitori, soprattutto per la donna.

²¹ In tal senso V. ZAGREBELSKY, *La irragionevolezza della legge italiana sulla procreazione assistita nel giudizio della Corte Europea dei Diritti Umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, pag. 671.

²² In tal senso F. VARI, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa e Pavan della II sezione della Corte EDU*, in *Rivista AIC*, 1/2013, pag. 6.

I giudici di Strasburgo non hanno operato in prima persona un prudente apprezzamento dei valori in gioco, omettendo peraltro di pronunciarsi in maniera esplicita sulla vera questione oggetto della pronuncia: la possibilità, contestata dal governo italiano, di configurare all'interno dell'ordinamento CEDU il "diritto ad avere un figlio sano"²³.

3. La PMA in Italia. La legge 40/2004 e le pronunce della Corte Costituzionale.

La procreazione medicalmente assistita è attualmente disciplinata in Italia dalla legge n. 40 del 19 febbraio 2004. Una legge che pur avendo avuto l'indubbio merito di porre fine alla situazione italiana di vuoto normativo in materia, ha suscitato non poche critiche sia sul piano politico che sul piano della legittimità costituzionale, tanto da spingere alcuni Autori a parlare di una "legge sotto assedio" le cui disposizioni, archiviato l'esito negativo del referendum del 2005, sono state oggetto di numerose censure da parte della Corte EDU e da parte dei giudici italiani²⁴.

I capisaldi della legge 40 nel suo testo originario, che appare chiaro abbia come obiettivo quello di "fugare apertamente, nelle forme e nei contenuti, soluzioni di natura compromissoria nel tentativo di approntare una regolamentazione della materia riconducibile ad una univocità prospettica sul piano dei valori"²⁵, sono tutti riconducibili ad una istanza di tutela del concepito²⁶ e possono essere rintracciati in una serie di limitazioni e di divieti nell'accesso alla procreazione medicalmente assistita.

Tra le limitazioni ancora vigenti, si sottolinea il divieto di soppressione degli embrioni previsto dall'art. 14 comma 1, il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita per single e coppie dello stesso sesso (art. 5), il divieto di surrogazione di maternità previsto (art. 12 comma 6), il divieto di accesso alla fecondazione in vitro nel caso uno dei componenti della coppia sia deceduto previsto (art. 5).

Tra le restrizioni contenute nella legge 40/2004 e successivamente travolte dalle pronunce della Corte Costituzionale²⁷ è possibile ricordare il divieto di produzione di

23 Su tale omissione della Corte cfr. F. VARI, *Considerazioni critiche*, op. cit., pag 8 che a sua volta richiama M. LUCIANI, *Diritti controversi alla Corte di Strasburgo*, apparso su L'Unità del 3 settembre 2012, p. 15, il quale parla di una "certa ambiguità" mantenuta dalla sentenza "sull'esistenza o meno del «diritto ad avere un figlio sano».

24 Secondo la ricostruzione di Giuseppe Salvaggiolo su La Stampa del 9 aprile 2014 sono ormai trenta le pronunce giudiziarie che hanno messo in discussione o travolto alcuni dei capisaldi della legge.

25 M. L. CHIARELLA, *Procreazione medicalmente assistita e selezione degli embrioni: il sogno di un figlio tra diritti e aspirazioni*, in *Famiglia*, 2005, pag. 461. Un apprezzamento per lo sforzo di coerenza compiuto dal legislatore sul terreno dei diritti umani è riscontrabile anche in C. CASINI, *Diritti umani e procreazione medicalmente assistita*, in *Diritti dell'Uomo*, pag. 62.

26 Indicativo in tal senso l'art. 1 della legge 40/2004 che sottolinea come "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 modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito".

27 Per completezza è opportuno rilevare come all'interno della legge siano presenti ulteriori limitazioni all'accesso alla FMA, che costituiscono altrettante questioni aperte davanti ai giudici di legittimità. Tra questi il già citato, in relazione al Caso Costa e Pavan c. Italia, divieto di accesso alle coppie fertili ma portatrici di patologie genetiche, previsto dall'art. 5, che consente l'accesso alla Pma solo per i soggetti con problemi di infertilità e sterilità, per il quale pende ricorso davanti alla Corte costituzionale a seguito di un'ordinanza del Tribunale di Roma del gennaio 2014. Ulteriori questioni controverse sono rappresentate dal divieto di utilizzo degli embrioni per la ricerca scientifica e quindi possibilità di donazione degli embrioni da parte di una coppia, previsto dall'art. 13 comma 1 e 2, e dal divieto di revoca

più di tre embrioni previsto dall'originario articolo 14, comma 2 e l'obbligo di contemporaneo impianto di tutti gli embrioni prodotti previsto dal medesimo articolo entrambi dichiarati costituzionalmente illegittimi dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 151/2009²⁸ e infine, il divieto di fecondazione eterologa e cioè di donazione dei gameti²⁹ previsto dall'art. 4, comma 3, dichiarato illegittimo in data 9 aprile 2014 dalla Consulta a seguito delle ordinanze dei tribunali di Catania³⁰, Milano³¹ e Firenze³².

In attesa di leggere le motivazioni della pronuncia, in questa sede appare opportuno sottolineare come l'orientamento della Corte Costituzionale, nonché di gran parte della

del consenso alla procedura di procreazione assistita se non prima della fecondazione dell'ovulo, previsto dall'art. 6 comma 3.

28 Limitazione della deroga al divieto di crioconservazione degli embrioni per i soli casi di "grave e documentata causa di forza maggiore relativo allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione" previsto dall'art. 14 comma 3: è stato modificato dalla sentenza della Corte costituzionale 151/2009 che ha chiarito esplicitamente che "il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, deve essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna".

29 Cfr., sul punto, B. LIBERALI, *La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia tra legislatore, giudici comuni, corte costituzionale e corte europea dei diritti dell'uomo*, in Rivista AIC, n. 3/2012; dello stesso autore si segnala, *La sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in tema di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 2010, pag. 556.

30 Il tribunale di Catania, con ordinanza del 29 marzo 2013 ha sollevato davanti la Corte Costituzionale l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa previsto dalla legge 40 per violazione degli articoli 3 e 31, dell'art. 2, e dell'art. 32 della Costituzione. In particolar modo: la violazione degli art. 3 e 31 viene fondata sulla considerazione che la legge prevede un trattamento diversificato per coppie afflitte dai medesimi problemi di fertilità, e limita per alcune di esse il diritto a formare una famiglia, concetto dotato di una naturale duttilità, in maniera irragionevole per alcuni soggetti, in quanto le coppie soggette alla patologia più grave sarebbero escluse dall'accesso alla fecondazione assistita; la violazione dell'art. 2 viene invocata in quanto "il divieto di fecondazione eterologa non garantisce alle coppie cui viene diagnosticato un quadro clinico di sterilità o infertilità irreversibile, il proprio diritto alla vita privata e familiare, e il proprio diritto di identità e di autodeterminazione"; la violazione dell'art. 32 trova invece, secondo il giudice a quo, nel fatto che il divieto imposto impedirebbe irragionevolmente la cura di una patologia acclarata di cui la coppia è affetta. Nella medesima ordinanza il giudice rimettente non manca di effettuare una valutazione circa i diritti dei terzi coinvolti nel caso di accesso alla fecondazione eterologa evidenziando come i pregiudizi che il figlio potrebbe subire in seguito alla nascita attraverso la fecondazione eterologa sono solamente "possibili" mentre certi sono i pregiudizi ai diritti, costituzionalmente protetti, dei soggetti a cui è negato il divieto di accesso alla fecondazione eterologa. Per approfondimenti cfr. V. TIGANO *Il divieto della fecondazione eterologa di nuovo al vaglio della Consulta: l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Catania*, in Diritto Penale Contemporaneo, 15 maggio 2013.

31 L'ordinanza del tribunale di Milano, emanata anch'essa in data 29 marzo 2013, solleva questione di illegittimità costituzionale di alcune disposizioni contenute nella legge 40/2004, per contrasto con gli artt. 117, 2, 3, 29, 31 e 32, commi 1 e 2, della Costituzione, nella parte in cui impongono il divieto assoluto di ricorrere alla fecondazione di tipo eterologo e prevedono sanzioni nei confronti degli operatori e delle strutture che dovessero praticarle. quanto concerne la normativa nazionale. In particolare il Tribunale di Milano ha ritenuto che possa ravvisarsi un contrasto fra il divieto contenuto nella legge n. 40/2004 di ricorrere alla fecondazione di tipo eterologo e gli artt. 2, 29 e 31 Cost., nella parte in cui «il divieto normativo [...] non garantisce alle coppie cui viene diagnosticato un quadro clinico di sterilità o infertilità irreversibile il diritto fondamentale alla piena realizzazione della vita privata familiare e il diritto all'autodeterminazione in ordine alla medesima» tutelato altresì dall'art. 8 della CEDU, sulla scorta di

dottrina³³ che non ha risparmiato feroci critiche all'intero impianto della legge 40, sembra protendere per una progressiva espansione dei confini del "diritto a procreare" e ha come conseguenza un contestuale (inaccettabile) ridimensionamento dei livelli di tutela riservati all'embrione, quale soggetto debole.

Salutato da molti come una conquista di civiltà³⁴, tale orientamento della giurisprudenza costituzionale potrebbe piuttosto rappresentare un ulteriore passo lungo il pendio scivoloso³⁵ rappresentato dalla volontà dell'uomo di "produrre l'uomo", che riduce il figlio a mezzo di autogratificazione in violazione di un dei principi fondamentali dell'etica laica³⁶.

Una dimensione, quest'ultima, che appare in tutta la sua evidenza nell'ottica eugenetica, nella quale "all'origine del rapporto io-tu, vi si trova un giudizio volto a stabilire se l'altro abbia caratteristiche che si ritengano adeguate all'instaurarsi di quel rapporto con lui"³⁷. Il nascituro, da persona diventa prodotto "ben riuscito", se rispondente alle intenzioni del manipolatore o di colui che ne ha commissionato la manipolazione; o "mal riuscito" se discordante da esse³⁸.

4. Autodeterminazione e alterità alla luce del principio di precauzione

quanto affermato dalla Corte EDU nel Caso S.H. c Austria. Una tale limitazione, secondo il giudice di Milano appare irragionevole in quanto, secondo lo stesso, la scelta di ricorrere alla fecondazione eterologa, non comporta la compressione di altri diritti fondamentale della persona né altri diritti costituzionalmente garantiti. I giudici di merito, inoltre, prospettano, al pari del Tribunale di Catania, un contrasto tra il divieto di fecondazione eterologa e gli artt. 3 e 31 Cost., non solo sotto il profilo della disparità di trattamento, ma anche sotto quello della ragionevolezza della normativa medesima, poiché vengono trattate in modo opposto coppie con problematiche procreative, che risultano differenziate solo in ragione del tipo di sterilità da cui sono affette. I giudici milanesi rilevano come non consentire il ricorso alla donazione dei gameti si pone in contrasto con gli artt. 3 e 22 Cost., in quanto con il divieto di fecondazione eterologa si rischia di non tutelare l'integrità fisica e psichica delle coppie. Per approfondimenti cfr. A. VERRI, *Il Tribunale di Milano rimette nuovamente alla Corte costituzionale la questione concernente la legittimità costituzionale della fecondazione eterologa*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 15 aprile 2013.

32 Al pari dei giudici di Catania e di Milano, il Tribunale di Firenze, con ordinanza del 28 Marzo 2013 solleva eccezione di costituzionalità relativamente all'art. 4 comma 3 della legge 40 del 2004 per violazione dell'art. 3 nel suo corollario costituito dal principio di ragionevolezza, «in forza del quale il giudizio di legittimità costituzionale delle norme deve essere compiuto verificando la logicità interna della normativa e la giustificazione oggettiva e ragionevole delle differenze di trattamento». In particolare, il giudice fiorentino dopo aver escluso che possa configurarsi una violazione della Convenzione e quindi dell'art. dell'art. 117 Cost., dal momento che la Grande Chambre nella sua ultima pronuncia ha offerto un'interpretazione degli artt. 8 e 14 CEDU che ha portato ad escludere la violazione da parte della legge austriaca di dette norme, il giudice dichiara non manifestamente infondata la censura di incostituzionalità ex art. 3 Cost in quanto il divieto di cui all'art. 4 comma 3 della legge 40/2004 appare violare il principio di uguaglianza sotto il profilo della ragionevolezza in quanto ne risulta un trattamento opposto di coppie con problemi riproduttivi che si differenziano solo per il tipo di patologia che li provocano. Per approfondimenti cfr. A. VERRI, *Anche il Tribunale di Firenze, dopo quelli di Milano e Catania, rimette alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale della fecondazione eterologa*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 15 maggio 2013.

33° Su tutti si rimanda alle considerazioni di E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008. Nello stesso senso G. MARINUCCI, *Fecondazione assistita, diritto penale e Stato laico*, in *Notizie di Politeia: Rivista di etica e scelte pubbliche*, 2008, pag. 99 ss.

Alla luce del rapido *excursus* sulla giurisprudenza costituzionale italiana e europea in materia di procreazione medicalmente assistita, è possibile condurre alcune sintetiche riflessioni.

Gli *hard cases* sottoposti al vaglio dei giudici sottendono la tensione tra il legittimo desiderio - riconosciuto il più delle volte come “diritto” - di procreare da parte dei futuri genitori e la necessità di tutelare l’embrione. In altri termini, si tratta del conflitto tra autodeterminazione e alterità di cui si è già fatto cenno.

In tale “oscillazione”, non sembra potersi affermare la rarefazione del soggetto “altro” (l’embrione) a tutto vantaggio dell’altro estremo del pendolo.

Taluni negano l’esistenza di un’alterità, in quanto questa sarebbe il frutto della “scissione fittizia tra l’embrione e il corpo della donna”³⁹. L’embrione, infatti, non risulta un individuo autonomo ma dipende dalla madre.

Tali argomentazioni non appaiono convincenti. Negare la dignità umana di un soggetto esclusivamente sulla base di valutazioni legate alla sua, seppur vitale ed ineliminabile, interconnessione con un soggetto terzo creerebbe un paradosso. Infatti, si assumerebbe che la dignità dell’esistenza umana andrebbe posta in dubbio ogni qual volta un soggetto si trovi in condizioni di totale dipendenza dalle cure di un altro soggetto.

Una prospettiva aberrante che appare in contrasto con i fondamentali valori di uguaglianza e dignità della persona sanciti dalla Costituzione e dalla CEDU.

Allo stesso modo si ritiene che la considerazione secondo cui “non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona (...) e la salvaguardia [di chi] persona deve ancora diventare»⁴⁰ non può essere intesa come il dovere assoluto per il legislatore di astenersi da ogni ingerenza in materia di gravidanza, quanto piuttosto, *a contrario*, come richiamo alla necessità di effettuare un bilanciamento tra diritti della madre e del concepito, questi ultimi comprimibili soltanto al fine di salvaguardare diritti fondamentali quali il diritto alla vita e alla salute della madre.

34 Si segnala l’editoriale di V. ZAGREBELSKY su La stampa del 10 aprile 2014 che sottolinea il prezioso ruolo della Corte Costituzionale nel far cadere il divieto di fecondazione eterologa contenuto in una legge che “*ha imposto una ideologia illiberale anche a chi non la condivide*”.

35 Un’efficace espressione mutuata da F. D’AGOSTINO, *Parole di bioetica*, Torino, 2004., pag. 143

36 Il riferimento è al principio Kantiano “Tratta gli altri come fine e non semplicemente come mezzi”.

37 L. EUSEBI, *Embrione e tecniche procreative: problemi giuridici*, in La Famiglia, 2005, pag. 27.

38 Così F. D’AGOSTINO, *Parole di bioetica*, op. cit., pag. 62 che sottolinea altresì come “è ben difficile immaginare una violenza più sottile di questa: alla persona che viene in tal modo chiamata alla vita è sottratto il diritto di essere valutata e accettata, per come essa è in se stessa e le viene imposta una unità di misura della sua identità che è fuori di lei”.

39 Cfr. G. FAMIGLIETTI, *Filiazione e procreazione*, in www.gruppodipisa.it; il quale rimanda a L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in www.costituzionalismo.it, e S. NICCOLAI, *La legge sulla fecondazione assistita e l’eredità dell’aborto*, in www.costituzionalismo.it.

40 Corte Costituzionale, n. 27/1975.

La presenza di tale alterità comporta l'impossibilità di assolutizzare il diritto alla procreazione e la necessità di temperare tale diritto con l'esigenza di tutela della dignità umana⁴¹.

D'altronde riconoscere l'esistenza di un diritto alla procreazione in capo alla coppia non significa necessariamente predicarne l'assolutezza. In tal senso, anche chi in dottrina sottolinea la necessità di un ampio riconoscimento di tale diritto, sottolinea come esso debba – come ogni altro diritto, ma forse nessun altro come esso – *“confrontarsi con altri diritti ed altri interessi vivendo in una dimensione relazionale di reciproco riconoscimento”*⁴².

In altre parole, mutuando l'incisiva espressione utilizzata dal giudice De Gaetano nella *concurring opinion* sul caso S.H. c. Austria, è da ritenersi che *“il “desiderio” di un bambino non possa divenire un obiettivo assoluto che prevalga sulla dignità della vita umana”*.

In quest'ottica la scelta di apporre dei limiti all'autodeterminazione dei singoli in materia di diritti procreativi non nasce allora dalla volontà da parte dello Stato di imporre una determinata visione etica a tutti i cittadini quanto piuttosto dalla presa d'atto che, in materia di diritti procreativi, la persona non si trova “sola” nell'esercizio del diritto, ma è chiamata a misurarsi con una alterità che la richiama alla responsabilità. Non si ritiene possibile pertanto aderire alla tesi sostenuta da autorevole dottrina in ordine alla possibilità che una materia così delicata, nella quale si intersecano tra loro una pluralità di soggettività, possa essere rimessa all'arbitrio delle scelte individuali⁴³ di una soltanto delle “parti” coinvolte (i genitori) e di conseguenza sottratta al ragionevole e prudente bilanciamento di valori effettuato dal legislatore, sulla ragionevolezza del quale sono chiamati a vegliare i giudici costituzionali quali custodi delle libertà.

È di fondamentale importanza, per l'evoluzione del dibattito giuridico in materia, soffermarsi su due importanti interrogativi aperti. Il primo riguarda la necessità di individuare il momento a partire dal quale sia possibile definire la presenza di una vita umana quale soggetto giuridico terzo meritevole di tutela. Il secondo interrogativo riguarda, invece, l'individuazione, nel quadro dell'integrazione europea e della conseguente armonizzazione dei diritti ad opera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, dei soggetti deputati ad effettuare tale delicato bilanciamento dei valori in gioco.

In relazione alla prima questione appare del tutto evidente che il problema della tutela dell'alterità della vita nascente non può essere affrontato in maniera adeguata senza preliminarmente rispondere all'interrogativo relativo al momento in cui il concepito possa essere considerato soggetto giuridico, se non “persona”, dotata di capacità giuridica e di conseguenza titolare di diritti⁴⁴.

41 Sull'impossibilità di configurare il diritto a procreare come un diritto assoluto cfr. FORDER, *La procreazione assistita nel quadro dei diritti dell'uomo*, in *Politica del Diritto*, 1999, pag. 360 ss.

42 G. FAMIGLIETTI, *Filiazione e procreazione*, in www.gruppodipisa.it

43 Cfr. V. ZAGREBELSKY, op. cit., pag. 671 secondo cui quella in oggetto *“è una materia in cui occorrerebbe lasciar spazio alle scelte individuali (in questo caso quella di non rinunciare a procreare un figlio, un figlio sano) e alla responsabilità dei medici nel fare il miglior uso possibile del frutto della ricerca e dell'avanzamento delle conoscenze e possibilità umane”*.

44 In tal senso cfr. S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione – Le scelte esistenziali di inizio vita*, Milano, 2012 pag.49 a cui si rimanda per una diffusa ricostruzione della problematica.

Su tale questione si registra una “palese incapacità della scienza medica di fornire certezze oggettive”⁴⁵, anche semplicemente in ordine alla definizione del momento in cui si possa compiutamente parlare di formazione dell’embrione⁴⁶, destinatario, ad oggi, di ridotte tutele⁴⁷.

A causa di tale incapacità della scienza è rimandato alla discrezionalità del legislatore il dovere di individuare convenzionalmente un momento a partire dal quale si possa individuare l’esistenza di una alterità da tutelare.

In tal senso è da apprezzare la scelta compiuta dal legislatore attraverso la legge 40 di fare propria una nozione di “embrione” talmente ampia, da potersi riferire all’ovocita attivato.

Un apprezzamento derivante non tanto quale frutto di adesione a determinate concezioni etiche o religiose⁴⁸, quanto piuttosto espressione di un generale principio di precauzione, che informa il nostro ordinamento e che ci impone, in presenza di questioni scientificamente controverse di adottare le misure maggiormente rispettose della vita e della dignità umana⁴⁹.

In tal senso si concorda con chi in dottrina ha affermato che il principio di precauzione indicando la scelta che l’ordinamento giuridico deve fare di fronte al dubbio “esprime con un linguaggio moderno un principio antico, *in dubio pro vita*, che deve essere massimamente applicato quando è in gioco la vita umana: nel dubbio sulla vita bisogna scegliere la vita, cioè bisogna comportarsi come se la vita ci fosse fino a che non è rimosso l’ultimo dubbio”⁵⁰.

Non appare condivisibile l’assunto di autorevole dottrina che ritiene la precauzione non valevole “per chi ritiene che l’embrione non è certamente persona”⁵¹, proprio in virtù

45 S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione – Le scelte esistenziali di inizio vita*, op. cit., pag. 57

46 La letteratura scientifica parla infatti di “embrione” con accezioni molto diverse e anche molto distanti tra esse: mentre è possibile registrare un’ampia condivisione circa il momento in cui l’embrione diventa feto (collocato pacificamente all’ottava settimana di gestazione), altrettanta condivisione non si ritrova attorno alla individuazione del momento in cui si forma l’embrione che viene collocato alternativamente al momento dell’attivazione dell’ovocita, al momento della sua penetrazione da parte dello spermatozoo, alla fusione dei due pronuclei maschile e femminile, all’avvio della divisione cellulare, all’annidamento in utero, o ancora alla comparsa dei caratteri antropomorfi.

47 Rilevante in tal senso la valutazione compiuta dal Comitato Nazionale di Bioetica che, sin dal 1996, attraverso il documento su “*Identità e statuto dell’embrione umano*” ha affermato all’unanimità “*il dovere morale di trattare l’embrione umano, fin dalla fecondazione, secondo i criteri di rispetto e tutela che si debbono adottare nei confronti degli individui umani a cui si attribuisce comunemente la caratteristica di persone*”.

48 In tal senso G. FAMIGLIETTI, *Filiazione e procreazione*, in www.gruppodipisa.it.

49 Se è vero infatti che ancora non si è in presenza di un “uomo”, altrettanto vero è che, con riferimento all’embrione, abbiamo di fronte una cosa in quanto “in quelle cellule è già scritto il codice genetico della persona che da esso potrebbe svilupparsi”. Così G. FERRANDO, op. cit. pag. 162.

50 R. DE FRANCO *Dignità e tutela dell’embrione umano*, in Scritti in onore di Marco Comporti, Milano, 2008, pag 981 ss, corsivo aggiunto.

51 Così E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008, pag. 24 che definisce il principio di precauzione come “la scialuppa di salvataggio di tutte le filosofie che si basano molto sulla metafisica e poco (o nulla) sulla ragione”.

del fatto che lo scopo che si prefigge il principio in oggetto è quello di garantire - in presenza di opinioni scientifiche discordanti (debitamente motivate, e non meri atti di, pur autorevole, arbitrio intellettuale) - il livello di tutela maggiormente elevato.

5. Sacrificare il bilanciamento dei valori sull'altare del consenso europeo? Osservazioni conclusive

In conclusione si ritiene opportuno soffermarsi brevemente sulla questione relativa alla individuazione, nel quadro dell'integrazione europea e della conseguente armonizzazione dei diritti ad opera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, dei soggetti deputati ad effettuare tale delicato bilanciamento dei valori in gioco in materia di inizio vita.

Si tratta, in sintesi, di verificare se tale compito è rimesso al prudente apprezzamento dei legislatori nazionali, ai quali deve essere quindi riservato un ampio margine di apprezzamento circa la ragionevolezza della loro ingerenza nella vita privata e familiare dei soggetti ai sensi dell'art. 8 CEDU o spetti piuttosto ai giudici di Strasburgo effettuare, nell'ottica di progressiva armonizzazione della tutela dei diritti nel territorio europeo, un bilanciamento valido *erga omnes* che riduca gli spazi di discrezionalità dei singoli stati.

Dall'analisi dell'ondivaga giurisprudenza della CEDU in materia, emerge però una ulteriore questione che si pone a monte della duplice alternativa appena prospettata. Ci si riferisce alla valutazione sull'esistenza di un "consenso europeo" intorno alle questioni sottoposte all'attenzione dei giudici di Strasburgo, quale criterio per fondare la scelta in ordine all'ampiezza del margine di discrezionalità concessa ai singoli Stati.

L'utilizzo di tale nozione sfuggente⁵² ai fini della determinazione del margine di apprezzamento concesso agli stati in materia di diritti procreativi, accompagnata dalla già richiamata tendenza della Corte ad utilizzare il criterio di maggioranza per individuare l'esistenza di tale consenso, rischia di far sì che il bilanciamento dei valori in tale materia (e di conseguenza il livello di tutela del concepito) sia affidato agli orientamenti politici contingenti degli stati europei.

Una prospettiva, quella delineata dalla Corte, che potrebbe avere esiti aberranti.

Invero, una rigida applicazione del principio del "consenso europeo" potrebbe produrre, come conseguenza, la limitazione di un diritto che, pur affermato nella società europea, è positivamente riconosciuto soltanto in alcuni Stati. Una possibilità, che pur remota deve essere considerata poiché, come sottolineato dal giudice De Gaetano nella già citata *concurring opinion*, "la storia ci insegna che il "consenso europeo" ha in passato portato ad atti di flagrante ingiustizia sia in Europa che altrove".

Il formarsi di un cd. consenso europeo su questioni che richiedono un delicato bilanciamento di valori, non può e non deve tradursi in una abdicazione da parte della Corte alla funzione di valutare volta per volta se "*un particolare atto od omissione o limitazione, compiuto dal legislatore nazionale, faccia progredire o retrocedere la dignità umana*"⁵³.

52 Così A. M. LECIS, *Consenso europeo, chi è costui? L'individuazione del consensus standard da parte della Corte Edu tra interpretazione evolutiva e margine d'apprezzamento*, in www.diritticomparati.it che rileva come "a dispetto della sua centralità nell'applicazione della Cedu, tuttavia, il consenso europeo è ad oggi una nozione sfuggente: la Corte non ne ha mai dato una definizione, né ha delineato criteri univoci per la sua individuazione".

53 Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Caso S.H. c. Austria, 3 novembre 2011, *Concurring opinion* del giudice De Gaetano.

Affidare il bilanciamento dei valori in materia di scelte procreative alla volontà di una maggioranza di stati attraverso il reiterarsi della clausola del consenso europeo significa rimettere, in maniera inaccettabile, la decisione circa l'estensione di un diritto fondamentale ad una maggioranza nella quale una delle soggettività coinvolte (il concepito) non può trovare in alcun modo rappresentanza⁵⁴.

Tali considerazioni spingono a sostenere la necessità che il giudice convenzionale si appropri a pieno titolo delle proprie prerogative di custode delle libertà e dei diritti, senza la necessità di fondare la legittimazione delle proprie pronunce sul volubile canone del consenso europeo⁵⁵.

Diversamente la Corte sembra destinata ad abdicare “al proprio ruolo di promotore dell'armonizzazione ed estensione nella tutela dei diritti, limitandosi ad adeguare le garanzie della Convenzione a quanto deciso a livello statale”⁵⁶.

Se non si vuole sacrificare sull'altare del consenso europeo il delicato e necessario bilanciamento dei valori in gioco, al fine di una ricomposizione della tensione tra autodeterminazione dell'individuo e tutela della vita nella sua manifestazione più debole, i giudici di Strasburgo dovrebbero percorrere – anche in alternativa- due strade.

La prima è quella della prossimità, consistente nel demandare, con ampi margini di discrezionalità, agli Stati nazionali l'individuazione di un compromesso accettabile tra i valori in gioco, purché tale compromesso non si sostanzi in regolamentazioni abnormi o manifestamente irragionevoli.

La seconda è quella di rinunciare ad una giurisprudenza pilatesca⁵⁷. La Corte Edu dovrebbe assumersi, infatti, l'onere e la responsabilità, nell'ottica di una progressiva evoluzione del proprio ruolo, di effettuare essa stessa i bilanciamenti necessari. La bussola in questo caso dovrebbe essere costituita dai principi e dai valori intessuti nelle

54 Di tutt'altro parere i Giudici Tulkens, Hirvela, Lazarova Trajkovska e Tsotsoria che nella *dissenting opinion* allegata alla Sentenza S.H. c. Austria criticano fortemente l'approccio adottato dalla Corte rispetto al valore determinante del consenso europeo ed in particolar modo “*l'atteggiamento lassista per ciò che riguarda gli elementi obiettivi utilizzati per determinare il consenso*”.

55 Del resto, la questione coinvolge il più ampio e complicato problema della natura (costituzionale, o meno) da riconoscere alla Corte di Strasburgo, su cui cfr., per tutti, B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2012 *passim*. Ad ogni buon conto, deve rilevarsi che la Corte EDU è pur sempre un “giudice”, che utilizza un proprio “processo”, che adotta pronunce sempre più destinate a produrre effetti ben oltre il caso di vita in concreto risolto. Appare, pertanto, quanto meno discutibile che un giudice impronti (ed orienti) le proprie decisioni su criteri politici. E ciò è tanto più criticabile, laddove si ponga mente alla peculiarità degli oggetti affidati alla cognizione del giudice di Strasburgo: i diritti fondamentali, la loro tutela, la loro effettiva garanzia. Il rischio sotteso al ricorso indiscriminato all'evanescente concetto di “consenso europeo” è quello di uno snaturamento del carattere giurisdizionale (e non politico) dell'organo. In altri termini, si intercetta il relevantissimo profilo della legittimazione della Corte Edu, che richiederebbe una serie riflessione della dottrina. Circa la necessità di disgiungere il *modus operandi* di un giudice (financo e, soprattutto, costituzionale) rispetto a quelli della “politica”, possono richiamarsi le intuizioni di G. A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, Torino, 2012, 291 ss. e bibliografia ivi citata.

56 Così A. M. LECIS, *Consenso europeo, chi è costui?*, op. cit.

57 Così S. AGOSTA *Bioetica e Costituzione – Le scelte esistenziali di inizio vita*, op. cit. pag 58.

tradizioni costituzionali degli stati membri e non, invece, dagli orientamenti politici contingenti che sono alla base delle valutazioni circa un preteso consenso europeo.