

PAPER N. 4

La Corte costituzionale  
portoghese tra scienza e  
dignità: procreazione  
medicalmente assistita e  
sperimentazione sugli  
embrioni

ISABELLA MAURELLO - ISABELLA RUARO -  
ELENA SCALCON

Trento BioLaw Selected Student Papers



# La Corte costituzionale portoghese tra scienza e dignità: procreazione medicalmente assistita e sperimentazione sugli embrioni

*Isabella Maurello, Isabella Ruaro, Elena Scalcon\**

**ABSTRACT:** The Portuguese Constitutional Court was asked to analyze the constitutionality of the law on assisted reproduction, Law n. 32/2006 as a result of the request presented by a conservative group of Members of the Assembly of the Republic, arguing that the law disregarded the protection due to the embryo and to the participants in reproductive techniques. A number of questions of constitutionality had been raised with regard to the legitimacy of using reproductive techniques, the absence of a maximum age for beneficiaries, the embryo experimentation, the decision not to criminalise any contract of surrogate motherhood. However, the Court concluded that none of the challenged provisions went against Constitutional rules and principles. In its ruling (n. 101/2009) the Constitutional Court focused its attention on several topic dealt within the Law on medically assisted reproduction. Among the other this paper has the aim to analyse in particular three questions, linked to the scientific research on embryos, that are: resort to MAP in order to treat serious illness in third parties, research with resort to embryos and punishing reproductive cloning and permitting the technique of transferring a nucleus without reproductive cloning

**KEYWORDS:** Medically assisted procreation; Use on embryos in the scientific research; Therapeutic ends; Right to dignity; Right to life

**SOMMARIO:** 1. Introduzione – 2. PMA - 2.1 PMA e ricerca e sperimentazione sugli embrioni – 2.3. PMA nel panorama comparato – 3. Portogallo: L. n. 32 del 2006 sulla PMA – 3.1. Introduzione – 3.2. La legge sulla PMA (L. n. 32 del 2006) – 4. Sentenza n. 101 del 2009 Tribunale costituzionale portoghese – 4.1. Parametri di costituzionalità – 4.2. Parametri di legalità – 4.3. Altre questioni affrontate dalla sentenza – 5. Ricerca e sperimentazione sugli embrioni nella sentenza n. 101 del 2009 del Tribunale costituzionale portoghese – 5.1. Ricorso a tecniche di PMA al fine di trattare una malattia grave di un soggetto terzo – 5.2. Ricerca con l'utilizzo di embrioni – 5.3. Punibilità della clonazione riproduttiva e ammissibilità della tecnica di trasferimento nucleare senza clonazione riproduttiva – 6. Riflessioni conclusive – 6.1 La dignità nell'ordinamento portoghese – 6.2. Una ricerca disciplinata – 6.3 Rapporto fra scienza e diritto.

## 1. Introduzione

La sentenza n. 101 del 2009 del Tribunale Costituzionale portoghese<sup>1</sup> affronta una serie di questioni di legittimità costituzionale sollevate da un gruppo di membri dell'Assemblea della Repubblica in relazione alla L. n. 32 del 2006<sup>2</sup>, con cui il legislatore portoghese ha provveduto a disciplinare la PMA, come previsto

---

\* *Studentesse dell'Università di Trento, Facoltà di Giurisprudenza.*

<sup>1</sup> [www.tribunalconstitucional.pt/tc/en/acordaos/20090101.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/en/acordaos/20090101.html).

<sup>2</sup> [www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/tpb\\_MA\\_4022.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tpb_MA_4022.pdf).

dall'art. 67 comma 2 della Costituzione<sup>3</sup>. Questo elaborato si propone di analizzare, tra i vari argomenti affrontati all'interno della legge, il tema della ricerca e sperimentazione con embrioni.

## 2. La procreazione medicalmente assistita (PMA)

La procreazione medicalmente assistita (PMA) consiste nell'assistenza medica finalizzata alla realizzazione del desiderio di avere un figlio prestata, con opportune tecniche e prestazioni mediche, nel caso in cui si siano verificate difficoltà di concepimento. Ad oggi, nella maggior parte degli Stati europei, è inoltre possibile accedere a tali tecniche al fine di evitare la trasmissione di malattie sessualmente trasmissibili e di origine genetica.

I primi tentativi di applicazione delle tecniche di PMA hanno avuto luogo a partire dalla seconda metà del XX secolo finché nel 1978 in Inghilterra nasce Louise Brown, prima bambina nata grazie alla fecondazione in vitro. Tre anni dopo in Australia verrà al mondo il primo bambino creato a partire da un embrione crioconservato (Baby Zoe)<sup>4</sup>. Attualmente le tecniche di PMA sono svariate ed in costante evoluzione; le più utilizzate e diffuse sono in particolare due: la fecondazione in vitro con successivo trasferimento dell'embrione, in cui la fecondazione avviene all'esterno del corpo femminile e l'embrione ottenuto viene poi trasferito nell'utero, e la micro-iniezione intracitoplasmatica dello spermatozoo, in cui il singolo spermatozoo viene iniettato direttamente nell'ovocita.

Le tecniche di PMA possono essere utilizzate in cicli c.d. a fresco, per cui i gameti o gli embrioni non sono crioconservati, o in cicli c.d. di scongelamento, per cui i gameti o gli embrioni sono crioconservati.

Al giorno d'oggi le tecniche di PMA raggiungono livelli di successo non lontani dalla normale fecondità dell'essere umano, poco fecondo rispetto a molte altre specie animali. Tali tecniche sono comunque considerate di carattere sussidiario, per cui non costituiscono un'alternativa al concepimento naturale; i diversi ordinamenti giuridici hanno dunque disciplinato la possibilità di accedervi stabilendo condizioni, limiti e finalità. Il carattere sussidiario è dovuto al fatto che esse sono considerate trattamenti medici, alle volte particolarmente invasivi, per cui vi si ricorre solo nel caso in cui non risulti possibile nessun altro metodo alternativo. Le tecniche di PMA, infatti, sono indicate nei casi in cui il concepimento spontaneo non sia possibile o particolarmente remoto e per i quali altri interventi farmacologici o chirurgici siano inadeguati.

<sup>3</sup> «(...) è compito dello Stato, per la protezione della famiglia, in particolare: [...] disciplinare la procreazione assistita nei termini che tutelino la dignità della persona umana».

<sup>4</sup> Faculdade de Direito - Universidade Nova de Lisboa, *Procriação Medicamente Assistida*, 2011, 3.

## 2.1. PMA e ricerca e sperimentazione sugli embrioni

Considerato l'elevato numero di embrioni prodotti per l'utilizzo delle tecniche di PMA e non più destinati a un progetto genitoriale o non in grado di svilupparsi per diventare essere umano, il dibattito pubblico si è concentrato su quale debba essere il destino di tali embrioni c.d. soprannumerari.

Ogni Stato propone soluzioni normative diverse e, a volte, contrastanti: da una parte vi sono ordinamenti che applicano la teoria della tutela crescente<sup>5</sup>, per cui a determinate condizioni è possibile utilizzare tali embrioni a scopo di ricerca e sperimentazione (Svizzera, Inghilterra); dall'altra vi sono ordinamenti che sin dal momento del concepimento riconoscono all'embrione lo status di persona e di conseguenza tutele e diritti a essa attribuiti, negando, quindi, la possibilità di qualsiasi intervento su di essi (Germania, Italia, Irlanda).

I sostenitori di quest'ultimo punto di vista ritengono sia più etico "lasciar morire" gli embrioni soprannumerari, abbandonandoli a quello che è il loro destino, senza alcun intervento dell'uomo, dal momento che «il rispetto dovuto alla vita non dovrebbe consentire di equiparare l'«uccidere» al "lasciar morire"»<sup>6</sup>.

Gli Stati possono essere classificati in tre categorie in base alle modalità con cui è regolato il tema della ricerca e sperimentazione sugli embrioni:

1) Stati in cui vige il divieto assoluto di ricerca e sperimentazione su embrioni; esemplare il caso italiano, in cui il divieto è reso più flessibile dall'interpretazione giurisprudenziale che ad oggi ammette la ricerca su cellule staminali derivate da embrioni creati all'estero e poi importate<sup>7</sup>. Simile a quello italiano è il modello austriaco in quanto la legge (*Reproductive Medicine Act*, 2004) esplicitamente proibisce la ricerca e sperimentazione sugli embrioni nonché la derivazione di cellule staminali embrionali mentre si ritiene ammesso, in quanto non regolato, l'utilizzo di linee embrionali importate<sup>8</sup>. In questa categoria rientra anche l'Irlanda dove attualmente il tema della ricerca e sperimentazione sugli embrioni, come quello della procreazione medicalmente assistita, non è regolato da leggi nazionali. Fino al 2009 si riteneva che la sperimentazione sugli embrioni fosse proibita dalla Costituzione, ma la Corte Suprema irlandese conferma nel caso soprannominato 'Frozen Embryos' quanto detto dalla *Irish High Court* nel 2006, cioè che gli embrioni crioconservati e creati al di fuori dell'utero materno non beneficiano della tutela che la

---

<sup>5</sup> Secondo tale teoria il nascituro non è identificabile come persona titolare di un patrimonio completo di diritti e di doveri ma non può nemmeno essere equiparato ad una *res*. Egli quindi risulta essere un soggetto potenziale oggetto di una tutela a c.d. geometria variabile che aumenta in relazione al suo grado di sviluppo. (C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, 3 ed., 39-40).

<sup>6</sup> Corte costituzionale italiana, 22 marzo 2016, sentenza n. 84, paragrafo 10.2.

<sup>7</sup> [www.eurostemcell.org/regulations/regulation-stem-cell-research-italy](http://www.eurostemcell.org/regulations/regulation-stem-cell-research-italy).

<sup>8</sup> [www.eurostemcell.org/regulations/regulation-stem-cell-research-austria](http://www.eurostemcell.org/regulations/regulation-stem-cell-research-austria).

Costituzione irlandese garantisce al nascituro<sup>9</sup>. Di conseguenza, come è stato recentemente affermato da Andrea Mulligan, docente universitaria al Trinity College di Dublino specializzata sulle tematiche bioetiche, non essendoci una regolamentazione su questa materia dal punto di vista teorico sarebbe possibile condurre ricerche scientifiche sugli embrioni<sup>10</sup>; nella pratica però, sebbene sia la *Commission on Assisted Human Reproduction* nel 2005 e l'*Irish Council of Bioethics* nel 2008 invitarono l'autorità statale a regolare la materia e ad autorizzare la ricerca sugli embrioni consentendola fino al 14esimo giorno, l'*Irish Medical Council* proibì nel 2009 di creare embrioni al fine di destinarli alla ricerca e almeno per quanto riguarda i finanziamenti statali questi sono vietati quando hanno ad oggetto progetti di ricerca e sperimentazione su embrioni<sup>11</sup>.

2) Stati in cui è permessa la ricerca e sperimentazione sugli embrioni esclusivamente su linee importate; in Germania, con lo *Stem Cell Act* del 2002, si consente la manipolazione su cellule staminali importate ed estratte da embrioni prima dell'emanazione dell'atto legislativo; successivamente tale limite è stato esteso fino al 2007. Risultano, invece, assolutamente proibite la creazione di embrioni e l'utilizzo di nuove linee embrionali<sup>12</sup>.

3) Stati in cui è permessa la ricerca e sperimentazione sugli embrioni sia su linee importate che "nazionali"; in tale categoria si concentrano tutte le situazioni in cui la ricerca si sviluppa grazie al consenso dell'autorità statale. A sua volta questa categoria può essere suddivisa in:

a) Stati che consentono la ricerca su embrioni soprannumerari; tra questi vi è la Svizzera che ha autorizzato la ricerca e sperimentazione sugli embrioni soprannumerari e su linee cellulari importate con il *Federal Act on Research Involving Embryonic Stem Cells* del 2003. Questa è, infatti, l'unica possibilità di utilizzo degli embrioni che non vengono utilizzati per la PMA in quanto la legge espressamente ne proibisce la crioconservazione per futuri impianti e la donazione. È interessante inoltre notare che la legge è entrata in vigore solo nel 2005 in seguito all'approvazione ottenuta nel referendum federale indetto da un gruppo di oppositori alla ricerca sugli embrioni<sup>13</sup>.

b) Stati che autorizzano la creazione di embrioni destinati esclusivamente alla ricerca (es. Inghilterra). Gli elementi comuni ai vari ordinamenti che adottano il modello permissivo sono: al fine di utilizzare gli embrioni soprannumerari a scopo di ricerca è indispensabile il consenso dei soggetti che hanno avuto

---

<sup>9</sup> Articolo 40 (3.3) Costituzione irlandese: «The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right. This subsection shall not limit freedom to travel between the State and another state. This subsection shall not limit freedom to obtain or make available, in the State, subject to such conditions as may be laid down by law, information relating to services lawfully available in another state».

<sup>10</sup> «In theory you could do anything you wanted with a human embryo in Ireland», thejournal.ie, 15 maggio 2016.

<sup>11</sup> [www.eurostemcell.org/regulations/regulation-stem-cell-research-ireland](http://www.eurostemcell.org/regulations/regulation-stem-cell-research-ireland).

<sup>12</sup> [www.eurostemcell.org/regulations/regulation-stem-cell-research-germany](http://www.eurostemcell.org/regulations/regulation-stem-cell-research-germany).

<sup>13</sup> <http://www.eurostemcell.org/regulations/regulation-stem-cell-research-switzerland>.

accesso alle tecniche di PMA; è vietata la commercializzazione degli embrioni; è necessaria l'approvazione dei protocolli di ricerca da parte di un comitato etico.<sup>14</sup>

### 2.3. La PMA nel panorama comparato

I diversi ordinamenti europei hanno regolato con modalità differenti la PMA e tutti gli aspetti legati all'uso di tali tecniche.

La dottrina ha distinto tra modelli a tendenza permissiva e modelli a tendenza impositiva: i primi «riconoscono il singolo come agente morale assolutamente libero e ne rispettano l'autonomia e l'autodeterminazione»; i secondi, invece, sono quelli in cui il sistema tende ad «imporre, pur in assenza di evidenti interessi prevalenti di natura collettiva, modelli di comportamento individuali tesi al rispetto ed alla promozione, anche contro la volontà del singolo, di quello che l'ordinamento suppone sia il suo bene»<sup>15</sup>.

Prendendo in considerazione la situazione di alcuni Stati europei, si può notare come questi possono essere ricondotti ai modelli sopra menzionati. Nel caso specifico, ci proponiamo di analizzare il tema della PMA in quattro ordinamenti: due dei quali, Gran Bretagna e Belgio, ascrivibili all'interno del modello permissivo, mentre gli altri due, Italia e Svizzera, riconducibili al modello impositivo<sup>16</sup>.

In Gran Bretagna la PMA è disciplinata dallo *Human Fertilisation and Embryology Act*, legge del 1990 soggetta ad una serie di modifiche nel corso degli anni, e con cui si è provveduto all'istituzione della *Human Fertilisation and Embryology Authority* (HFEA). Attualmente sono possibili tutte le tecniche di PMA omologa ed eterologa, senza particolari limitazioni. La donazione di semi e di ovociti è consentita, ma dal 2005 non può più essere anonima, motivo per cui il numero di donazioni è diminuito drasticamente. La maternità surrogata è consentita, ma soltanto nel caso in cui la coppia sia coniugata, entrambe le persone siano maggiorenni, di sesso diverso e residenti in Gran Bretagna, inoltre almeno uno deve essere genitore biologico del bambino; per poter ricorrere alla maternità surrogata si deve inoltre seguire una complessa procedura legale. Dall'ottobre 2015 è stata introdotta una nuova tecnica di fecondazione in vitro che prevede la donazione del DNA mitocondriale.

Il Belgio ha regolato in modo complessivo la questione nel 2007 con la "Legge relativa alla PMA e alla destinazione degli embrioni soprannumerari e dei gameti". Le disposizioni contenute in questa legge permettono l'accesso alla PMA, omologa ed eterologa, a coppie sposate o conviventi, eterosessuali o omosessuali, e a donne single; su indicazione medica possono accedervi anche minori di 16 anni; le donne possono accedervi solo fino all'età stabilita sulla base della tecnica a cui si ricorre; non vi è un limite al

<sup>14</sup> D. AVELINO, D. DINIZ, *International perspective on embryonic stem cell research*, in *Rev. Saúde Pública*, 43, 3, 2009, 2-3.

<sup>15</sup> C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 112.

<sup>16</sup> Tesi di S. BONET, *Legge 40/2004 e sue implicazioni, Aspetti politico – sociali della procreazione medicalmente assistita*, Università degli studi di Padova, Facoltà di Scienze Politiche.

numero di ovociti fecondabili ed è possibile il congelamento degli embrioni per un massimo di cinque anni. In alternativa, o se sono trascorsi i cinque anni, gli embrioni soprannumerari possono essere distrutti, o destinati alla ricerca o donati ad altri. La legge prevede, inoltre, il trasferimento *post mortem* degli embrioni entro un determinato periodo di tempo, che va dai sei mesi ai due anni dalla morte del partner. La donazione di embrioni soprannumerari è consentita solo se gratuita e anonima, mentre è sempre vietata la commercializzazione. La diagnosi genetica preimpianto è vietata nel caso in cui sia posta in essere con finalità eugenetiche e miri alla scelta del sesso, in quest'ultimo caso con una serie di eccezioni. In assenza di divieti espliciti è possibile la maternità surrogata, spetta, in particolare, ai centri di PMA valutare caso per caso; giuridicamente la madre gestazionale deve poi cedere i suoi diritti parentali al padre gestazionale, la cui moglie dovrà, in una fase successiva, fare domanda di adozione del bambino del suo coniuge.

In Italia la procreazione medicalmente assistita è disciplinata dalla L. n. 40 del 19 febbraio 2004, oggi diversa rispetto alla versione originaria dati gli aggiornamenti contenuti nelle linee guida e i diversi interventi della Corte Costituzionale. A seguito delle modifiche apportate è possibile accedere a tali tecniche non solo al fine di "risolvere" problemi di sterilità o infertilità, ma possono ricorrere anche le coppie portatrici di malattie virali sessualmente trasmissibili (HIV ed epatiti B e C)<sup>17</sup> e di malattie genetiche ereditarie<sup>18</sup>, nonché coppie in cui uno dei partner sia completamente sterile tramite il ricorso alla fecondazione eterologa<sup>19</sup>. Infine è possibile ricorrere alla diagnosi genetica preimpianto al fine di individuare malattie genetiche ed embrioni "sani"<sup>20</sup> ed è ammessa la possibilità di crioconservare quelli soprannumerari<sup>21</sup>. La coppia deve essere costituita da persone maggiorenni, di sesso diverso, sposate o conviventi, in età potenzialmente fertile ed entrambi i soggetti devono essere viventi.

Vi è poi la Svizzera, in cui la legge sulla PMA è una legge federale in vigore dal gennaio 2001. In questo Stato non vi è un limite al numero di ovociti fecondabili, ma soltanto tre possono poi essere portati allo stadio di embrione, mentre gli altri vengono congelati. Il congelamento può avvenire soltanto nella primissima fase del loro sviluppo. La diagnosi genetica preimpianto è vietata, mentre è consentita la biopsia del globulo polare. La donazione di ovociti è vietata, mentre non lo è quella di seme. Le embrio-donazioni e la maternità surrogata sono vietate.

---

<sup>17</sup> D.M. 11 aprile 2008, *Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita*.

<sup>18</sup> Corte costituzionale italiana, 14 aprile 2015, sentenza n. 96.

<sup>19</sup> Corte costituzionale italiana, 18 giugno 2014, sentenza n. 162.

<sup>20</sup> Corte costituzionale italiana, 11 novembre 2015, sentenza n. 229.

<sup>21</sup> Corte costituzionale italiana, 13 maggio 2009, sentenza n. 151.

### 3. Portogallo – L. n. 32 del 2006 sulla PMA

#### 3.1. Introduzione<sup>22</sup>

Nel 1986 l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa invitò gli Stati membri a regolamentare la PMA con la raccomandazione n. 1046 sull'utilizzo di embrioni e feti umani per fini diagnostici, terapeutici, scientifici, commerciali e industriali, tenendo in considerazione i valori umani che necessitano di protezione giuridica. Di conseguenza fu creata in Portogallo la commissione per l'inquadramento legislativo delle nuove tecnologie. Questa propose al Ministero della Giustizia le tecniche di PMA che avrebbero dovuto essere permesse e il regime di autorizzazione necessario, successivamente fu elaborato il decreto legge 319/86 marcato da carattere provvisorio e restrittivo. Questo decreto sancì il permesso all'accesso a tecniche di PMA: nel caso di tecniche omologhe e c.d. a fresco non si dovrà richiedere alcuna autorizzazione del Ministero della Salute, mentre in tutti gli altri casi (es. utilizzo di semi congelati o materiale proveniente da terzo esterno alla coppia) sarà necessaria.

Nel 1997 con una riforma del testo costituzionale, entrato in vigore il 25 aprile 1976, si è imposto al legislatore ordinario il compito di regolare la materia della procreazione medicalmente assistita per stare al passo con gli sviluppi della realtà sociale.

L'art.67, c.2, lett. e infatti prevede che «è compito dello Stato, per la protezione della famiglia, in particolare: [...] disciplinare la procreazione assistita nei termini che tutelino la dignità della persona umana». Unico limite che la Costituzione pone alla libertà del legislatore è la dignità umana, in quanto per delimitare le opzioni legislative in questa materia si ritengono sufficienti i principi fondanti dello Stato di diritto democratico presenti nella Carta fondamentale.<sup>23</sup>

Nello stesso anno fu approvato un progetto, mai convertito in legge, che regolava complessivamente la PMA. Tuttavia, il Presidente della Repubblica pose il veto ritenendo non ci fosse maturità sufficientemente nella materia e mancasse consenso sulla fecondazione in vitro, sull'utilizzo delle tecniche di diagnosi preimpianto, sulla ricerca con embrioni e sul diritto alla privacy.

Nel corso degli anni il dibattito sulla questione si è acceso fino a sentire l'esigenza di una legislazione in materia. Nel 2006 si arriva quindi ad approvare la Legge n. 32 che regola la PMA e alcune questioni ad essa connesse, tra cui la ricerca e sperimentazione sugli embrioni. Nonostante ci sia una legge sulla materia, la discussione sopra esposta è ancora attuale. Infatti, anche considerando questa legge come una 'vittoria', il Portogallo è stato uno degli ultimi Paesi europei a legiferare sulla PMA.

<sup>22</sup> Faculdade de Direito - Universidade Nova de Lisboa, *Procriação Medicamente Assistida*, 2011, 4 ss.

<sup>23</sup> A cura di P. PASSAGLIA, con i contributi di E. BOTTINI, C. GUERRERO PICÒ, S. PASETTO E M. T. RORING, *La fecondazione eterologa*, Corte costituzionale, 2014, 143.

### 3.2 La legge sulla PMA (L. n. 32 del 2006)

La legge in questione si apre con l'enumerazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita consentite<sup>24</sup>. Tali tecniche sono considerate sussidiarie e non alternative alla procreazione naturale, di conseguenza il loro utilizzo è subordinato a una serie di condizioni di ammissibilità: diagnosi di infertilità, trattamento di malattie gravi o evitare il rischio di trasmissione di malattie genetiche, contagiose o altre malattie<sup>25</sup>. Per realizzare tali obiettivi il legislatore permette il ricorso alla diagnosi genetica preimpianto (DGP), tecnica di ricerca diagnostica sussidiaria per l'applicazione della PMA<sup>26</sup>. L'accesso a tali tecniche è consentito dalla legge alle coppie sposate, non separate legalmente o di fatto, o conviventi *more uxorio* di sesso differente, che stiano insieme da almeno due anni. I beneficiari dovranno avere almeno 18 anni e non essere interdetti o inabilitati per motivi psichici<sup>27</sup>.

È permessa dalla legge la fecondazione eterologa, con donazione di spermatozoi, di ovuli o di embrioni, mentre è vietata esplicitamente la compravendita di tale materiale biologico<sup>28</sup>. È inoltre consentita la

---

<sup>24</sup> Art. 2. Ambito applicativo: tecniche di PMA autorizzate dalla legge:

- Inseminazione artificiale (artt. 19 – 23).
- Fertilizzazione in vitro (artt. 24 – 27).
- Iniezione intracitoplasmatica di spermatozoi.
- Trasferimento di embrioni, gameti o zigoti.
- Diagnosi genetica preimpianto.
- Altre tecniche di laboratorio di manipolazione genetica o embrionale, equivalenti o sussidiarie rispetto a quelle precedentemente elencate.

<sup>25</sup> Art. 4. Condizioni di ammissibilità:

- 1: le tecniche di PMA sono un metodo sussidiario e non alternativo alla procreazione.
- 2: l'utilizzo di tali tecniche è subordinato a: diagnosi di infertilità; trattamento di malattia grave; evitare il rischio di trasmissione di malattie di origine genetica o infettiva o altre malattie.

<sup>26</sup> Art. 28. Diagnosi genetica preimpianto (DGP): tecnica di ricerca diagnostica sussidiaria ma necessaria per l'applicazione delle tecniche di PMA alla luce dei fini che questa si propone di perseguire. In particolare ha come obiettivo:

- Individuare embrioni portatori di gravi anomalie.
- Identificare cellule anuploidi negli embrioni destinati al trasferimento, al fine di diminuire il rischio di alterazioni cromosomiche e aumentare le possibilità di successo.
- Diagnosticare, curare o prevenire gravi malattie genetiche.

Art. 29. Beneficiari della DGP: soggetti che provengono da famiglie con alterazioni che causano morte prematura o gravi malattie quando è alto il rischio di trasmissione alla discendenza. Inoltre le indicazioni mediche per ricorrere all'utilizzo di tale tecnica sono determinate dalle buone pratiche mediche e dalle raccomandazioni, periodicamente aggiornate, delle organizzazioni professionali nazionali ed internazionali che si occupano di questa materia.

<sup>27</sup> Art. 6 Beneficiari: elenco dei requisiti soggettivi necessari per accedere a tali tecniche:

- Coppie sposate, non separate legalmente o di fatto.
- Coppie di conviventi di sesso differente, che stiano insieme da almeno 2 anni.
- I beneficiari dovranno avere almeno 18 anni.
- I beneficiari non devono essere interdetti o inabilitati per motivi psichici.

<sup>28</sup> Art. 10. Ammissibilità della fecondazione eterologa: consiste nell'utilizzo delle tecniche di PMA facendo ricorso alla donazione di gameti o embrioni:

1. È possibile utilizzare tale tecnica, nella quale risulta necessaria la donazione di ovociti, spermatozoi o embrioni, solamente nel caso in cui non sia possibile raggiungere la gravidanza tramite il ricorso ad altre tecniche e usando i gameti dei beneficiari, secondo il principio di sussidiarietà.
2. I donatori non hanno alcun legame parentale con i nascituri.

fecondazione *post mortem* solamente al fine di realizzare un progetto genitoriale già stabilito per iscritto prima della morte del padre, purché sia decorso il termine necessario per permettere alla madre di giungere a una ponderata decisione<sup>29</sup>.

Risultano invece vietate la clonazione umana a fini riproduttivi, l'utilizzo delle tecniche di PMA allo scopo di predeterminare caratteristiche non mediche dei nascituri, anche se con alcune eccezioni<sup>30</sup>, nonché la maternità surrogata sia a titolo oneroso che gratuito, ma solo la prima è sanzionata penalmente<sup>31</sup>. Per quanto riguarda la sperimentazione e ricerca sugli embrioni è vietata espressamente la loro creazione per destinarli esclusivamente a questo scopo, mentre è consentita su determinate categorie di embrioni stabilite dalla legge<sup>32</sup>.

---

Art. 18. Divieto di compravendita di ovuli, spermatozoi, embrioni o altro materiale biologico.

<sup>29</sup> Art. 22. Inseminazione *post mortem*

1. Dopo la morte del marito o del convivente non è consentito alla donna procedere alla fecondazione in vitro con gli spermatozoi del defunto, anche in presenza di un precedente consenso.
2. I gameti prelevati in vista di una futura sterilità, vengono distrutti nel caso in cui il padre muoia durante il periodo stabilito per la conservazione di essi.
3. È lecito il trasferimento *post mortem* di embrioni per la realizzazione di un progetto genitoriale già stabilito per iscritto prima della morte del padre, decorso il termine necessario per permettere alla madre di giungere ad una ponderata decisione.

<sup>30</sup> Art. 7. Finalità proibite:

1. Proibisce la clonazione riproduttiva quando finalizzata a creare essere umani geneticamente identici ad altri.
2. Divieto di usare le tecniche di PMA per selezionare determinate caratteristiche non mediche nel nascituro, in particolare al fine di predeterminarne il sesso.
3. Eccezione al comma precedente in cui si ammette: la possibilità di poter selezionare il sesso del nascituro qualora ci sia un elevato rischio di trasmissione di una malattia genetica legata al sesso e non sia possibile utilizzare né la diagnosi prenatale né la diagnosi preimpianto per evitarne la trasmissione. La possibilità di selezionare le caratteristiche del nascituro in modo da ottenere un gruppo HLA compatibile con un soggetto terzo al fine di curare in lui una malattia grave.
4. Divieto di utilizzo delle tecniche di PMA per creare chimere o ibridi.
5. È proibito l'utilizzo della diagnosi genetica preimpianto nel caso di malattie multifattoriali in quanto il valore predittivo del test è estremamente ridotto.

Art. 36. Sanzioni per la clonazione riproduttiva:

1. Punisce con sanzione penale il trasferimento nell'utero materno dell'embrione ottenuto mediante la tecnica di trasferimento nucleare, a meno che tale trasferimento non risulti necessario ai fini dell'applicazione delle tecniche di PMA.
2. Punisce con sanzione penale il trasferimento nell'utero materno dell'embrione ottenuto tramite la tecnica di divisione embrionale.

<sup>31</sup> Art. 8. La maternità surrogata è proibita:

1. Sono nulli i contratti sia gratuiti che onerosi che hanno ad oggetto la maternità surrogata
2. Definizione di maternità surrogata: "qualunque situazione nella quale una donna sia disposta a portare avanti una gravidanza per conto di altri ed a consegnargli il neonato dopo il parto, rinunciando ai poteri ed ai doveri propri della maternità".
3. La donna che porta avanti la gravidanza è considerata a tutti gli effetti di legge la madre del nascituro.

Art. 39. Sanzione maternità surrogata: chiunque stipuli contratti di maternità surrogata a titolo oneroso o ne promuova la stipulazione è punito con sanzione penale.

<sup>32</sup> Art. 9. Utilizzo di embrioni a fini di ricerca:

- a) Comma 1: è proibita la creazione di embrioni, tramite le tecniche di PMA, per la ricerca scientifica.
- b) Comma 2: introduce un'eccezione al principio generale per cui è lecito utilizzare embrioni per la ricerca scientifica qualora questa abbia come obiettivi: prevenzione (diagnosi o terapia), perfezionamento delle tecniche di PMA o costituzione di banche di cellule staminali per programmi di trapianto e per ogni altra finalità terapeutica.
- c) Comma 3: la condizione per l'utilizzo di embrioni a fini di ricerca è che sia ragionevole aspettarsi un beneficio per l'umanità e inoltre ogni progetto scientifico deve essere approvato dal CNPMA.
- d) Comma 4: solo alcune categorie di embrioni tassativamente determinate dalla legge possono essere utilizzate a scopo di ricerca.
- e) Comma 5: per l'utilizzo di alcune categorie di embrioni è necessario chiedere il consenso dei generanti.

Da notare è l'istituzione del Consiglio Nazionale della Procreazione Medicalmente Assistita (CNPMA) il cui compito è quello di pronunciarsi riguardo alle questioni etiche, sociali, e legali legate alla PMA. Tra le principali competenze vi è quella di valutare, dunque approvare o rifiutare, i progetti di ricerca che utilizzano embrioni nonché di stabilire le linee guida per l'utilizzo della DGP<sup>33</sup>.

#### 4. Sentenza n. 101 del 2009 Tribunale costituzionale portoghese

Il 3 marzo 2009 il Tribunale costituzionale portoghese, con la sentenza n. 101, si è pronunciato sulla costituzionalità della L. n. 32 del 2006 sulla PMA, a seguito del ricorso presentato da un gruppo di deputati dell'Assemblea della Repubblica. La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata per presunto contrasto di varie norme della legge con la Costituzione e con diversi documenti internazionali, nello specifico la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e la Convenzione di Oviedo.

In conclusione i giudici del Tribunale costituzionale si pronunciano ritenendo tale legge in conformità con i principi costituzionali, in particolare con la dignità umana, unico limite imposto al legislatore dalla Costituzione (art. 67, c. 2, lett. e).

##### 4.1. Parametri di costituzionalità<sup>34</sup>

La Costituzione è il primo parametro utilizzato dai giudici per valutare la legittimità della legge. L'unico riferimento espresso alle tecniche di PMA all'interno della Carta portoghese si trova all'art. 67, c. 2, lett. e, che afferma: «è compito dello Stato regolare la PMA nel rispetto della salvaguardia della dignità della persona umana». Questa disposizione dimostra la necessità e l'obbligo per il legislatore di procedere a regolamentare tale materia, ma non riconosce il diritto a qualsiasi tecnica di PMA, escludendo quelle lesive della dignità umana.

<sup>33</sup> Art. 30 Comitato Nazionale di Procreazione Medicalmente Assistita (CNPMA):

- a) Comma 1: istituzione del Comitato Nazionale della PMA, il cui compito è quello di pronunciarsi riguardo alle questioni etiche, sociali e legali collegate alla PMA.
- b) Comma 2: tra le sue competenze:
  - Lettera e: dare un parere sulla creazione di banche di cellule staminali e sulla destinazione del materiale biologico ivi contenuto nel caso di chiusura di queste.
  - Lettera f: stabilire le linee guida per l'utilizzo di DGP.
  - Lettera g: valutare, dunque approvare o rifiutare, i progetti di ricerca che utilizzano embrioni.
  - Lettera h: approvare il documento con cui i beneficiari delle tecniche di PMA forniscono il consenso informato.
  - Lettera q: decidere caso per caso riguardo l'utilizzo delle tecniche di PMA per la selezione del gruppo HLA dell'embrione, in modo che sia compatibile con un soggetto terzo affetto da malattia grave.
- c) Comma 3: il CNPMA emana relazioni annuali sullo stato di attuazione delle tecniche di PMA e formula raccomandazioni al fine di suggerire le modifiche legislative necessarie per adeguare le tecniche di PMA all'evoluzione scientifica, tecnologica, culturale e sociale

<sup>34</sup> In sentenza 101/2009 Tribunale Costituzionale portoghese, vedi vizi materiali par. a) parametri di costituzionalità.

La Costituzione riconosce a questo principio, citato nell'art. 1, una dimensione oggettiva, non considerandolo un diritto fondamentale che fa sorgere posizioni giuridiche soggettive, ma piuttosto un principio necessario per concretizzare e delimitare il contenuto di diritti fondamentali costituzionalmente consacrato per far emergere diritti fondamentali non scritti. L'art. 67 mira a salvaguardare i diritti della persona che vengono coinvolti nel momento in cui si utilizzano tecniche di PMA, come: art. 25, diritto all'integrità fisica e morale; art. 26, diritto all'identità personale, genetica, allo sviluppo della personalità; art. 36, diritto a costituire una famiglia; art. 64, diritto alla salute.

#### 4.2. Parametri di legalità<sup>35</sup>

I ricorrenti sostengono che la Legge n. 32 del 2006 sia in contrasto con alcune fonti internazionali: Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, Dichiarazione Universale sul Genoma Umano e Diritti Umani, Convenzione di Oviedo e relativo Protocollo Addizionale sulla Clonazione Umana. Tali strumenti vincolano lo Stato portoghese in forza dell'art. 8, comma 1 Cost., il quale afferma che le norme e i principi di diritto internazionale generale sono parte integrante del diritto interno. Tali fonti, però, vanno trattate in modo diverso secondo la posizione da esse ricoperta.

La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, alla quale il Portogallo aderisce dal 14 dicembre 1955, ricopre un ruolo particolare all'interno della gerarchia delle fonti portoghesi: tale posizione può essere definita super costituzionale dal momento in cui viene intesa come strumento di riferimento per l'interpretazione delle regole contenute nella Costituzione.

Questa impostazione è possibile grazie all'art. 8 della Carta costituzionale e rinforzata dall'art. 16 che sottolinea la posizione importante ricoperta dalla Dichiarazione: «*Le disposizioni costituzionali e legali relative ai diritti fondamentali devono essere intese e interpretate in conformità con la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo*»<sup>36</sup>. Il documento contiene una serie di valori già costituzionalizzati e in questo senso non assurge a parametro indipendente di validità per le leggi interne, in quanto già riassunto nella Costituzione.

La Convenzione di Oviedo e il Protocollo Addizionale sulla Clonazione Umana sono stati debitamente ratificati ed entrati in vigore (rispettivamente 1° dicembre 1999 e 1° marzo 2001), mentre la Dichiarazione Universale sul Genoma Umano e Diritti Umani non è mai stata ratificata e dunque non vincola formalmente il Portogallo, per cui solo i primi due strumenti costituiscono diritto internazionale convenzionale ai sensi dell'art. 8 Cost.

<sup>35</sup> In sentenza 101/2009 Tribunale Costituzionale portoghese, vedi vizi materiali par. b) parametri di legalità.

<sup>36</sup> 16<sup>th</sup> Congress of the Conference of European Constitutional Courts 2014, Portuguese Constitutional Court, pagg. 3 ss.

Per quanto riguarda il valore parametrico di questi documenti, non si può escludere che, nonostante la loro natura convenzionale, alcune delle loro disposizioni possano avere forza costituzionale, in quanto essi sono espressione di principi generali del diritto comunemente riconosciuti nel quadro della comunità internazionale. Tali fonti sono state utilizzate come parametri quando il costituente ha stabilito i limiti che il legislatore nazionale doveva rispettare nella disciplina giuridica della PMA e ciò consente di ritenere tale legge compatibile con i requisiti di base della dignità umana, indicati in primis nella Costituzione e poi richiamati dalla Convenzione di Oviedo. Quest'ultima non possiede il valore di parametro autonomo per la determinazione di costituzionalità della legge sulla PMA, in quanto contiene norme di diritto internazionale che vincolano lo Stato. Dunque, nonostante questo tipo di convenzioni possieda un valore super legale, esse devono essere considerate giuridicamente subordinate alla Costituzione; quindi la possibilità che la legge non sia in conformità con principi ivi contenuti determina un vizio di mera legalità che non rientra tra le competenze del Tribunale costituzionale<sup>37</sup>.

#### **4.3. Altre questioni affrontate dalla sentenza**

Le questioni affrontate dai giudici costituzionali portoghesi nella sentenza 101/2009 sono molteplici e toccano vari aspetti della legge sulla PMA tra cui in particolare la tematica della ricerca e sperimentazione sugli embrioni. Risultano però meritevoli di un breve approfondimento anche altri aspetti che, sebbene non strettamente connessi con il tema in questione, hanno comunque con esso un legame, in particolare questo può servire ad una comprensione più globale della legge sulla PMA e dell'atteggiamento permissivo dei giudici verso di essa.

##### **4.3.1. Ricorso alle tecniche di PMA nei casi in cui ci sia un rischio di trasmissione di malattie di origine non genetica e non infettiva<sup>38</sup>**

Viene sollevata questione di legittimità costituzionale con riguardo al termine "altre malattie", che si riferisce a malattie che non hanno origine né genetica né infettiva. I ricorrenti lamentano che l'ampiezza di tale termine lascia aperta la possibilità per la selezione delle caratteristiche morfologiche o genetiche dell'embrione (c.d. caratteristiche non mediche). I giudici del Tribunale costituzionale rigettano la questione

---

<sup>37</sup> Il Tribunale Costituzionale portoghese non ha competenza nel valutare l'incostituzionalità materiale di una norma di legge interna rispetto a norme di diritto internazionale perché è di competenza delle "common court" tale valutazione nel caso di specie. (vedi 3rd Congress of the World Conference on Constitutional Justice 'Constitutional Justice and Social Integration', questionnaire reply by the Constitutional Court of Portugal, pag. 16)

<sup>38</sup> In sentenza 101/2009 Tribunale Costituzionale portoghese, vedi vizi materiali di costituzionalità, par. a)

e definiscono il termine. Innanzitutto si ricorda come il ricorso alle tecniche di PMA sia subordinato al principio di sussidiarietà, cioè solamente nel caso in cui siano realizzati i presupposti elencati all'art.4<sup>39</sup>. Inoltre dalla legge si ricava il divieto di selezionare caratteristiche non mediche nel nascituro (es. sesso) quando ciò non abbia come obiettivo quello di prevenire la trasmissione di una malattia<sup>40</sup>. Infine il Tribunale afferma che il termine contestato indica tutte quelle malattie per cui in futuro sarà possibile prevenire il rischio di trasmissione facendo ricorso alle tecniche di PMA, sempre che si sia in presenza di una malattia grave, anche se non infettiva o genetica, e non sia possibile raggiungere lo stesso risultato utilizzando altri metodi a disposizione.

#### 4.3.2. L'età dei beneficiari di PMA<sup>41</sup>

I ricorrenti hanno sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 6, c. 2<sup>42</sup> poiché non prevede un limite di età per accedere alle tecniche di PMA e ciò risulterebbe in contrasto con le disposizioni costituzionali riguardanti gli interessi del minore. I giudici rigettano la questione perché nonostante la legge non preveda un limite espresso questo può essere ricavato implicitamente da diverse disposizioni legislative. Esso appare deducibile dall'art. 4, infatti le tecniche di PMA sono un metodo sussidiario e non alternativo alla procreazione e possono essere utilizzate previa diagnosi di infertilità. Anche le altre condizioni di ammissibilità, cioè trattamento di malattia grave ed evitare il rischio di trasmissione di malattie di origine genetica o infettiva o altre malattie, presuppongono implicitamente che la donna sia in età fertile. Il legislatore ha inoltre affermato nella legge in questione che gli operatori sanitari coinvolti, prima di procedere a qualsiasi trattamento di PMA, devono effettuare una valutazione al fine di

---

<sup>39</sup> Art. 4 condizioni di ammissibilità:

- a) Comma 1: le tecniche di PMA sono un metodo sussidiario e non alternativo alla procreazione.
- b) Comma 2: l'utilizzo di tali tecniche è subordinato a:
  - Diagnosi di infertilità.
  - Trattamento di malattia grave.
  - Evitare il rischio di trasmissione di malattie di origine genetica o infettiva o *altre malattie*.

<sup>40</sup> Art. 7 finalità proibite:

- Comma 2: divieto di usare le tecniche di PMA per selezionare determinate caratteristiche non mediche nel nascituro, in particolare al fine di predeterminarne il sesso.
- Comma 3: eccezione al comma precedente in cui si ammette:
  - a) La possibilità di poter selezionare il sesso del nascituro qualora ci sia un elevato rischio di trasmissione di una malattia genetica legata al sesso e non sia possibile utilizzare né la diagnosi prenatale né la diagnosi preimpianto per evitarne la trasmissione.
  - b) La possibilità di selezionare le caratteristiche del nascituro in modo da ottenere un gruppo HLA compatibile con un soggetto terzo al fine di curare in lui una malattia grave.

<sup>41</sup> In sentenza 101/2009 Tribunale Costituzionale portoghese, vedi vizi materiali di costituzionalità, par. b)

<sup>42</sup> Art. 6 beneficiari: elenco dei requisiti soggettivi necessari per accedere a tali tecniche:

- Coppie sposate, non separate legalmente o di fatto.
- Coppie di conviventi di sesso differente, che stiano insieme da almeno 2 anni.
- I beneficiari dovranno avere almeno 18 anni.
- I beneficiari non devono essere interdetti o inabilitati per motivi psichici.

considerare i rischi per la salute della donna e del bambino, tenendo conto dell'età delle persone che chiedono di ricorrere a tali tecniche<sup>43</sup>. In sintesi, quindi, i giudici affermano che nonostante la legge non preveda un limite massimo di età per accedere alle tecniche di PMA, questo può essere dedotto da altre disposizioni della stessa legge.

#### 4.3.3. La non punibilità della maternità surrogata a titolo gratuito<sup>44</sup>

I ricorrenti hanno sollevato questione di legittimità costituzionale riguardo l'art. 39<sup>45</sup> L.32/2006 in quanto non sottoponendo a sanzione penale la maternità surrogata a titolo gratuito, promuove un atteggiamento permissivo verso tale pratica e ciò rappresenta un rischio per la dignità umana e altri diritti dell'uomo. Inoltre secondo i ricorrenti la mancanza di una sanzione penale creerebbe una contraddizione rispetto all'art. 8<sup>46</sup> della stessa legge. I giudici rigettano la questione tramite il seguente ragionamento: l'art. 8 attribuisce a entrambe le forme di maternità surrogata, sia a titolo gratuito che oneroso, le stesse conseguenze sul piano civile, stabilendo la nullità dei contratti stipulati a quel fine e ribadendo che le norme sulla filiazione si applicano anche in presenza di una madre surrogata, che diventa dunque a tutti gli effetti di legge madre del nascituro; inoltre l'applicazione di una sanzione penale deve essere vista come ultima *ratio*, per cui il ricorso ad essa è giustificato solamente dalla necessità di proteggere un assetto legale o un valore che non può essere protetto allo stesso modo ma in maniera meno "violenta" ricorrendo ad altre soluzioni. La scelta di ricorrere a tale sanzione spetta esclusivamente al legislatore e il Tribunale potrà intervenire solamente nei casi in cui essa risulti manifestamente arbitraria o eccessiva, e i giudici ribadiscono come questo non risulti dal caso in questione. Il Tribunale conclude quindi sostenendo come dalle norme che regolano la maternità surrogata non emerga un atteggiamento permissivo verso tale

---

<sup>43</sup> Art. 11 decisione del medico e obiezione di coscienza:

Comma 1: il medico propone ai beneficiari l'utilizzo delle tecniche di PMA che scientificamente risultano più adeguate qualora non sia possibile ricorrere a nessun altro metodo alternativo.

Art.14 consenso informato:

Comma 2: i beneficiari devono essere preventivamente informati per iscritto di tutti i benefici e rischi connessi all'utilizzo delle tecniche di PMA e delle implicazioni etiche, sociali e giuridiche.

<sup>44</sup> In sentenza 101/2009 Tribunale Costituzionale portoghese, vedi vizi materiali di costituzionalità, par. I)

<sup>45</sup> Art. 39 sanzione maternità surrogata: chiunque stipuli contratti di maternità surrogata a titolo oneroso o ne promuova la stipulazione è punito con sanzione penale.

<sup>46</sup> Art. 8 la maternità surrogata è proibita:

- Comma 1: sono nulli i contratti sia gratuiti che onerosi che hanno ad oggetto la maternità surrogata.

- Comma 2: definizione di maternità surrogata: «qualunque situazione nella quale una donna sia disposta a portare avanti una gravidanza per conto di altri ed a consegnargli il neonato dopo il parto, rinunciando ai poteri ed ai doveri propri della maternità».

- Comma 3: la donna che porta avanti la gravidanza è considerata a tutti gli effetti di legge la madre del nascituro.

pratica, in quanto nonostante la maternità per altri a titolo gratuito non sia sanzionata penalmente è comunque ostacolata tramite le sanzioni civili imposte dall'art. 8.

#### **4.3.4. Il divieto di creazione discrezionale di embrioni soprannumerari e la prevenzione generale di gravidanze multiple<sup>47</sup>**

I ricorrenti sollevano questione di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 24<sup>48</sup> e 25<sup>49</sup> della legge in quanto non prevedono un numero preciso di embrioni da creare ai fini dell'applicazione delle tecniche di PMA lasciando tale decisione al medico. Ciò secondo i ricorrenti costituirebbe presupposto per la creazione discrezionale di embrioni e per il rischio del verificarsi di gravidanze multiple. I giudici rigettano la questione e affermano che non è possibile estrapolare da questi articoli un principio di discrezionalità nella creazione di embrioni in quanto il legislatore, sebbene non ne stabilisca un numero preciso, fissa una serie di limiti al fine di non rendere arbitraria tale pratica. Il medico, infatti, deve stabilire quanti embrioni creare tenendo in considerazione il principio di necessità, la buona pratica medica e la situazione clinica della coppia. Il Tribunale è consapevole del fatto che tramite l'utilizzo di tali tecniche è possibile che vi sia un numero residuale di embrioni che non saranno impiantati perché non idonei o perché soprannumerari o per altre circostanze (es. morte della donna beneficiaria). Per evitare questa problematica, l'unica soluzione sarebbe vietare la fecondazione in vitro, ma ciò farebbe regredire lo sviluppo della biomedicina e sarebbe incompatibile con l'art. 67, c. 2, lett. e della Costituzione.

Il Tribunale conclude affermando che nonostante la legge non specifichi il numero esatto di embrioni da impiantare, essa permette la creazione di quelli considerati necessari per il successo del trattamento nel rispetto delle buone pratiche cliniche. È questo il modo migliore per evitare il rischio di gravidanze multiple, salvaguardando così l'integrità fisica della donna e il diritto alla salute.

---

<sup>47</sup> In sentenza 101/2009 Tribunale Costituzionale portoghese, vedi vizi materiali di costituzionalità, par. h)

<sup>48</sup> Art. 24 fecondazione in vitro:

- Comma 1: «Tramite fecondazione in vitro deve essere creato solo il numero di embrioni ritenuti necessari per il successo del processo, conformemente alla buona pratica clinica e ai principi di consenso informato».
- Comma 2: «Il numero di ovociti che devono essere fecondati in ogni processo deve tener conto della situazione clinica della coppia e dell'indicazione generale che le gravidanze multiple devono essere evitate».

<sup>49</sup> Art. 25 destinazione degli embrioni che non possono essere trasferiti nell'utero materno:

- Comma 1: «Gli embrioni che, ai sensi del precedente articolo non vengono trasferiti devono essere crioconservati, e i beneficiari si impegnano a utilizzarli in un nuovo processo di trasferimento di embrioni entro un termine massimo di tre anni».
- Comma 2: «Alla fine del periodo di tre anni, gli embrioni possono essere donati ad un'altra coppia non fertile».
- Comma 3: «La donazione degli embrioni può avvenire solo con il consenso dei beneficiari dai quali provengono gli embrioni, o del beneficiario che sopravvive in caso di morte dell'altro».
- Comma 4: «Gli embrioni che presentano caratteristiche morfologiche che non rispondono alle condizioni minime richieste per il loro utilizzo non sono soggetti alle disposizioni del comma 1».
- Comma 5: «Le disposizioni dell'articolo 9 si applicano per gli embrioni che non vengono utilizzati in un progetto genitoriale».

#### 4.3.5. Diagnosi genetica preimpianto<sup>50</sup>

Questione di legittimità costituzionale è stata sollevata in riferimento agli artt. 28<sup>51</sup> e 29<sup>52</sup> della legge sulla PMA che regolamentano l'utilizzo della DGP. I ricorrenti lamentano che l'obiettivo di tale tecnica è quello di produrre esseri umani selezionati in base a predeterminate caratteristiche e ciò contrasterebbe con il valore della dignità umana. Il Tribunale non accoglie la questione argomentando approfonditamente la sua decisione. I giudici affermano infatti che la DGP è una tecnica di PMA che ha un campo di applicazione molto ristretto e un obiettivo ben definito, cioè l'individuazione di anomalie genetiche gravi, e più in generale di prevenire nel nascituro malattie gravi, come tutte le altre tecniche di PMA. Vengono dunque ampiamente sottolineati i risultati raggiunti attraverso la DGP; utilizzando tale tecnica è infatti possibile ridurre il numero delle gravidanze che si concludono con aborti terapeutici o con la nascita di bambini affetti da gravi malattie. Aspetto interessante è la suddivisione che i giudici fanno della DGP in base alla finalità perseguita: selezione positiva, quando ha come obiettivo la selezione di un embrione con determinate caratteristiche genetiche (es. gruppo HLA compatibile); selezione negativa, quando l'obiettivo è di evitare il rischio di trasmissione di gravi malattie poiché tramite tale tecnica gli embrioni affetti dalle malattie in questione vengono esclusi dall'impianto nell'utero materno<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> In sentenza 101/2009 Tribunale Costituzionale portoghese, vedi vizi materiali di costituzionalità, par. i)

<sup>51</sup> Art. 28 diagnosi genetica preimpianto(DGP): tecnica di ricerca diagnostica sussidiaria ma necessaria per l'applicazione delle tecniche di PMA alla luce dei fini che questa si propone di perseguire. In particolare ha come obiettivo:

- Individuare embrioni portatori di gravi anomalie.
- Identificare cellule anuploidi negli embrioni destinati al trasferimento, al fine di diminuire il rischio di alterazioni cromosomiche e aumentare le possibilità di successo.
- Diagnosticare, curare o prevenire gravi malattie genetiche.

<sup>52</sup> Art. 29 beneficiari della DGP: soggetti che provengono da famiglie con alterazioni che causano morte prematura o gravi malattie quando è alto il rischio di trasmissione alla discendenza. Inoltre le indicazioni mediche per ricorrere all'utilizzo di tale tecnica sono determinate dalle buone pratiche mediche e dalle raccomandazioni, periodicamente aggiornate, delle organizzazioni professionali nazionali ed internazionali che si occupano di questa materia.

<sup>53</sup> Il Tribunale distingue la DGP in selezione positiva e negativa a seconda delle finalità perseguite ma non si pronuncia riguardo il diverso regime procedurale previsto. La legge infatti prevede che le linee guida di entrambe le tipologie di selezione siano stabilite dal CNPMA, ma per quanto riguarda la selezione positiva il legislatore impone due limiti specifici: l'autorizzazione caso per caso del CNPMA per poter usare la DGP al fine di selezione il gruppo HLA dell'embrione in modo che sia compatibile con un soggetto terzo affetto da malattia grave e il rispetto dei requisiti presenti all'art. 7, c. 3. Il Tribunale crea però un'ulteriore distinzione interna alla selezione negativa tra "negative utility" e "positive utility": la prima è ammissibile avendo come scopo quello di evitare sofferenze al nascituro in particolare prevenendo la trasmissione di una malattia grave; la seconda è invece inammissibile dal momento che la selezione verrebbe posta in essere al solo fine di scegliere le caratteristiche non mediche del nascituro per soddisfare la felicità dei genitori.

#### 4.3.6. Ammissibilità del ricorso alle tecniche di PMA da parte delle coppie omosessuali alla luce della L. n. 9 del 2010<sup>54</sup>

Nonostante non sia stata affrontata dai giudici costituzionali per motivi cronologici, meritevole di un breve approfondimento è la questione sollevata dall'introduzione nel sistema legale portoghese del matrimonio tra persone dello stesso sesso (L. 9/2010) che ha sollevato un acceso dibattito sull'ammissibilità di tali soggetti tra i beneficiari delle tecniche di PMA.

Stando al testo della legge 32/2006 solo le coppie eterosessuali sposate o stabilmente conviventi possono aver accesso alle tecniche riproduttive elencate in essa, che richiede espressamente il requisito dell'eterosessualità per le coppie non sposate, perché nel momento in cui è stata redatta il matrimonio poteva essere legalmente contratto solamente tra persone di sesso differente. Il problema è sorto con la L. n. 9 del 2010 che ha introdotto nel sistema legale portoghese il matrimonio tra persone dello stesso sesso; in particolare perché il legislatore ha omesso di inserire tali soggetti tra i beneficiari delle tecniche di PMA e nemmeno la L. 32/2006 è stata modificata in seguito alla sua emanazione. Le opinioni dottrinali degli studiosi portoghesi a riguardo si dividono. Da un lato si trovano coloro che ritengono estesa anche alle coppie sposate omosessuali la possibilità di ricorrere alla PMA in quanto il dato letterale, come emerge dall'art.6, lett. a, L.32/2006, non esclude questa ipotesi e quindi tali soggetti andrebbero di diritto inclusi tra i beneficiari di queste tecniche in seguito alla modifica della definizione di matrimonio. È importante però sottolineare come l'estensione alle coppie omosessuali sposate della possibilità di beneficiare delle tecniche di PMA per 'omissione', cioè per il solo fatto che la legge all'art.6 comma 1 non richiede in questo caso l'ulteriore requisito della differenza di sesso, è dovuta al fatto che quando la legge è stata emanata tale precisazione sarebbe stata inutile in quanto il matrimonio era consentito solo a persone di sesso differente e al fatto che la definizione di matrimonio è stata modificata.

Ammettendo dunque l'inclusione per omissione, questa estensione risulterebbe discriminatoria dato che le coppie omosessuali non sposate rimarrebbero escluse dalla categoria dei beneficiari della PMA in quanto possibilità espressamente esclusa dal testo legislativo. Dall'altro lato ci sono studiosi che ritengono che senza un espresso intervento del legislatore non si possa giungere a questa estensione in quanto un'interpretazione sistematica della normativa in vigore non avalla tale ipotesi. A favore della soluzione restrittiva si è schierato anche il CNPMA nonostante sia dubbia la legittimazione di tale organo a decidere

---

<sup>54</sup> V. L. RAPOSO, *Assisted reproduction. Two models of regulation: Portugal v. Spain*, in *JBRA*, 16, 1; gennaio - febbraio 2012, 4.

sulla questione, soprattutto perché tale parere andrebbe a restringere un diritto fondamentale. Infatti dottrina e giurisprudenza di molti paesi sono concordi nel ritenere la riproduzione (sia naturale sia artificiale) un diritto fondamentale in cui rientra anche l'accesso alle tecniche riproduttive. Di conseguenza non solo il compito di porre limitazioni a un diritto fondamentale spetta al legislatore ma inoltre questo laddove circoscrive l'utilizzo di tecniche riproduttive 'artificiali', come la PMA, a determinate categorie di soggetti, deve supportare tali limitazioni con valide giustificazioni in quanto queste vanno a restringere un diritto fondamentale, dunque il solo richiamo alla concezione morale non sembra soddisfare tale esigenza. Per concludere si ritiene necessario che il legislatore intervenga a chiarire la questione, dato che il CNPMA non ha l'autorità per risolvere il dilemma che l'introduzione della L.9/2010 apre.

## **5. Ricerca e sperimentazione sugli embrioni nella sentenza n.101 del 2009 del Tribunale costituzionale portoghese**

Si vanno ora ad approfondire le questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione alla ricerca e sperimentazione sugli embrioni come regolate nella L. n. 32 del 2006. Le tematiche affrontate sono:

- a) Ricorso a tecniche di PMA al fine di trattare una malattia grave di un soggetto terzo.
- b) Ricerca con utilizzo di embrioni.
- c) Punibilità della clonazione riproduttiva e ammissibilità della tecnica di trasferimento nucleare senza clonazione riproduttiva.

### **5.1. Ricorso a tecniche di PMA al fine di trattare una malattia grave di un soggetto terzo<sup>55</sup>**

La prima questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento alla ricerca e sperimentazione sugli embrioni riguarda «il ricorso a tecniche di PMA al fine di trattare una malattia grave di un soggetto terzo». La questione, all'interno della legge n. 32 del 2006, è disciplinata all'art. 7, comma 3<sup>56</sup>, che così recita: «Costituisce eccezione alla disposizione di cui al comma precedente il caso in cui ci sia un elevato rischio di

---

<sup>55</sup> In sentenza 101/2009 Tribunale Costituzionale portoghese, vedi vizi materiali di costituzionalità, par. c)

<sup>56</sup> Art. 7 finalità proibite:

- Comma 2: divieto di usare le tecniche di PMA per selezionare determinate caratteristiche non mediche nel nascituro, in particolare al fine di predeterminarne il sesso.
- Comma 3: eccezione al comma precedente in cui si ammette:
  - a) La possibilità di poter selezionare il sesso del nascituro qualora ci sia un elevato rischio di trasmissione di una malattia genetica legata al sesso e non sia possibile utilizzare né la diagnosi prenatale né la diagnosi preimpianto per evitarne la trasmissione.
  - b) La possibilità di selezionare le caratteristiche del nascituro in modo da ottenere un gruppo HLA compatibile con un soggetto terzo al fine di curare in lui una malattia grave.

malattia genetica legata al sesso, e per cui sia possibile un accertamento diretto tramite diagnosi prenatale o diagnosi genetica preimpianto, o il caso in cui sia necessario selezionare il gruppo HLA (Human Leucocyte Antigens) al fine di curare malattia grave di un soggetto terzo». Tale articolo, che costituisce un'eccezione alla regola generale stabilita nel comma precedente permette di ricorrere alle tecniche di PMA non solo per ragioni legate all'infertilità o per evitare la trasmissione di malattie genetiche, ma anche per far sì che il nascituro abbia un gruppo HLA compatibile con un soggetto terzo, vivente, affetto da una malattia grave e che abbia con esso un legame di sangue.

La sigla HLA è l'acronimo di *Human Leucocyte Antigens*, cioè un complesso di antigeni gruppoematici tissutali, responsabili di una serie di reazioni umorali e cellulari che conducono ad un rigetto in un trapianto, da cui la loro identificazione come antigeni di istocompatibilità. La tipizzazione del gruppo HLA può essere utilizzata per diversi scopi, in particolare tre:

- a) Diagnosi di malattie che dimostrano una associazione con alcuni antigeni del sistema HLA e le cui cause siano in genere sconosciute (ad esempio diabete giovanile insulino-dipendente).
- b) Accertamento preliminare indispensabile per i trapianti d'organo.
- c) Determinare un'eventuale incompatibilità genetica tra partner o madre e prodotto del concepimento, nei casi di sterilità o di infertilità di coppia non riconducibili ad una causa organica<sup>57</sup>.

Tornando alla sentenza portoghese i ricorrenti hanno ritenuto che l'art. 7, c. 3 consentisse la creazione di c.d. embrioni medicina, creati allo scopo di salvare altri, e che questo comportasse una strumentalizzazione dell'embrione. Il tutto risultava in contrasto con una serie di disposizioni costituzionali: art. 25, diritto alla vita; art. 26, diritto all'integrità personale; art. 67, diritto a costituire una famiglia; art. 68, diritto alla maternità. I giudici non hanno accolto la questione di legittimità e nell'argomentare la loro decisione hanno richiamato le seguenti disposizioni di legge.

Innanzitutto il Tribunale costituzionale cita l'art. 4, c. 2<sup>58</sup>, che permette di ricorrere a tecniche di PMA non solo in casi di sterilità o infertilità, ma anche per il trattamento di una malattia grave o per evitare il rischio di trasmissione di malattie. Basandosi sul contenuto di tale articolo, i giudici hanno concluso che l'art. 7, c. 3, attua uno degli scopi previsti e disciplinati dalla legge. La selezione del gruppo HLA è autorizzata dal

---

<sup>57</sup>A questo proposito è noto il caso di Charlie Whitaker, bambino inglese affetto da anemia di Blackfan–Diamond e soggetto a continue trasfusioni di sangue che, portando ad un eccesso di ferro, comportano la necessità di un continuo drenaggio al fine di eliminare il ferro in eccesso. Oggi Charlie è completamente guarito grazie alle cellule staminali del cordone ombelicale del fratello Jamie, "selezionato" tramite DGP. In particolare, la madre aveva fatto ricorso alla fecondazione in vitro e tra gli embrioni generati, dopo un'analisi del DNA, erano stati scelti quelli sani o portatori sani ed istocompatibili con Charlie. L'embrione di Jamie, rispondendo a tutte le caratteristiche richieste, è stato quindi impiantato con successo nell'utero della madre e dopo la sua nascita sono state estratte dal cordone ombelicale le cellule staminali che hanno permesso la guarigione del fratello. Per fare tutto questo la famiglia Whitaker si è dovuta recare negli USA dal momento che l'autorità inglese competente, cioè la Human Fertilisation and Embryology Authority, non aveva fornito una autorizzazione a procedere con DGP.

<sup>58</sup> Art. 4 condizioni di ammissibilità:

- Comma 1: le tecniche di PMA sono un metodo sussidiario e non alternativo alla procreazione.
- Comma 2: l'utilizzo di tali tecniche è subordinato a: diagnosi di infertilità; trattamento di malattia grave; evitare il rischio di trasmissione di malattie di origine genetica o infettiva o altre malattie.

legislatore entro limiti da lui definiti, cioè solamente per scopi terapeutici e preventivi. Il ricorso a tale tecnica è possibile soltanto nel caso di assoluta necessità e al fine di curare la malattia grave di un soggetto terzo o di migliorarne il tenore di vita. Il caso di assoluta necessità si manifesta quando vi è la cura per la malattia dell'interessato, ma manca un donatore vivente e compatibile; di conseguenza l'unica soluzione possibile è quella di selezionare il gruppo HLA del nascituro tramite DGP, in modo da determinare la compatibilità tra questo e il soggetto terzo malato. Il legislatore inoltre richiede, per poter dare avvio a tale procedura, un parere individuale e positivo del Comitato Nazionale per la PMA (art. 30, c. 2, lett. q)<sup>59</sup>. Inoltre, in questo caso specifico, le tecniche di PMA vengono poste in essere su di un embrione non ancora impiantato nell'utero della madre e dato che non è ancora avvenuto l'impianto, non lo si può considerare un essere umano e di conseguenza non è titolare completo di tutti i diritti ad esso riconosciuti. I giudici basano il loro ragionamento accogliendo la c.d. teoria gradualistica<sup>60</sup> per cui la tutela dell'embrione aumenta con il suo sviluppo.

Vi è poi un richiamo all'art. 3 della L. n. 32 del 2006 che così recita: «*Le tecniche di PMA devono rispettare la dignità umana*». La norma riprende l'art. 18 della Convenzione di Oviedo che vieta la creazione di embrioni a fine di ricerca, ma la consente su embrioni in vitro se a questi è assicurata un'adeguata protezione. La disposizione della Convenzione viene interpretata non tanto nel senso di dover garantire agli embrioni il diritto alla vita umana e all'identità personale e genetica, ma piuttosto nel dover garantire loro il rispetto della dignità.

Occorre, a questo proposito, soffermarsi sul valore della dignità nell'ordinamento portoghese. All'art. 1 della Costituzione si sancisce in modo esplicito il principio della dignità: «Il Portogallo è una Repubblica sovrana, fondata sulla dignità della persona umana e sulla volontà popolare ed è impegnata nella costruzione di una società libera, giusta e solidale».

In quest'ambito il Tribunale costituzionale ha dato un importante contributo dimostrando, tendenzialmente, prudenza nella definizione del principio e nella valutazione della sua densità normativa e

---

<sup>59</sup> Art. 30 Comitato Nazionale di Procreazione Medicalmente Assistita (CNPMA):

d) Comma 1: istituzione del Comitato Nazionale della PMA, il cui compito è quello di pronunciarsi riguardo alle questioni etiche, sociali e legali collegate alla PMA.

e) Comma 2: tra le sue competenze:

- Lettera e: dare un parere sulla creazione di banche di cellule staminali e sulla destinazione del materiale biologico ivi contenuto nel caso di chiusura di queste.
- Lettera f: stabilire le linee guida per l'utilizzo di DGP.
- Lettera g: valutare, dunque approvare o rifiutare, i progetti di ricerca che utilizzano embrioni.
- Lettera h: approvare il documento con cui i beneficiari delle tecniche di PMA forniscono il consenso informato.
- Lettera q: decidere caso per caso riguardo l'utilizzo delle tecniche di PMA per la selezione del gruppo HLA dell'embrione, in modo che sia compatibile con un soggetto terzo affetto da malattia grave.

f) Comma 3: emana relazioni annuali sullo stato di attuazione delle tecniche di PMA e formula raccomandazioni al fine di suggerire le modifiche legislative necessarie per adeguare le tecniche di PMA all'evoluzione scientifica, tecnologica, culturale e sociale

<sup>60</sup> Vedi nota n. 2.

della sua portata applicativa. Nello specifico per quanto riguarda la definizione del concetto di dignità umana il Tribunale ha alle volte aderito alla c.d. formula di Daring per cui la dignità è violata ogni volta che, per azione dello Stato, l'uomo è degradato ad oggetto o mezzo. In ogni caso, nella maggior parte delle loro decisioni, i giudici costituzionali hanno evitato di definire con esattezza il significato di tale espressione. Nonostante questo atteggiamento, non si può non riconoscere che l'idea della dignità umana, nel suo contenuto concreto, non è qualcosa di puramente aprioristico o astorico, ma si tratta di un concetto in costante divenire che si modifica nella storia, assumendo una dimensione eminentemente culturale. La dignità nell'ordinamento portoghese è divenuta, con il passare degli anni, un vero e proprio principio che ha portato alla trasformazione dell'ordine giuridico, operando, soprattutto, in tre ambiti:

- 1) Adeguamento progressivo del diritto penale e del diritto processuale penale all'ordinamento costituzionale.
- 2) Scoperta dei diritti fondamentali non scritti e affermazione di un diritto fondamentale non scritto a vedersi assicurata una sopravvivenza dignitosa.
- 3) Delimitazione dell'ambito di protezione di diversi diritti.

Osservando la questione a livello internazionale, notiamo che sono diverse le fonti che disciplinano e tutelano il valore supremo della dignità umana; tra queste vi sono, per esempio, la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (1948), la Dichiarazione di Cairo sui Diritti Umani dell'Islam (1990), la Carta di Nizza (2000).<sup>61</sup>

Infine i giudici sostengono che un eventuale bilanciamento tra i diritti contrapposti in queste situazioni, cioè dignità dell'embrione da una parte e diritto alla salute di un soggetto terzo affetto da gravi malattie dall'altra, entrambi diritti costituzionalmente garantiti, porterebbe comunque alla prevalenza del secondo sul primo. In ogni caso il bilanciamento non appare necessario, infatti, il problema, secondo i giudici, non si presenta, perché attraverso lo screening genetico non viene assolutamente lesa la dignità dell'embrione; ricorrendo alla diagnosi genetica preimpianto non si mette a rischio il suo sviluppo o la sua futura salute fisica e psichica. Sulla base del regime giuridico previsto dalla legge, la presunta strumentalizzazione dell'embrione sostenuta dai ricorrenti è giustificata dalla presenza di altri diritti costituzionalmente protetti, diritti di natura eminentemente personale. In questo modo si va ad escludere in via immediata la possibilità che il controllo genetico risulti in contrasto con l'art. 1 della Costituzione portoghese.

## 5.2. Ricerca con l'utilizzo di embrioni<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> C. MEOLI, *La dignità della persona umana nell'ordinamento costituzionale portoghese*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 24 febbraio 2008, 1 ss.

<sup>62</sup> In sentenza 101/2009 Tribunale Costituzionale portoghese, vedi vizi materiali di costituzionalità, par. d)

Un'altra questione sollevata dai ricorrenti riguarda la liceità della ricerca con utilizzo di embrioni, prevista a norma dell'art. 9<sup>63</sup>. In primis la disposizione prevede il divieto di creazione di embrioni ad esclusivo scopo di ricerca; aggiunge però, rendendo il divieto meno rigido, che è consentita la ricerca scientifica con embrioni con l'obiettivo di prevenzione, diagnosi e terapia; di perfezionamento delle tecniche di PMA; di costituzione di banche di cellule staminali per programmi di trapianto o con qualsiasi altra finalità terapeutica. Tale utilizzo è consentito solo se dalla ricerca è ragionevole aspettarsi un beneficio per l'umanità, dipendendo ogni progetto scientifico dalla decisione positiva o negativa del CNPMA (art. 30, c. 2, lett. g)<sup>64</sup>.

La legge consente la ricerca solo su determinate categorie di embrioni:

- a) Embrioni soprannumerari crioconservati, per i quali non esista più alcun progetto genitoriale.
- b) Embrioni che, per il loro stato, non possono essere utilizzati per la riproduzione né conservati.
- c) Embrioni portatori di anomalie genetiche gravi, selezionati tramite DGP.
- d) Embrioni ottenuti senza ricorso alla fecondazione mediante spermatozoi.

Coloro che sollevano questione di legittimità costituzionale sostengono che l'articolo 9, così descritto, sia in contrasto con alcune disposizioni costituzionali: art. 24, diritto alla vita; art. 26, diritto all'identità personale e allo sviluppo della personalità; art. 68, diritto alla paternità e alla maternità; art. 69, diritto all'infanzia. I giudici argomentano che non vi è violazione di detti principi costituzionali in quanto gli embrioni impiegati nella ricerca non possono dare origine a una vita umana dato che non utilizzabili, perché non impiantabili in utero materno per il fatto di essere portatori di anomalie genetiche gravi, e in quanto non previsti in un programma genitoriale. Dato che il loro destino alternativo sarebbe quello di essere distrutti, allora non

---

<sup>63</sup> Art. 9 utilizzo di embrioni a fini di ricerca:

- a) Comma 1: è proibita la creazione di embrioni, tramite le tecniche di PMA, per la ricerca scientifica.
- b) Comma 2: introduce un'eccezione al principio generale per cui è lecito utilizzare embrioni per la ricerca scientifica qualora questa abbia come obiettivi: prevenzione (diagnosi o terapia), perfezionamento delle tecniche di PMA o costituzione di banche di cellule staminali per programmi di trapianto e per ogni altra finalità terapeutica.
- c) Comma 3: la condizione per l'utilizzo di embrioni a fini di ricerca è che sia ragionevole aspettarsi un beneficio per l'umanità e inoltre ogni progetto scientifico deve essere approvato dal CNPMA.
- d) Comma 4: solo alcune categorie di embrioni tassativamente determinate dalla legge possono essere utilizzate a scopo di ricerca.
- e) Comma 5: per l'utilizzo di alcune categorie di embrioni è necessario chiedere il consenso dei generanti.

<sup>64</sup> Art. 30 Comitato Nazionale di Procreazione Medicalmente Assistita (CNPMA):

- a) Comma 1: istituzione del Comitato Nazionale della PMA, il cui compito è quello di pronunciarsi riguardo alle questioni etiche, sociali e legali collegate alla PMA.
- b) Comma 2: tra le sue competenze:
  - Lettera e: dare un parere sulla creazione di banche di cellule staminali e sulla destinazione del materiale biologico ivi contenuto nel caso di chiusura di queste.
  - Lettera f: stabilire le linee guida per l'utilizzo di DGP.
  - Lettera g: valutare, dunque approvare o rifiutare, i progetti di ricerca che utilizzano embrioni.
  - Lettera h: approvare il documento con cui i beneficiari delle tecniche di PMA forniscono il consenso informato.
  - Lettera q: decidere caso per caso riguardo l'utilizzo delle tecniche di PMA per la selezione del gruppo HLA dell'embrione, in modo che sia compatibile con un soggetto terzo affetto da malattia grave.
- c) Comma 3: emana relazioni annuali sullo stato di attuazione delle tecniche di PMA e formula raccomandazioni al fine di suggerire le modifiche legislative necessarie per adeguare le tecniche di PMA all'evoluzione scientifica, tecnologica, culturale e sociale.

sorgono questioni di costituzionalità in relazione al diritto alla vita e al diritto alla personalità. In conclusione, non si tratta di violazione, ma di protezione dell'embrione, espressa dall'art. 9 nella parte in cui ne proibisce la creazione con il solo scopo di ricerca; in questo modo vengono destinati alla ricerca quelli che non possono essere utilizzati ai fini di PMA. Altro strumento di tutela è il consenso del CNPMA, il quale ha il potere di decidere se approvare o respingere i progetti di ricerca che coinvolgono gli embrioni, scandito dall'art. 30, c. 2, lett. g.

In secondo luogo, l'art. 9 pone il problema della conformità costituzionale della clonazione terapeutica non riproduttiva con cui si ottengono embrioni senza ricorso a fecondazione con spermatozoi. Mentre le prime tre categorie di embrioni, di cui al quarto comma, sono ottenute attraverso il processo naturale di creazione, la quarta categoria si riferisce a embrioni prodotti artificialmente grazie all'utilizzo di una tecnica di clonazione e senza ricorso alla fecondazione con spermatozoi.

È ancora oggi aperto il dibattito sull'interpretazione del prodotto di tale tecnica: ci si interroga se questo debba essere denominato embrione o meno e di conseguenza se debba essere soggetto alla stessa disciplina a cui esso è sottoposto. La terminologia diventa quindi fattore determinante. Se considerato embrione, allora non può essere utilizzato per la ricerca perché tale processo andrebbe contro la sua dignità e violerebbe il divieto stabilito all'art. 9, c.1 della legge. Se considerato semplice artefatto di laboratorio allora tale prodotto può essere usato senza sollevare problemi etici se non quelli inerenti all'uso di materiale biologico umano. Da tenere in considerazione è il fatto che l'utilizzo di questo prodotto può portare a grandi benefici di ordine terapeutico come lo sviluppo di tecniche di clonazione per la riproduzione di tessuti e organi.

Allentando il rigido limite della ricerca si permette a questa di apportare importanti benefici nel campo terapeutico, non solo rispetto allo sviluppo di tecniche di PMA e di nuovi metodi contraccettivi, ma anche rispetto alla ricerca di nuove modalità di trattamento di innumerevoli malattie. Questa possibilità è data dal fatto che le cellule staminali in genere non si sono ancora specializzate, quindi non ancora differenziate in una particolare e definitiva funzione cellulare; sono in grado di autorinnovarsi e replicarsi indefinitamente per dare vita a cellule specializzate. Così possono essere definite cellule 'universali', in quanto hanno la possibilità di riparare ogni tipo di organo e tessuto. Esistono due tipi di cellule staminali, quelle embrionali e quelle adulte c.d. somatiche: le prime sono considerate dalla scienza con grande interesse, ma il problema fondamentale è che per poterle utilizzare è necessario distruggere l'embrione. Ad oggi grazie alle cellule staminali si possono curare una serie di malattie: sono utilizzate soprattutto per curare soggetti colpiti da alcune forme tumorali (es. leucemie); ancora, vengono applicate per pazienti che necessitano il trapianto di midollo e per terapie dell'infarto miocardico<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> *Origini, etica ed embrioni: le fonti di cellule staminali embrionali umane*, articolo del 25 luglio 2011 ([www.eurostemcell.org](http://www.eurostemcell.org)).

Tornando alla sentenza, a primo impatto l'art. 9 presenta una incongruenza rilevabile tra i commi 1 e 4, lett. d): il primo proibisce la creazione di embrioni con l'obiettivo di ricerca, mentre il secondo la permette a determinate condizioni. Dunque, al fine di non creare un contrasto insanabile, il legislatore non considera il prodotto della clonazione per trasferimento nucleare somatico un vero e proprio embrione, ma piuttosto un artefatto di laboratorio, in quanto privo della capacità di trasformarsi in essere umano. Si garantisce così la coerenza del disposto normativo.

Tale questione è alquanto opinabile perché, come si può verificare, viene modificata la denominazione dell'oggetto in modo da poter lasciare integra la finalità. Il Tribunale opera nel senso sopra indicato con l'obiettivo di mantenere inalterata la disciplina così come posta in essere dal legislatore rispettando la sua originaria volontà.

### **5.3 Punibilità della clonazione riproduttiva e ammissibilità della tecnica di trasferimento nucleare senza clonazione riproduttiva<sup>66</sup>**

L'ultima questione di legittimità costituzionale riguardo alla ricerca e sperimentazione sugli embrioni è stata sollevata in riferimento all'art. 36 della L. n. 32/2006. Secondo i ricorrenti tale norma, introducendo un'eccezione alla punibilità della clonazione riproduttiva usata nell'ambito della PMA, viola il divieto di clonazione riproduttiva previsto in diversi documenti internazionali (Protocollo Addizionale della Convenzione di Oviedo sulla Clonazione Umana, Dichiarazione Universale sul Genoma Umano) nonché nella Costituzione portoghese. L'art. 36 criminalizza e punisce la clonazione riproduttiva come segue:

«(1) Chiunque trasferisca un embrione ottenuto mediante la tecnica di trasferimento nucleare, a meno che tale trasferimento non risulti necessario ai fini dell'applicazione delle tecniche di PMA, dovrebbe essere punito con una pena detentiva da uno a cinque anni. (2) Chiunque trasferisca un embrione ottenuto mediante la tecnica di divisione embrionale dovrebbe essere punito con la stessa pena detentiva». La norma in questione impone una sanzione penale al trasferimento nell'utero materno di embrioni ottenuti utilizzando entrambe le tecniche di clonazione attualmente conosciute, che sono il trasferimento nucleare e la divisione embrionale, ma al comma 1 introduce un'eccezione in riferimento all'utilizzo di embrioni ottenuti con la prima tecnica quando ciò risulti necessario per l'applicazione delle tecniche di PMA. I giudici quindi considerano la questione di legittimità costituzionale che i ricorrenti sollevano in riferimento all'art. 36 limitatamente all'eccezione presente al comma 1.

---

<sup>66</sup> Sentenza 101/2009 Tribunale Costituzionale portoghese, vedi vizi materiali di costituzionalità, par. j).

Al fine di una migliore comprensione appare opportuno procedere con una dettagliata descrizione delle tecniche sopra nominate. La clonazione è un processo che porta all'ottenimento di cellule, individui o geni identici tra loro (c.d. cloni). Nel mondo vegetale e animale è un processo abituale e conosciuto, rappresentando invece una novità nell'ambito delle tecnologie della riproduzione umana. Le tecniche di clonazione oggi note sono:

a) Clonazione tramite divisione embrionale (c.d. *splitting embryos*); questa tecnica consiste nella scissione di un embrione allo stadio di morula (2-8 giorni) in modo da ottenere una molteplicità di cellule geneticamente identiche. Solitamente viene utilizzata al fine di ricavare cellule staminali totipotenti, che possono essere orientate a diventare nuovi organi o tessuti umani e se immessi nel corpo della persona da cui è stata estratta la cellula madre possono prendere il posto delle cellule malate. Tuttavia tale tecnica potrebbe anche essere utilizzata al fine di dar vita a un organismo geneticamente identico a un altro. In particolar modo con la divisione embrionale, detta anche *fissione gemellare*, è possibile riprodurre artificialmente quanto avviene in natura nel caso della formazione di gemelli monozigoti tramite la produzione di due o più embrioni geneticamente identici, mentre non può essere utilizzata per creare un clone a partire da individui adulti.

b) Clonazione nucleare (*trasferimento nucleare*); questa tecnica consiste nel trasferimento del nucleo genetico di una cellula somatica adulta o embrionale in una cellula uovo privata del nucleo. Tale tecnica effettuata utilizzando cellule somatiche adulte, aventi un patrimonio genetico completo, e senza ricorrere alla fecondazione ha come obiettivo quello di creare esseri viventi geneticamente identici ad altri, come nel caso della clonazione della pecora Dolly. Tale tecnica però viene attualmente utilizzata anche per fini terapeutici, effettuando il trasferimento nucleare a partire da cellule embrionali (patrimonio genetico incompleto)<sup>67</sup>.

Il termine clonazione rievoca nella mente di chi è profano alla scienza immagini aberranti come quelle degli esperimenti eugenetici effettuati nei lager nazisti. Infatti se ci si limita ad osservare tale tecnica nella sua forma più semplicistica e conosciuta è facile lasciarsi ingannare da un termine che porta con sé questi spettri. È importante però tenere a mente che le tecniche mediche per essere consapevolmente valutate anche in relazione alle loro ripercussioni etiche non possono essere avulse dal contesto in cui vengono praticate e dalle finalità che perseguono. Se infatti la clonazione appare in sé contrastante con i valori etici e morali della società in cui viviamo è perché viene usualmente collegata a finalità riproduttive, che hanno come obiettivo quello di clonare una persona esistente o esistita al fine di far nascere un nuovo essere vivente geneticamente identico al primo. L'applicazione della clonazione con tale finalità sugli esseri umani

---

<sup>67</sup> C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 17-18.

non è ammessa in nessun ordinamento giuridico e sono molti i documenti nazionali e internazionali che la vietano espressamente<sup>68</sup>.

Nel 2001 le Nazioni Unite hanno avviato il progetto di una convenzione universale per vietare la clonazione umana a fini riproduttivi. Il percorso si è però concluso solo quattro anni dopo con l'approvazione della United Nations Declaration on Human Cloning, considerata un manifesto ideologico non vincolante la cui emanazione ha disatteso completamente le aspettative iniziali. Questo perché nonostante la piena condivisione sull'introduzione di tale divieto da parte degli Stati non è stato possibile raggiungere un consenso riguardo ad una convenzione vincolante in materia, per la difficoltà o forse meglio la mancanza di volontà di scindere la tematica della clonazione in base alle finalità perseguite. Se infatti tutti gli stati sono concordi e unanimi nell'affermare il divieto di clonazione umana a fini riproduttivi, dibattuta e oggetto di diversi orientamenti è la questione sull'ammissibilità o meno, e soprattutto con quali limiti, della clonazione umana con finalità terapeutiche. La clonazione terapeutica viene adoperata al fine di ottenere cellule staminali che possono essere utilizzate per la cura di malattie nell'individuo da cui si preleva la cellula madre o per evitare che una malattia si trasmetta di madre in figlio. Tale tecnica ha grandi potenzialità ma allo stesso tempo porta con sé numerosi interrogativi etici e morali, motivo per cui essa è consentita e regolamentata solamente in alcuni paesi, tra cui Inghilterra e Portogallo, mentre in altri ordinamenti il suo utilizzo è proibito, come in Italia<sup>69</sup>.

Tornando alla legge sulla PMA e in particolare al progetto che ne ha preceduto l'emanazione si può notare come il legislatore, nello scrivere e contemplare questa eccezione all'art. 36, aveva in mente un utilizzo ben preciso della tecnica chiamata "functional cell nuclear transfer". Tale eccezione riguarda casi in cui la madre abbia una malattia genetica legata al citoplasma e per questo non possa avere figli senza rischiare che anch'essi ereditino la sua malattia, nemmeno il ricorso alle tecniche di PMA così come elencate nella legge all'art. 2<sup>70</sup> evitano la trasmissione. L'unico modo attualmente disponibile per realizzare il progetto

---

<sup>68</sup> La Convenzione di Oviedo (emanata dal Consiglio d'Europa nel 1997) nel Protocollo addizionale sul divieto di clonazione di esseri umani afferma all'art.1 «(1) E' vietato ogni intervento che ha lo scopo di creare un essere umano geneticamente identico a un altro essere umano vivo o morto. (2) Ai sensi del presente articolo, l'espressione essere umano "geneticamente identico" a un altro essere umano significa un essere umano che ha in comune con un altro l'insieme dei genomi nucleosi».

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dichiara all'art.3, c. 2, lett. d «Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati [...]il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani».

La Dichiarazione Universale sul Genoma Umano (UNESCO, 1997) stabilisce all'art. 11 «Pratiche contrarie alla dignità umana, come la clonazione a scopo di riproduzione di esseri umani, non devono essere permesse. Gli Stati e le organizzazioni internazionali competenti sono invitati a collaborare al fine di identificare tali pratiche e prendere, a livello nazionale o internazionale, le misure necessarie, in conformità ai principi enunciati nella presente Dichiarazione».

La Direttiva 98/44/CE sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche all'art.6 vieta la brevettabilità dei procedimenti di clonazione degli esseri umani.

<sup>69</sup> K. WHEAT, K. MATTHEWS, *World Human Clonig Policies*, Rice University James A. Baker III Institute for Public Policy; 2004. (<http://www.ruf.rice.edu/~neal/stemcell/World.pdf>).

<sup>70</sup> Art. 2 (Ambito applicativo): «le tecniche di PMA autorizzate dalla legge sono: inseminazione artificiale, fertilizzazione in vitro, iniezione intracitoplasmatica di spermatozoi, trasferimento di embrioni, gameti o zigoti, diagnosi genetica preimpianto, altre

genitoriale di una coppia in cui la madre biologica sia affetta da tale malattia, in modo che il nascituro abbia il DNA dei genitori, è l'utilizzo del trasferimento nucleare in via sussidiaria all'applicazione delle tecniche di PMA. In concreto la combinazione di tali tecniche permette di impiantare i gameti dei genitori biologici in un ovocita denucleato proveniente da una donatrice, in questo modo dunque si riesce a 'sostituire' il citoplasma portatore di una malattia genetica con uno sano evitando così al nascituro il rischio di trasmissione di una malattia genetica legata al citoplasma della madre biologica. La cellula uovo così ottenuta viene poi trasferita nell'utero della madre biologica tramite le tecniche di PMA. Il risultato è quindi la creazione di un embrione che ha il DNA dei genitori biologici, ma che è stato creato con la tecnica di trasferimento nucleare.

I giudici del Tribunale costituzionale portoghese rigettano la questione, argomentando come l'eccezione introdotta all'art. 36, c. 1 non risulti in contrasto con i parametri adottati dai ricorrenti. Quindi non è possibile interpretare l'articolo come un'eccezione alla punibilità della clonazione umana a fini riproduttivi. L'argomentazione si apre con la corretta interpretazione letterale dell'art. 36, c. 1, che afferma non tanto l'utilizzo del trasferimento nucleare come tecnica di procreazione medicalmente assistita, ma piuttosto che il ricorso a tale tecnica risulti sussidiario ai fini dell'applicazione della PMA. Di conseguenza il trasferimento nucleare è sottoposto agli stessi presupposti a cui è soggetto l'utilizzo delle tecniche di PMA e quindi è subordinato alle tecniche elencate all'art. 2 e alle condizioni di ammissibilità ex art. 4 c. 2<sup>71</sup>, nonché alle finalità perseguite ed in particolare l'evitare il rischio di trasmissione di malattie di origine genetica o infettiva o altre malattie (art. 4, c.2 lett. c).

I giudici proseguono affermando come l'interpretazione sistematica della norma in questione confermi l'interpretazione letterale da loro accolta nel passaggio precedente. Infatti l'art. 7, c. 1<sup>72</sup> della L.32/2006 sulla PMA sancisce il divieto di clonazione riproduttiva al fine di creare un essere umano geneticamente identico ad altri. Se a prima vista il contrasto con l'eccezione introdotta all'art.36, c.1 sembra palese, in realtà un'analisi più approfondita mette in evidenza come il divieto introdotto all'art.7 non sia assoluto ma si limiti a vietare la clonazione umana con finalità riproduttive. Dunque la tecnica di "functional cell nuclear transfer" è esclusa dal concetto di clonazione riproduttiva vietato dalla legge.

Infine i giudici concludono la loro argomentazione facendo ricorso all'interpretazione storica, cioè al significato che il legislatore ha voluto attribuire alla norma nel momento in cui ha redatto la legge.

---

tecniche di laboratorio di manipolazione genetica o embrionale, equivalenti o sussidiarie rispetto a quelle precedentemente elencate».

<sup>71</sup> Art. 4 condizioni di ammissibilità:

- Comma 1: le tecniche di PMA sono un metodo sussidiario e non alternativo alla procreazione.
- Comma 2: l'utilizzo di tali tecniche è subordinata: diagnosi di infertilità; trattamento di malattia grave; evitare il rischio di trasmissione di malattie di origine genetica o infettiva o *altre malattie*.

<sup>72</sup> Art. 7 finalità proibite:

- Comma 1: proibisce la clonazione riproduttiva quando finalizzata a creare essere umani geneticamente identici ad altri.

Guardando quindi al progetto che ha preceduto la sua emanazione si coglie l'intenzione del legislatore nell'introdurre tale eccezione. Infatti la possibilità di utilizzare la clonazione nucleare (o trasferimento nucleare) come tecnica sussidiaria ai fini dell'applicazione della PMA è subordinata alla realizzazione di uno scopo ben preciso, cioè quello di evitare la trasmissione all'embrione di malattie genetiche legate al citoplasma della c.d. madre biologica.

Alla luce di quanto detto dai giudici l'eccezione all'art. 36, c. 1 non introduce una deroga alla punibilità della clonazione umana riproduttiva per una serie di motivi. Innanzitutto perché tale eccezione consente l'utilizzo di una delle tecniche di clonazione conosciute, cioè la clonazione o trasferimento nucleare, come strumento sussidiario all'utilizzo delle tecniche di PMA e la finalità perseguita, cioè evitare la trasmissione all'embrione di una malattia genetica legata al citoplasma della madre biologica, è sancita dalla legge tra le condizioni di ammissibilità per ricorrere alla PMA (art.4, c.2, lett.c). Di conseguenza è pacifico ritenere che una tecnica medica come quella qui dibattuta per essere valutata correttamente dal punto di vista etico e morale non possa essere avulsa dal contesto in cui è praticata e dalle finalità perseguite. L'ampio dibattito che circonda la clonazione nucleare è dovuto al fatto che tale tecnica, dal punto di vista meccanico è la stessa utilizzata per la clonazione della pecora Dolly, ma la differenza tra queste due applicazioni è abissale e risiede in particolare nella finalità. Nel caso della pecora Dolly infatti l'intento era quello di creare un essere vivente geneticamente identico a un altro già esistente, ma questa finalità, come detto precedentemente, è espressamente vietata sull'uomo, in Portogallo e in molti altri ordinamenti giuridici. Tale risultato è stato raggiunto impiantando una cellula somatica adulta, avente quindi un patrimonio genetico completo, in una cellula uovo denucleata e non fecondata. A questo punto mediante impulsi elettrici si induce la riproduzione della cellula per dare vita a un embrione che viene poi impiantato nell'utero dell'animale. Nel caso in questione, invece, tale tecnica ha un obiettivo terapeutico e preventivo, quello di impedire la trasmissione all'embrione di una malattia genetica, reso lecito all'art. 4, c. 2, lett. c della legge. L'unico modo per raggiungere tale finalità e per consentire ai genitori di avere un figlio con il proprio DNA è l'utilizzo della tecnica di trasferimento nucleare. Se quindi l'art. 36, c. 1, non introducesse un'eccezione alla trasferibilità nell'utero materno degli embrioni creati con la clonazione nucleare, sarebbe penalmente sanzionato l'impianto dell'embrione creato con tale tecnica nell'utero della madre biologica. In conclusione il trasferimento nucleare è ammissibile in quanto non rientra nel divieto di clonazione riproduttiva ex art.7, poiché l'obiettivo qui perseguito non è quello di creare un essere umano geneticamente identico a un altro (finalità riproduttiva), ma di impedire che il nascituro erediti dalla madre una malattia genetica legata al citoplasma di quest'ultima (finalità terapeutica), e poiché il trasferimento nell'utero materno degli embrioni così ottenuti non è sottoposto a sanzione penale ex art.36 grazie all'eccezione introdotta al comma 1.

## 6. Conclusioni

### 6.1. La dignità nell'ordinamento portoghese

L'ordinamento portoghese rientra tra quegli ordinamenti che hanno posto all'art. 1 della Costituzione, in posizione suprema e determinante, il principio della dignità umana; esso rientra tra i "Principi fondamentali", che precedono la Parte Prima intitolata "Diritti e doveri fondamentali". Nonostante l'importanza che l'ordinamento sembra attribuire a tale principio, alla luce delle conclusioni dei giudici nella sentenza n. 101 del 2009, risulta opportuna una riflessione. La Costituzione portoghese tutela e basa il proprio ordinamento sulla dignità umana, ma in questo caso la giurisprudenza non ha dimostrato un atteggiamento poi così favorevole all'assolutezza di tale principio. I giudici, infatti, hanno stabilito, come detto sopra, la prevalenza di altri diritti costituzionalmente garantiti, nonostante il possibile contrasto con quello che è l'art. 1 della Costituzione<sup>73</sup>, dimostrando di non riconoscergli un valore poi così assoluto. Nello specifico, non si considera l'embrione, pur essendo destinato ad un progetto genitoriale e in grado di svilupparsi e diventare essere umano, meritevole della stessa tutela e degli stessi diritti di un essere umano fatto e compiuto; la giurisprudenza portoghese applica la teoria gradualistica per cui più l'embrione si sviluppa più la sua dignità merita di essere tutelata.

*Leading case* per quanto riguarda la concezione giurisprudenziale di dignità risulta essere la sentenza n. 105 del 1991 con cui il Tribunale costituzionale portoghese si è pronunciato riguardo alla presunta violazione della dignità umana da parte del codice civile, che permetteva ad uno dei coniugi di chiedere il divorzio indipendentemente dalla volontà dell'altro, quando vi fosse stata una separazione con durata minima di sei anni senza interruzioni. Il ricorrente, cioè il coniuge contrario al divorzio, riteneva che questa norma fosse in netto contrasto con il principio di cui all'art. 1 Cost. dato che permetteva il ripudio come forma unilaterale di scioglimento del vincolo di coniugio. Il Tribunale ha concluso negando le ragioni del ricorrente e con riferimento alla dignità ha affermato: «Non si nega, certamente, che la dignità della persona umana sia un valore basilare e rappresentante il nucleo della Costituzione portoghese in vigore; e neanche che essa debba ispirare e fondare tutto l'ordinamento giuridico. Effettivamente non si tratta – nell'affermazione che di questo valore si dà già nell'art. 1 della Costituzione – di una mera proclamazione teorica, o di una semplice formula declaratoria, sprovvista di ogni significato giuridico-normativo; si tratta, piuttosto, di riconoscere quel valore – il valore eminente dell'uomo in quanto persona, come essere autonomo, libero e (socialmente) responsabile nella sua unità esistenziale – come un vero principio

---

<sup>73</sup> Art. 1 Cost. : «Il Portogallo è una Repubblica sovrana, fondata sulla dignità della persona umana e sulla volontà popolare ed è impegnata nella costruzione di una società libera, giusta e solidale».

regolativo primario dell'ordine giuridico, fondamento e presupposto della validità delle rispettive norme. E, per quanto detto, se da esso non si possono dedurre direttamente, in linea di massima, soluzioni giuridiche concrete, le soluzioni devono essere sempre conformi a tale principio e devono poter essere controllate alla luce delle sue esigenze. [...] Semplicemente, non si può non riconoscere che l'idea della dignità della persona umana, nel suo contenuto concreto – nelle esigenze o corollari nelle quali si ramifica – non è qualcosa di puramente aprioristico [...] o astorico, ma qualcosa che è in divenire e che si modifica nella storia, assumendo così una dimensione eminentemente culturale»<sup>74</sup>.

## 6.2. Una ricerca disciplinata

Altro aspetto fondamentale da analizzare è l'ambito della ricerca scientifica: il Portogallo è uno di quegli Stati che si sono adattati all'innovazione e alla scienza, permettendo la ricerca entro certi limiti. Porre un limite significa comunque rendere lecita la ricerca, dunque incentivarla e svilupparla. È importante non sopprimere ma piuttosto regolare un fenomeno come questo al fine di evitare pratiche clandestine e stravaganti. Tra gli Stati innovativi si può iscrivere anche il Regno Unito in cui, nel febbraio 2016, lo Human Fertilisation Embryology Authority (HFEA) ha per la prima volta autorizzato la manipolazione di embrioni per scopi scientifici. Tale autorizzazione permette l'utilizzo della tecnica Crispr-Cas9 la quale consente di eliminare i geni malati del DNA per combattere le malattie genetiche, per capire come si forma la vita e comprendere le cause degli aborti spontanei. Si fa riferimento a questi ultimi due casi perché circa il 50% degli ovociti fecondati non si sviluppa correttamente, secondo gli esperti, conseguentemente ad un'anomalia del codice genetico. Con la tecnica Crispr si possono scoprire i geni che non permettono lo sviluppo, dunque escludere gli embrioni portatori di quel tipo di DNA dalla PMA. Si nota dunque come la ricerca sottoposta ad una serie di regole sia una ricerca disciplinata; infatti è importante stabilire un limite alla stessa al fine di evitare sconvolgimenti ed eccessi, che possono aprire una finestra sull'eugenetica. Uno strumento di prevenzione è l'istituzione di comitati etici che hanno il compito di porre dei limiti alla ricerca, ad esempio il CNPMA in Portogallo ha la competenza, tra le altre, di approvare o rifiutare i progetti di ricerca scientifica.

Nonostante tutto, anche ai giorni nostri i casi abusivi non sono poi così rari; uno di questi risale all'autunno del 2007 quando negli USA, alla Cornell University di New York, l'equipe guidata da Zev Rosenwaks, con finanziamenti privati e senza rispondere alla legge federale americana, realizzò un esperimento pionieristico su "un embrione inutilizzabile per tecniche di fecondazione assistita", con l'obiettivo dichiarato

---

<sup>74</sup> C. MEOLI, *La dignità della persona umana nell'ordinamento costituzionale portoghese*, cit., 3 ss.

di impiegarlo nello studio sulle cellule staminali, e subito dopo lo distrusse. Un abuso ancora più recente si è verificato l'anno scorso in Cina, dove un embrione umano è stato manipolato per tentare di correggere un gene, che provoca una malattia rara, da specialisti dell'Università Sun Yat-Sen di Guangzhou. Questa ricerca, portata avanti sulla base di non meglio precisate "linee guida", redatte dalle autorità di Pechino, e priva di specifici permessi di un organismo di controllo, fu poi pubblicata dalla rivista "Protein and Cell" dopo essere stata rifiutata sia da "Science" che da "Nature"<sup>75</sup>.

### 6.3. Rapporto fra scienza e diritto

La natura specifica delle questioni scientifiche aumenta notevolmente il livello di complessità della loro trattazione non solo per il contenuto tecnico scientifico ma anche per le implicazioni etiche e sociali ad esse collegate tanto da imporre un'esigenza di bilanciamento tra due interessi contrapposti: lo spazio riservato alle scelte politiche assunte dal legislatore e il margine di intervento riconosciuto al vaglio giurisdizionale. Sul piano comparato, per quanto riguarda il rapporto tra discrezionalità legislativa e giurisdizionale, si possono individuare due modelli di approccio differenti nell'affrontare le questioni scientifiche:

1) Approccio astensionista; è adottato soprattutto qualora la decisione richiesta abbia ad oggetto questioni eticamente sensibili e la comunità sociale di riferimento non abbia ancora un atteggiamento comune sull'argomento. In questi casi quindi il potere giurisdizionale fa un passo indietro e lascia al legislatore la libertà di intervenire (c.d. margine di apprezzamento) sulla tematica in questione in quanto quest'ultimo è l'organo più adatto a farsi portavoce della collettività, lasciando così ai giudici l'eventuale compito di sanare scelte del legislatore manifestamente irragionevoli o incoerenti (es. Corte Edu).

2) Approccio interventista; in questo caso il potere giurisdizionale si amplia in quanto le corti sentono la necessità di entrare nel merito della questione scientifica al fine di dare una soluzione alla questione giuridica in esame. I giudici quindi in un primo momento selezionano i criteri per valutare l'elemento scientifico e una volta stabiliti li applicano per risolvere il caso concreto, in quanto l'esito della valutazione extra giuridica andrà inevitabilmente a orientare la decisione giuridica della questione (es. Corte di Giustizia dell'UE).

Osservando dunque l'approccio con cui il Tribunale Costituzionale portoghese affronta la questione scientifica quando nel 2009 venne chiamato a valutare la legittimità della legge in materia di PMA, è possibile dedurre alcune linee di tendenza.

Innanzitutto in questa sentenza si può notare come il Tribunale non abbia timore di intervenire nell'ambito della scienza, anzi i giudici nel rispondere ai quesiti posti dai ricorrenti valorizzano nelle loro risposte

---

<sup>75</sup> V. PINI, *Via libera alla manipolazione di embrioni umani nel Regno Unito*, tratto da *La Repubblica*, 1 febbraio 2016.

riferimenti a standard e a concetti medico-scientifici introdotti nella legge e, qualora necessario per dare una soluzione, essi entrano nel merito della questione e danno definizioni a concetti scientifici, anche complessi, chiamati in causa. Questo intervento, seppure possa apparire invasivo, ha come obiettivo di contribuire a riconoscere legittimità costituzionale alle soluzioni adottate dal legislatore. Le definizioni elaborate dal Tribunale più che basarsi su elementi scientifici sono il risultato di un'interpretazione sistematica della legge sulla PMA; infatti nei casi in cui i giudici hanno affrontato questioni su cui la comunità scientifica non esprime un'opinione unanime (es. caso degli embrioni ottenuti senza ricorso alla fecondazione mediante spermatozoi), nel selezionare i criteri scientifici che portano alla soluzione del caso, tra i molti a disposizione e ognuno con esiti diversi, essi hanno scelto la definizione che permettesse di lasciare intatto l'intero assetto normativo disposto dal legislatore.

Un altro aspetto molto interessante che emerge dalla lettura della legge sulla PMA è il carattere "aperto" che il legislatore le ha voluto dare a differenza ad esempio della legge italiana n. 40 del 2004. Il legislatore italiano infatti ha scritto tale legge con l'intento, almeno iniziale, di fissare rigide regole all'applicazione delle tecniche di PMA senza però che tali limiti si basassero su risultanze scientifiche; così ad esempio l'iniziale limite alla creazione e all'impianto di embrioni, nel numero di 3, venne eliminato dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 151 del 2009) perché irragionevole e pericoloso per la salute della donna. In Portogallo invece il legislatore in molti casi (ad es. età dei beneficiari, numero di embrioni da creare e impiantare, ecc.) non impone dei limiti prestabiliti ma solamente dei criteri guida e lascia alla competenza del medico la possibilità di decidere caso per caso quale sia la migliore soluzione da adottare alla luce degli standard clinici verificati e delle "best practices" consolidate. Nella sentenza n. 101/2009 molti quesiti sollevati dai ricorrenti chiedevano al giudice di eliminare queste "clausole aperte" e di introdurre rigide regole di applicazione delle tecniche di PMA; i giudici però non sono intervenuti in senso demolitivo ma anzi hanno riconosciuto l'adeguatezza dello schema normativo mettendo in evidenza come i diritti che i ricorrenti ritenevano frustrati da questa legge (es. dignità umana, rischio di gravidanze multiple, ecc.) in realtà fossero tutelati al meglio proprio per la presenza di queste norme c.d. aperte, che permettono al medico di adottare soluzioni diverse in base ad una valutazione caso per caso.

In conclusione quello che emerge dal caso portoghese è l'esistenza di un rapporto bilanciato tra potere legislativo e giurisdizionale. Infatti, se il legislatore, quando deve affrontare questioni scientifiche, crea nel testo legislativo una connessione tra dato normativo e dato scientifico, il potere giurisdizionale non entrerà nel merito della questione, poiché è compito del legislatore prendere una posizione in quest'ambito, ma potrà eventualmente svolgere uno scrutinio sulle scelte legislative alla luce della ragionevolezza scientifica. Dall'altro lato se il legislatore non interviene a regolare aspetti molto sentiti dalla comunità sociale (es. in Italia il tema della ricerca scientifica sugli embrioni) o interviene ma senza connessione tra dato normativo

e scientifico, la conseguenza sarà un'estensione della discrezionalità giurisdizionale che dovrà intervenire a colmare i vuoti lasciati dal legislatore o a modificare le sue scelte irragionevoli e incoerenti rispetto alle rilevanze scientifiche<sup>76</sup>.

---

<sup>76</sup> S. PENASA, *Le "scientific questions" nella dinamica tra discrezionalità giurisdizionale e legislativa*, in *BioLaw Journal/Rivista di BioDiritto*, 1, 2016, 39-79.