



diritto & religioni

Semestrale
Anno IV - n. 2-2009
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

8



**LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno IV - n. 2-2009
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, S. Ferlito, M. C. Folliero, G. Fubini, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali
Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci
A. Bettetini, G. Lo Castro
G. Fubini, A. Vincenzo
S. Ferlito, L. Musselli
G. J. Kaczyński
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile
Giurisprudenza e legislazione costituzionale
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefani
A. Fuccillo
F. De Gregorio
S. Testa Bappenheim
G. Schiano
A. Guarino

Parte III

SETTORI

Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

F. Petroncelli Hübler, M. Tedeschi

Corte Costituzionale, 8 maggio 2009, n. 151

Fecondazione assistita – Principio di eguaglianza – Diritto alla salute – Trattamenti sanitari – Dignità della persona – Embrione – Autodeterminazione – Diagnosi preimpianto

La Corte Costituzionale, riunitasi in Camera di Consiglio il 31 marzo 2009, ha dichiarato parzialmente illegittima la legge 40 sulla fecondazione assistita. In particolare è illegittimo l'art. 14 comma 2, della legge 18 febbraio 2004, n. 40 «limitatamente alle parole 'ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre'» embrioni. Incostituzionale anche il comma 3 dello stesso articolo «nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna». La Consulta ha infine dichiarato inammissibili difetto di rilevanza nei giudizi principali le questioni di legittimità costituzionale degli articoli 6, comma 3, e 14, commi 1 e 4.

La Corte Costituzionale ha pronunciato la seguente
Sentenza

nei giudizi di legittimità costituzionale dell'articolo 6, comma 3, e dell'articolo 14, commi 1, 2, 3 e 4, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), promossi dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio con sentenza del 21 gennaio 2008 e dal Tribunale ordinario di Firenze con ordinanze del 12 luglio e del 26 agosto 2008, rispettivamente iscritte ai nn. 159, 323 e 382 del registro ordinanze 2008 e pubblicate nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica nn. 22, 44 e 50, prima serie speciale, dell'anno 2008.

Visti gli atti di costituzione della Warm (World Association Reproductive Medicine), della Federazione Nazionale dei Centri e dei Movimenti per la vita italiani, del Comitato per la tutela della salute della donna, di C. S. A. ed altro, di C. M. ed altro, nonché gli atti di intervento della Associazione Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica ed altre e dell'Associazione Cecos Italia, della S.I.S.Me.R. s.r.l. (Società Italiana Studi di Medicina della Riproduzione s.r.l.), della Associazione Hera Onlus, della Associazione Sos Infertilità Onlus e di C. M. ed altro, della Cittadinanzattiva Toscana Onlus e del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nell'udienza pubblica del 31 marzo 2009 il Giudice relatore Alfio Finocchiaro;

uditi gli avvocati Gian Carlo Muccio per la Warm e per la S.I.S.Me.R. s.r.l., Isabella Loiodice e Filippo Vari per il Comitato per la tutela della salute della donna, Antonio Baldassarre e Giovanni Giacobbe per la Federazione Nazionale dei Centri e dei Movimenti per la vita italiani, Gian Domenico Caiazza per C. S. A. ed altro, per l'Associazione Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica ed altre e per la Associazione Cecos Italia, Ileana Alesso, Massimo Clara, Maria Paola Costantini, Marilisa D'Amico e Sebastiano Papandrea per C. M. ed altro e per l'Associazione Hera Onlus, per la Associazione Sos Infertilità Onlus e per Cittadinanzattiva Toscana Onlus e l'Avvocato dello Stato Gabriella Palmieri per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Fatto

(Omissis)

Diritto

1. – Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio (r.o. n. n. 159 del 2008) dubita, con sentenza, in riferimento agli artt. 3 e 32 Cost., della legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 2 e 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nella parte in cui il loro disposto prevede, ai fini della applicazione della procedura della procreazione medicalmente assistita, la formazione di un numero limitato di embrioni, fino ad un massimo di tre, da impiantare contestualmente, consentendo, solo per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna, la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile.

Il Tribunale ordinario di Firenze (r.o. n. 323 del 2008) sospetta, con riferimento ai medesimi parametri costituzionali, la illegittimità costituzionale dell'art. 14, commi 1 e 2, della stessa legge n. 40 del 2004, nella parte in cui il loro disposto impone il divieto della crioconservazione degli embrioni soprannumerari, la obbligatorietà della creazione di un numero massimo di tre embrioni e dell'unico e contemporaneo impianto di embrioni comunque non superiore a tre, perché la predeterminazione di un protocollo sanitario unico comporterebbe la sottoposizione della donna a trattamento sanitario non voluto e non volto alla tutela della salute propria, né della collettività.

Lo stesso Tribunale dubita, altresì, della legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 3, ultima parte, della stessa legge, laddove prevede la irrevocabilità del consenso da parte della donna all'impianto in utero degli embrioni creati, per violazione dell'art. 32, secondo comma, Cost., che vieta i trattamenti sanitari obbligatori, se non imposti per legge e nel rispetto della dignità della persona umana.

Il Tribunale ordinario di Firenze (r.o. n. 382 del 2008) censura l'art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 2004, limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», per contrasto con gli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione; l'art. 14, comma 3, della stessa legge, limitatamente alle parole «Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile», «di forza maggiore», «non prevedibile al momento della fecondazione», «fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile», per contrasto con gli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione; l'art. 14, comma 4, della richiamata legge, per contrasto con gli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione, in quanto tale norma determinerebbe la reiterata sottoposizione della donna a trattamenti che, in quanto invasivi e a basso tasso di efficacia, sarebbero lesivi del principio di rispetto della dignità umana; creerebbe disparità di trattamento fra situazioni che eguali fra loro non sono e richiedono trattamenti differenziati, in contrasto con il principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 Cost., violando il diritto fondamentale alla salute per il forte rischio di reiterata sottoposizione della donna a trattamenti ad alto tasso di pericolosità per la sua salute fisica e psichica.

Lo stesso Tribunale denuncia, infine, l'art. 6, comma 3, della stessa legge, nella parte in cui non contiene, in fine, le parole «e, dalla donna, anche successivamente», per contrasto con gli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione.

2. – I tre provvedimenti giurisdizionali sollevano questioni largamente coincidenti e ciò rende opportuna la riunione dei giudizi al fine della trattazione congiunta e della decisione con un'unica sentenza.

3. – Deve essere, preliminarmente, confermata l'ordinanza adottata, nel corso dell'odierna udienza pubblica, ed allegata alla presente sentenza, con la quale sono stati dichiarati inammissibili gli interventi dell'Associazione Cecos Italia, delle Associa-

zioni Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica, Amica Cicogna Onlus, Madre Provetta Onlus, Cerco un bimbo, L'altra Cicogna Onlus e www.unbambino.it, nonché della S.I.S.Me.R. s.r.l. (Società Italiana Studi di Medicina della Riproduzione s.r.l.), nel giudizio introdotto con ordinanza n. 159 del 2008; gli interventi dell'Associazione Sos Infertilità Onlus, dell'Associazione Hera Onlus, nonché di C.M. e G.R., nel giudizio introdotto con ordinanza n. 323 del 2008; gli interventi dell'Associazione Hera Onlus, dell'Associazione Sos Infertilità Onlus, dell'Associazione Cittadinanzattiva Toscana Onlus, dell'Associazione Cecos Italia, nonché delle Associazioni Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica, Amica Cicogna Onlus, Madre Provetta Onlus, Cerco un bimbo, L'altra Cicogna Onlus e www.unbambino.it, nel giudizio introdotto con ordinanza n. 382 del 2008. Ciò in applicazione del consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, secondo cui non sono ammissibili gli interventi, nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, di soggetti che non siano parti nel giudizio *a quo*, né siano titolari di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio (*ex plurimis*, sent. n. 96 del 2008, ord. n. 393 del 2008, n. 414 del 2007).

4. – Occorre ora esaminare le eccezioni di inammissibilità prospettate dalle parti in relazione ai vari provvedimenti di remissione.

4.1. – L'eccezione di inammissibilità prospettata dall'Avvocatura generale dello Stato e dal Comitato per la tutela della salute della donna per avere il TAR del Lazio sollevato le questioni con sentenza anziché con ordinanza, in violazione delle norme sul processo costituzionale, non è fondata.

Questa Corte ha, infatti, affermato – e il principio deve essere ribadito nella presente sede – che «la circostanza non comporta inammissibilità della questione, posto che, come si desume dalla lettura dell'atto, nel promuovere questione di legittimità costituzionale, il giudice *a quo* ha disposto la sospensione del procedimento principale e la trasmissione del fascicolo alla cancelleria della Corte costituzionale, sì che a tale atto, anche se autoproclamantesi “sentenza”, deve essere riconosciuta natura di “ordinanza”, sostanzialmente conforme a quanto previsto dall'art. 23 della legge n. 87 del 1953» (sentenza n. 452 del 1997).

4.2. – Altra eccezione di inammissibilità è prospettata, sempre con riferimento alla questione sollevata dal TAR, dalla Federazione Nazionale dei Centri e dei Movimenti per la vita italiani, sotto il profilo della rilevanza, per non essersi detto giudice pronunciato sulla carenza di interesse diretto della Warm (World Association Reproductive Medicine), ricorrente nel giudizio *a quo*, avendo erroneamente ritenuto che sulla relativa questione si sarebbe formato il giudicato, come stabilito dal Consiglio di Stato in sede di appello.

Neppure tale eccezione merita accoglimento, avendo il TAR non implausibilmente affermato che sulla legittimazione ad agire della Warm non vi era alcuno spazio di riesame, essendosi, sul punto, formato il giudicato, secondo quanto si evincerebbe dalla sentenza di rinvio del Consiglio di Stato.

4.3. – Parimenti non fondata è l'ulteriore eccezione di inammissibilità, sollevata dal Comitato per la tutela della salute della donna, a seguito del mutamento del quadro normativo per effetto dell'intervento delle nuove linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita, di cui al d.m. 11 aprile 2008, che avrebbe determinato la estinzione del giudizio amministrativo e, con esso, avrebbe travolto il giudizio di costituzionalità.

È infatti sufficiente rilevare l'operatività delle linee guida del 2004 fino al momento della loro sostituzione e, quindi, della pendenza del giudizio amministrativo, senza

considerare che nessuna incidenza le sopravvenute linee guida possono esercitare su alcuna delle questioni sollevate.

4.4. – Con la memoria del Comitato per la tutela della salute della donna e della Federazione nazionale dei centri e dei Movimenti per la vita italiani è stata eccepita l'inammissibilità della questione sollevata dal TAR, in quanto priva del requisito della incidentalità, dal momento che l'oggetto del giudizio principale finirebbe per coincidere sostanzialmente con quello del giudizio di costituzionalità.

Anche tale eccezione non è fondata.

Ai fini dell'ammissibilità di una questione di costituzionalità, sollevata nel corso di un giudizio dinanzi ad un'autorità giurisdizionale, è necessario, fra l'altro, che essa investa una disposizione avente forza di legge di cui il giudice rimettente sia tenuto a fare applicazione, quale passaggio obbligato ai fini della risoluzione della controversia oggetto del processo principale. Nel caso di specie, non è dubbio che l'eventuale accoglimento delle questioni prospettate relativamente ai commi 2 e 3 dell'art. 14 della legge n. 40 del 2004 produrrebbe un concreto effetto nel giudizio *a quo*, soddisfacendo la pretesa dedotta dalle parti private, poiché dovrebbero essere accolte le doglianze mosse contro le norme secondarie censurate (nello stesso senso, sul principio, sentenze nn. 303 e 50 del 2007).

4.5. – Con riguardo alle questioni sollevate con le ordinanze n. 323 e n. 382 del 2008 dal Tribunale ordinario di Firenze, la difesa erariale ne ha eccepito l'inammissibilità in quanto sollevate nel corso di procedimenti cautelari, rilevando, da un lato, che il contenuto del provvedimento richiesto finirebbe per produrre effetti imm modificabili, con ricadute sulla rilevanza delle questioni medesime ed evidenziando, dall'altro, la mancanza di incidentalità delle questioni, in quanto la eventuale pronuncia di accoglimento concretizzerebbe la tutela richiesta innanzi al Tribunale rimettente.

L'eccezione non è fondata.

La giurisprudenza di questa Corte ammette la possibilità che siano sollevate questioni di legittimità costituzionale in sede cautelare, sia quando il giudice non provveda sulla domanda, sia quando conceda la relativa misura, purché tale concessione non si risolva nel definitivo esaurimento del potere cautelare del quale in quella sede il giudice fruisce (sentenza n. 161 del 2008 e ordinanze n. 393 del 2008 e n. 25 del 2006).

Nella specie, i procedimenti cautelari sono ancora in corso ed i giudici *a quibus* non hanno esaurito la propria *potestas iudicandi*: risulta, quindi, incontestabile la loro legittimazione a sollevare in detta fase le questioni di costituzionalità delle disposizioni di cui sono chiamati a fare applicazione (sentenza n. 161 del 2008).

5. – La questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1, della legge n. 40 del 2004 è stata sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 32, primo e secondo comma, Cost., dal Tribunale ordinario di Firenze con l'ordinanza del 12 luglio 2008 (r.o. n. 323 del 2008): essa è manifestamente inammissibile per carenza di motivazione sulla rilevanza.

5.1. – L'art. 14, commi 2 e 3, della stessa legge è stato censurato dal TAR del Lazio e dal Tribunale ordinario di Firenze con la ordinanza del 26 agosto 2008, con argomenti sostanzialmente coincidenti, mentre lo stesso Tribunale ordinario di Firenze, con l'ordinanza 12 luglio 2008, ha censurato – oltre al comma 1 – il comma 2 dell'art. 14, e non il comma 3.

La questione sollevata dal TAR del Lazio investe l'art. 14, commi 2 e 3, della legge n. 40 nella parte in cui impone la creazione di un numero di embrioni da impiantare comunque non superiore a tre ed il contestuale impianto degli stessi e vieta la crio-

conservazione di embrioni al di fuori delle limitate ipotesi ivi previste. Il rimettente sospetta il contrasto delle norme censurate con gli artt. 3 e 32 Cost. Sotto il primo profilo, rileva, anzitutto, una intrinseca irragionevolezza della disciplina, che, da un lato, si dichiara ispirata allo scopo di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità, e, dall'altro, impone il predetto limite numerico alla produzione di embrioni, prescindendo da ogni concreta valutazione del medico sulla persona che intende sottoporsi al procedimento di procreazione medicalmente assistita, e preoccupandosi solo di evitare il ricorso alla crioconservazione, che può determinare la perdita degli embrioni, rischiando, così, anche l'inutile sacrificio degli embrioni prodotti. La previsione in esame, quindi, non sarebbe in linea con quel bilanciamento di interessi che la legge n. 40 del 2004 sembrerebbe voler perseguire.

Per altro verso, tale limitazione determinerebbe, secondo il TAR, una ingiustificata disparità di trattamento in funzione delle diverse condizioni fisiche della donna che ricorre alla procreazione assistita.

Infine, il *vulnus* all'art. 32 Cost. viene ravvisato nell'assoggettamento, che la disciplina censurata determina, ad un successivo trattamento di stimolazione ovarica nella non improbabile ipotesi di esito infelice del primo tentativo di impianto, in contrasto proprio con quel principio della minore invasività che risulta espressamente indicato, nell'art. 4, comma 2, lettera *a*), della legge, tra i principi cui deve ispirarsi la tecnica in esame.

5.2. – Il Tribunale ordinario di Firenze, con ordinanza del 12 luglio 2008 (r.o. n. 323 del 2008), ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 2004, per contrasto con gli artt. 3 e 32, primo e secondo comma, Cost., nella parte in cui pone l'obbligo di creazione di un numero massimo di tre embrioni nonché dell'unico e contemporaneo impianto degli stessi. La questione è stata sollevata nel corso dello stesso procedimento in occasione di emissione di ordinanza di autorizzazione alla diagnosi preimpianto, a seguito della quale i ricorrenti avevano acquisito relazioni mediche, che avevano evidenziato la possibilità di creazione di embrioni affetti da patologie pari al cinquanta per cento, sicché, nella specie, il numero di embrioni necessari ad assicurare una adeguata percentuale di successo era pari a sei.

La lesione dell'art. 32, primo comma, Cost. viene sospettata sotto il profilo del diritto della salute della donna, che dovrebbe, pur nel bilanciamento con quella dell'embrione richiesto dall'art. 1 della legge n. 40 del 2004, ritenersi prevalente sul diritto di chi ancora persona non è: la legge impone, in caso di insuccesso, la necessità di procedere a plurime stimolazioni ovariche, non consentendo la crioconservazione degli embrioni per successivi impianti e comportando seri problemi per la donna che si deve sottoporre a trattamenti ormonali plurimi, con conseguenze mediche accertate.

Si ritiene, altresì, leso il principio di ragionevolezza per il trattamento identico di posizioni soggettive del tutto dissimili e che necessiterebbero di un approccio di cura diverso, obliterandosi completamente le acquisizioni scientifiche, le quali indicano come i plurimi fattori che afferiscono alla coppia genitoriale incidono sulla scelta del trattamento da attuare, che quindi deve essere lasciato (come d'altra parte tutti i trattamenti medici salvo sempre il consenso informato) alla discrezionalità del medico, che è il depositario del sapere tecnico del caso concreto.

La violazione dell'art. 32, secondo comma, Cost., che vieta i trattamenti sanitari obbligatori, se non imposti per legge nel rispetto della dignità della persona umana, viene ravvisata nella predeterminazione di un protocollo sanitario unico, non configurato sulle necessità di cura della singola persona e di adesione allo stesso e che

comporta la sottoposizione della persona a trattamento sanitario non voluto e non finalizzato alla tutela della salute sua propria o della collettività.

5.3. – Il Tribunale ordinario di Firenze, infine, con ordinanza emessa il 26 agosto 2008 (r.o. n. 382 del 2008), sospetta che il comma 2 dell'art. 14, laddove impone la creazione di non più di tre embrioni ai fini di un loro unico e contemporaneo impianto, rechi *vulnus* all'art. 2 Cost., determinando la reiterata sottoposizione della donna a trattamenti che, in quanto invasivi e a basso tasso di efficacia, sarebbero lesivi del principio di rispetto della dignità umana; che ingeneri disparità di trattamento fra situazioni che eguali fra loro non sono e richiedono trattamenti differenziati, in violazione del principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 Cost.; che violi il diritto fondamentale alla salute proclamato dall'art. 32 Cost., determinando il forte rischio di reiterata sottoposizione della donna a trattamenti ad alto tasso di pericolosità. Peraltro, per evitare la assoluta libertà di produzione soprannumeraria di embrioni, che determinerebbe problematiche di natura etico-religiosa, si chiede la declaratoria di illegittimità nei limiti sopra indicati (limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre»).

5.4. – Viene, altresì, censurato il comma 3 dell'art. 14, secondo gli stessi parametri di costituzionalità (quanto all'art. 32 Cost., alla luce anche della necessità di evitare che la donna, costretta ad accettare l'impianto di embrioni portatori di gravi patologie, debba dapprima iniziare una gravidanza per poi, volontariamente o meno, interromperla, con grave nocumento per la sua salute fisica e psichica), limitatamente alle parole «Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile», «di forza maggiore», «non prevedibile al momento della fecondazione», «fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile». Si intende così evitare la creazione di situazioni paradossali come quelle evidenziate nel ricorso (nell'esempio fatto, una sopravvenuta ed improvvisa sindrome febbrile potrebbe dar luogo a crioconservazione al contrario di una preesistente grave patologia geneticamente trasmissibile). Inoltre, il comma 3 in esame, implicando un trattamento sulla persona senza il consenso di quest'ultima e in assenza di superiori ragioni di interesse generale o di tutela della sicurezza ed incolumità pubbliche contemplate da espressa disposizione normativa, sarebbe altresì in contrasto con gli artt. 13 e 32, secondo comma, Cost.

A queste osservazioni si è opposto dalla difesa erariale che il legislatore ha effettuato una ragionevole comparazione tra l'interesse della donna e la tutela dell'embrione, che il limite di tre embrioni tutela la salute della donna e degli embrioni, che la legge n. 40 del 2004 opera un bilanciamento fra l'interesse della coppia e il diritto alla vita del concepito, che la salute della donna è meglio garantita da una stimolazione "soffice", che la limitazione a tre del numero massimo di embrioni impiantabili corrisponderebbe al numero massimo di embrioni suscettibili, secondo la scienza medica, di dar luogo alla gravidanza.

6. – Le sollevate questioni di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 2 e 3, sono fondate, nei limiti che seguono.

6.1. – Va premesso che la legge in esame rivela – come sottolineato da alcuni dei rimettenti – un limite alla tutela apprestata all'embrione, poiché anche nel caso di limitazione a soli tre del numero di embrioni prodotti, si ammette comunque che alcuni di essi possano non dar luogo a gravidanza, postulando la individuazione del numero massimo di embrioni impiantabili appunto un tale rischio, e consentendo un affievolimento della tutela dell'embrione al fine di assicurare concrete aspettative di gravidanza, in conformità alla finalità proclamata dalla legge. E dunque, la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare

un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione.

Ciò posto, deve rilevarsi che il divieto di cui al comma 2 dell'art. 14 determina, con la esclusione di ogni possibilità di creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, e comunque superiore a tre, la necessità della moltiplicazione dei cicli di fecondazione (in contrasto anche con il principio, espresso all'art. 4, comma 2, della gradualità e della minore invasività della tecnica di procreazione assistita), poiché non sempre i tre embrioni eventualmente prodotti risultano in grado di dare luogo ad una gravidanza. Le possibilità di successo variano, infatti, in relazione sia alle caratteristiche degli embrioni, sia alle condizioni soggettive delle donne che si sottopongono alla procedura di procreazione medicalmente assistita, sia, infine, all'età delle stesse, il cui progressivo avanzare riduce gradualmente le probabilità di una gravidanza.

Il limite legislativo in esame finisce, quindi, per un verso, per favorire – rendendo necessario il ricorso alla reiterazione di detti cicli di stimolazione ovarica, ove il primo impianto non dia luogo ad alcun esito – l'aumento dei rischi di insorgenza di patologie che a tale iperstimolazione sono collegate; per altro verso, determina, in quelle ipotesi in cui maggiori siano le possibilità di attecchimento, un pregiudizio di diverso tipo alla salute della donna e del feto, in presenza di gravidanze plurime, avuto riguardo al divieto di riduzione embrionaria selettiva di tali gravidanze di cui all'art. 14, comma 4, salvo il ricorso all'aborto. Ciò in quanto la previsione legislativa non riconosce al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto.

Al riguardo, va segnalato che la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali (sentenze n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002).

La previsione della creazione di un numero di embrioni non superiore a tre, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita, si pone, in definitiva, in contrasto con l'art. 3 Cost., riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza, in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili; nonché con l'art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna – ed eventualmente, come si è visto, del feto – ad esso connesso.

Deve, pertanto, dichiararsi la illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 2004 limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre».

L'intervento demolitorio mantiene, così, salvo il principio secondo cui le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, secondo accertamenti demandati, nella fattispecie concreta, al medico, ma esclude la previsione dell'obbligo di un unico e contemporaneo impianto e del numero massimo di embrioni da impiantare, con ciò eliminando sia la irragionevolezza di un trattamento identico di fattispecie diverse, sia la necessità, per la donna, di sottoporsi eventualmente ad altra stimolazione ovarica, con possibile lesione del suo diritto alla salute.

Le raggiunte conclusioni, che introducono una deroga al principio generale di divieto di crioconservazione di cui al comma 1 dell'art. 14, quale logica conseguenza della caducazione, nei limiti indicati, del comma 2 – che determina la necessità del ricorso alla tecnica di congelamento con riguardo agli embrioni prodotti ma non impiantati per scelta medica – comportano, altresì, la declaratoria di incostituzionalità del comma 3, nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come previsto in tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna.

7. – La questione di costituzionalità dell'art. 14, comma 4, della stessa legge, sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost., dal Tribunale ordinario di Firenze con l'ordinanza r.o. n. 382 del 2008, è manifestamente inammissibile, per difetto di motivazione sulla rilevanza nel giudizio *a quo*.

8. – Del pari manifestamente inammissibile, sempre per difetto di rilevanza, è la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 3, della medesima legge, nella parte in cui non consente, dopo la fecondazione dell'ovulo, la revoca della volontà all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, di cui entrambe le ordinanze del Tribunale ordinario di Firenze chiedono la declaratoria di illegittimità costituzionale al solo fine di dare coerenza al sistema.

P.Q.M.

La Corte Costituzionale
riuniti i giudizi;

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre»;

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 3, della legge n. 40 del 2004 nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna;

dichiara manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1, della legge n. 40 del 2004, sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 32, primo e secondo comma, della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Firenze, con ordinanza r.o. n. 323 del 2008;

dichiara manifestamente inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 6, comma 3, della legge n. 40 del 2004, sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 32 della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Firenze con ordinanza r.o. n. 323 del 2008 e, in riferimento agli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione, dallo stesso Tribunale con ordinanza r.o. n. 382 del 2008;

dichiara manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 14, comma 4, della legge n. 40 del 2004, sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Firenze, con ordinanza r.o. n. 382 del 2008.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 1° aprile 2009.

Omne trinum est perfectum? Il limite dei ‘tre embrioni’ nella legislazione tedesca sulla fecondazione assistita

STEFANO TESTA BAPPENHEIM

La recente sentenza n. 151/2009 della Corte Costituzionale italiana ha, com'è noto, dichiarato “l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 2004 limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre». L'intervento demolitorio mantiene, così, salvo il principio secondo cui le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, secondo accertamenti demandati, nella fattispecie concreta, al medico, ma esclude la previsione dell'obbligo di un unico e contemporaneo impianto e del numero massimo di embrioni da impiantare”.

Analogo limite, tuttavia, è ravvisabile nella legislazione tedesca sulla fecondazione assistita: l'*EmbryonenSchutzGesetz* (ESchG, promulgato nel 1990 e modificato nel 2001), infatti, recita:

“§ 1 Utilizzo abusivo di tecniche di fecondazione

1. Con la detenzione fino a tre anni, o con una pena pecuniaria, viene punito chi:

[...]

- 3. impianta in una donna più di tre embrioni durante un ciclo di fecondazione;

[...]

- 5. feconda d'una stessa donna più ovuli di quelli che le potranno essere impiantati durante un ciclo di fecondazione;

[...]”,

precisando al § 8 che: “Nell'ottica della presente legge, per ‘embrione’ si intende già l'ovulo fecondato, capace di sviluppo, a partire dal momento della fusione dei nuclei, ed anche ogni cellula totipotente prelevata da un embrione, la quale in presenza degli ulteriori requisiti necessari possa dividersi e svilupparsi fino a diventare un individuo”.

Il § 10, infine, partendo dal presupposto della delicatezza etica di queste procedure, prevede l'obiezione di coscienza: “Nessuno è obbligato a svolgere pratiche di fecondazione artificiale od a collaborare ad esse”.

L'intervento del legislatore, peraltro, ha ridotto a tre l'iniziale limite di quattro embrioni previsto dalle direttive dell'Ordine dei medici, sempre motivato dalla necessità di sottrarsi all'alternativa fra distruzione immediata o crioconservazione degli embrioni creati in sovrannumero.

La limitazione numerica in generale, e quest'ulteriore riduzione in particolare, possono essere spiegate alla luce della *Weltanschauung* costituzionale tedesca, massime ex artt. 1, comma 1 e 2, comma 2, § 1, GG.

Le sanzioni penali che accompagnano la *ESchG* sono chiara garanzia d'una protezione assicurata all'embrione da parte dello Stato, fenotipo dei principî di tutela

della dignità umana e del diritto alla vita espressi nei primi due articoli del GG. Pur non essendo impossibile ritenere che questa particolare attenzione costituzionale possa essere in parte anche frutto del desiderio postbellico di compiere un radicale *revirement* rispetto alla legislazione del periodo nazista sulla purezza della razza *etc.*, va notato come già la legislazione prussiana proteggesse i non ancora nati (*Preußisches Allgemeines Landrecht*, I, 1, 10: “I diritti generali della persona spettano anche agli uomini non ancora nati, a partire dal momento del loro concepimento”). Durante i lavori parlamentari costituenti, inoltre, venne proposto un emendamento all’art. 2 comma 2 GG che espressamente estendesse la protezione giuridica ai non ancora nati: esso non venne approvato giacché, come ha sottolineato il BVerfG (in BVerfGE XXXIX, pp. 1 ss.) la maggioranza dei parlamentari ritenne implicito che la protezione dell’art. 2 comma 2 GG ricomprendesse anche i non ancora nati. Oggetto di discussione è stato, però, se questa volontà dei costituenti possa oggi venir interpretata tanto estensivamente da inserirvi anche gli embrioni FIVET, trattandosi di procedimenti sviluppati molti anni dopo la stesura del GG.

Il BVerfG, nelle sue sentenze sull’aborto, in particolare in quelle del 1975 e del 1993, non era stato chiamato a pronunciarsi sulla situazione di embrioni FIVET, ma aveva comunque sottolineato che l’embrione è titolare di diritti autonomi rispetto a quelli della madre, potenzialmente contrari al diritto all’autodeterminazione di quest’ultima (BVerfGE, XXXIX, pp. 36 ss.), affermando: “Dove c’è vita umana, c’è dignità umana da proteggere” (BVerfGE, LXXXVIII, pp. 251 ss.), dal momento che, secondo la Corte costituzionale tedesca, l’embrione non si sviluppa per diventare persona, ma si sviluppa in quanto già persona, applicando perciò il principio: “*In dubio, pro embryone*”. Il BVerfG s’è espresso in numerose sentenze a favore della garanzia della dignità umana, via via acclarando che l’art. 1 comma 1 GG sia un “principio costituzionale fondamentale” (BVerfGE, L, p. 175), il “valore giuridico più elevato” (BVerfGE, XLVIII, p. 163) nella “scala di valori” costituzionale (BVerfGE, VII, p. 205)), cioè il valore ontologico del GG stesso (BVerfGE, XXXII, p. 108), per così dire la sua ‘*Grundnorm*’ (BVerfGE, XXVII, p. 351). Ne consegue che questi diritti fondamentali, per il legislatore tedesco, *ex art. 1 comma 1 GG* non siano solo diritti soggettivi, ma valori oggettivi ed assoluti, che valgono come *tertium comparationis* per la comparazione dei beni giuridici.

Allegato 1: Legge per la protezione degli embrioni (*ESchG*), del 13 dicembre 1990 (BGBl. I, p. 2746), modificata *ex art. 22 I. 23* ottobre 2001 (BGBl. I, p. 2702)

Il Bundestag ha approvato la seguente legge:

§ 1 Utilizzo illecito di tecniche di fecondazione.

1. Con la detenzione fino a tre anni, o con una pena pecuniaria, viene punito chi

1. impianta in una donna un ovulo non fecondato d’altra donna;
2. cerca di fecondare artificialmente un ovulo per uno scopo diverso da quello d’una gravidanza della donna dalla quale è stato prelevato;
3. cerca di impiantare in una donna più di tre embrioni durante un ciclo di fecondazione;
4. cerca, con un trasferimento infratubarico di gameti, di fecondare più di tre ovuli per ciclo di fecondazione;
5. cerca di fecondare d’una stessa donna più ovuli di quelli che le potranno essere impiantati durante un ciclo di fecondazione;

6. preleva da una donna un embrione prima del termine del suo annidamento nell'utero allo scopo d'impiantarli in un'altra donna o d'utilizzarlo per uno scopo diverso dalla sua conservazione, o

7. cerca, in una donna consenziente, di trasferirne il figlio a terzi dopo la nascita (madre sostituta), di effettuare una fecondazione artificiale o d'impiantarle un embrione umano.

2. Viene allo stesso modo punito chi

1. opera artificialmente affinché una cellula germinale umana entri in un ovocita umano, o

2. inserisce artificialmente una cellula germinale umana in un ovocita per uno scopo diverso da quello della gravidanza della donna dalla quale l'ovulo proenga.

3. Non è punibile

1. nei casi comma 1 nn. 1, 2 e 6 la donna da cui l'ovulo provenga, come pure la donna nella quale debba venir impiantato l'ovulo o l'embrione, e

2. nei casi comma 1 n. 7 la madre sostituta, come pure la persona che volesse prendere il figlio con sé.

4. Nei casi comma 1 n. 6 e comma 2, anche il tentativo è penalmente perseguibile.

§ 2 Uso abusivo di embrioni umani

1. Chi vende un embrione umano extracorporealmente prodotto o prelevato da una donna prima della conclusione del suo annidamento nell'utero o lo cede, acquista od utilizza per uno scopo diverso dalla sua conservazione, è punito con la reclusione fino a tre anni o con un'ammenda.

2. Allo stesso modo viene punito chi per uno scopo diverso dalla prosecuzione della gravidanza procura che un embrione umano si sviluppi extracorporealmente.

3. Anche il tentativo è punito penalmente.

§ 3 Divieto di selezione

Chi cerca di fecondare un ovulo umano con una cellula germinale maschile, laddove essi siano stati selezionati sulla base del loro corredo cromosomico, è punito con la reclusione fino ad un anno o con un'ammenda. Ciò non si applica nel caso in cui la selezione sia stata fatta da un medico allo scopo di preservare il nascituro dalla distrofia muscolare di Duchenne o da una simile malattia ereditaria grave, e la malattia minacciante il nascituro sia stata espressamente riconosciuta come grave dalle competenti autorità secondo la legge dello Stato.

§ 4. Fecondazione illecita, embryo-transfert illecito e fecondazione artificiale *post mortem*

1. Con la reclusione fino a tre anni od un'ammenda è punito chi

1. Cerca di fecondare artificialmente un ovocita senza che la donna dalla quale questo provenga e l'uomo il cui seme venga usato per la fecondazione abbiano acconsentito;

2. cerca di impiantare in una donna senza il suo consenso un embrione, o

3. feconda consapevolmente un ovulo con lo sperma d'un uomo deceduto.

2. Nei casi previsti dal comma 1 n. 3 non è punibile la donna per la quale la fecondazione artificiale è stata compiuta.

§ 5 Modifiche artificiali delle cellule germinali umane.

1. Chi modifica artificialmente il corredo cromosomico d'una cellula germinale umana è punito con la reclusione fino a 5 anni o con un'ammenda.
2. Allo stesso modo è punito chi utilizza una cellula germinale umana geneticamente modificata per una fecondazione.
3. Anche il tentativo è punito.
4. Il comma 1 non si applica
 1. alle modifiche artificiali del patrimonio cromosomico d'una cellula germinale che si trova al di fuori del corpo, se è escluso ch'essa venga utilizzata per una fecondazione;
 2. alle modifiche artificiali del patrimonio cromosomico d'una cellula germinale umana proveniente da un feto morto, da una persona o da un cadavere se è escluso
 - a) ch'esse venga reimpiantata in un embrione, in un feto od in una persona, o
 - b) che ne venga tratta una cellula germinale, e parimenti
 3. ai trapianti con innesto, alle radioterapie, alle chemioterapie o ad altri trattamenti che non abbiano lo scopo di modificare il corredo cromosomico della cellula germinale.

§ 6 Cloni.

1. Chi artificialmente opera affinché un embrione umano nasca con il medesimo corredo cromosomico d'un altro embrione, d'un feto, d'una persona vivente o d'una defunta, è punito con la reclusione fino a cinque anni o con una pena pecuniaria.
2. Allo stesso modo è punito chi impiantasse in una donna un embrione del tipo descritto nel comma 1.

§ 7 Embrioni chimera ed ibridi.

1. Chi tenta
 1. di unire embrioni con corredi cromosomici di tipo differente, usando almeno un embrione umano;
 2. di unire ad un embrione umano una cellula con un corredo cromosomico diverso da quello dell'embrione stesso, e che tuttavia possa in seguito iniziare a differenziarsi ugualmente, o
 3. di produrre un embrione capace di in seguito di svilupparsi fecondando un ovocita umano con sperma animale, oppure un ovocita animale con sperma umano è punito con la reclusione fino a cinque anni o con una pena pecuniaria.
2. Allo stesso modo è punito chi tenta di
 1. impiantare un embrione del tipo descritto nel comma 1 in
 - a) una donna, o
 - b) un animale, o
 2. impiantare un embrione umano in un animale.

§ 8 Definizioni.

1. Nell'ottica della presente legge, per 'embrione' si intende già l'ovulo fecondato, capace di sviluppo, a partire dal momento della fusione dei nuclei, ed anche ogni cellula totipotente prelevata da un embrione, la quale in presenza degli ulteriori requisiti necessari possa dividersi e svilupparsi fino a diventare un individuo.
2. Nelle prime 24 ore dopo la fusione dei nuclei l'ovulo fecondato si considera

capace di svilupparsi, a meno che già prima del trascorrere di questo lasso di tempo non si accerti che questo non possa svilupparsi.

3. Nell'ottica della presente legge, per 'cellule germinali' s'intendono tutte quelle cellule che portino, in una catena cellulare, dalla cellula fecondata ad ovuli e cellule germinali della persona da esse sviluppatasi, come pure gli ovociti a partire dall'immissione o dall'inserimento delle cellule germinali, fino al momento dell'avvenuta fecondazione a seguito della fusione dei nuclei.

§ 9 Limitazioni ai non medici.

Solo un medico è autorizzato a procedere

1. alla fecondazione artificiale;
2. all'impianto d'un embrione umano in una donna;
3. alla conservazione d'un embrione umano come pure d'un ovulo umano in qui siano già state inserite od artificialmente aggiunte cellule germinali umane.

§ 10 Obiezione di coscienza.

Nessuno è obbligato a svolgere pratiche di fecondazione artificiale, né a collaborare ad esse.

§ 11 Violazioni delle limitazioni ai non medici.

1. Chi, non essendo medico,
 1. procede ad una fecondazione artificiale violando il § 9 n. 1, oppure
 2. impianta un embrione umano in una donna, violando il § 9 n. 2, è punito con la reclusione fino ad un anno o con una pena pecuniaria.
2. Non sono punibili, nel caso previsto dal § 9 n. 1, la donna che si sottoponesse alla fecondazione artificiale né l'uomo il cui seme venisse utilizzato per una fecondazione artificiale.

§ 12 Sanzioni pecuniarie.

1. Commette illecito chi, non essendo medico, violando il § 9 n. 3 conserva un embrione umano od un ovocita umano del tipo in quell'articolo descritti;
2. Tale illecito può venir punito con una ammenda fino a 2500 euro.