

“La fine è nota”

Osservazioni a prima lettura alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa.

di **Angela Musumeci** – *Professore ordinario di Diritto costituzionale nell’Università di Teramo.*

1. Leggendo il laconico ma essenziale comunicato stampa della Corte costituzionale del 9 aprile 2014, con cui si rendeva pubblica la dichiarazione di illegittimità costituzionale degli artt. 4, comma 3, 9, commi 1 e 3, e 12, comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, relativi al divieto di fecondazione eterologa medicalmente assistita, confesso che il pensiero è andato subito al titolo di un romanzo giallo “*La fine è nota*”, di G. Holiday Hall, molto amato da Leonardo Sciascia che si spese tanto per farlo pubblicare dalla casa editrice Sellerio. Nella trama del libro gli accadimenti sono quello che appaiono fin dal primo momento, ma la loro irrazionalità è tale da spingere a cercare una verità alternativa che alla fine delle indagini si dimostrerà fallace.

Anche nel caso della legge n. 40 del 2004, la verità dei fatti, ossia la irrazionalità della legge, è stata davanti i nostri occhi fin dal principio¹. La sua applicazione, per dichiarazione degli stessi esperti ascoltati in sede parlamentare nel corso delle audizioni conoscitive, è apparsa problematica fin dal principio, quando non in contraddizione con altre discipline affini. Come stupirsi allora quando la legge ha iniziato un lento ma inesorabile sgretolamento sotto i colpi dell’azione giudiziaria, in specie grazie all’uso dell’interpretazione conforme a costituzione da parte dei giudici di merito che hanno provato a smussare alcune delle sue incongruenze. Così è stato quando l’azione pionieristica del giudice civile (Trib. Cagliari, 22 settembre 2007; Trib. Firenze, 19 dicembre 2007) ha autorizzato l’accesso alla diagnosi preimpianto alle coppie sterili e portatrici di malattie genetiche trasmissibili, abilitati ai sensi degli artt. 4, c. 1, e 5, c.1, a ricorrere alla PMA, sulla base della considerazione che il divieto implicito desumibile dalla legge n. 40, potesse essere superato, con una interpretazione orientata agli artt. 2 e 3 Cost., al fine di evitare gli effetti irrazionali che discendono dalla previsione legislativa, la quale fa salva la possibilità delle coppie di ricorrere all’aborto, ai sensi della legge 194 del 1978, ma contestualmente obbliga gli operatori ad impiantare gli embrioni così come sono. Anzi poiché la legge si limitava e si limita a prevedere sull’embrione

¹ Tra i tanti interventi di commento sulla legge n. 40 del 2004, impegnati a mettere a fuoco le molte criticità della legge appena approvata, rimando per tutti, in dottrina, alle acute osservazioni di M. Manetti, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. dir.*, 2004, molte delle quali hanno trovato riscontro nelle successive decisioni dei giudici.

interventi con finalità diagnostiche e terapeutiche la conseguenza assurda, e particolarmente afflittiva per la coppia, era la consapevolezza dell'impianto di un feto dalla diagnosi infausta.

Due decisioni temerarie quindi che sono andate ben oltre il semplice ruolo di *cases*, suscettibile al più di dare maggior rilievo alle asperità del divieto legislativo. La loro azione, infatti, si è per così dire "saldata" con quella del giudice amministrativo (Tar Lazio, sez. III, 21 gennaio 2008, n. 398), che basandosi sulla precedente interpretazione dei due giudici di merito ha annullato le linee guida ministeriali del 2004, le quali diversamente dalla legge sancivano espressamente il divieto di diagnosi preimpianto sugli embrioni in *vitro*, consentendo la sola indagine osservazionale, sulla base di un loro contrasto con la legge nell'interpretazione orientata fornita dai giudici, ed elevando di fatto le linee guida a norme di secondo grado². La decisione del giudice amministrativo, come è giusto che fosse, ha prodotto degli effetti a cascata, non solo ponendo una seria ipoteca sul contenuto delle successive linee guida, adottate con d.m. 11 aprile 2008, che infatti aprono alla diagnosi preimpianto, e cominciano ad estendere la platea dei soggetti ammessi alla PMA (non ci sono solo coloro che versano in una condizione di infertilità di "natura", come vuole la legge, ma anche chi, fertile, soffre di malattie virali sessualmente trasmissibili: HIV, HBV, HCV) ma soprattutto contribuendo alla costruzione di una culturale sociale più sensibile alle tematiche in oggetto di quanto non lo fosse al tempo dello sfortunato referendum abrogativo del 2005.

Una volta aperta una breccia nei divieti della legge tocca alla Corte costituzionale, all'incirca un anno dopo la decisione del Tar Lazio, colpire un'altra odiosa disposizione della legge, con la sent. n. 151 del 2009. Il giudice delle leggi con una decisione non del tutto convincente³ provvede a smantellare una previsione simbolo della legge ossia l'obbligo dell'unico e contemporaneo impianto di embrioni, comunque non superiore a tre, sulla base dell'argomento che la previsione di legge andava senz'altro ad incidere sulla regola di fondo in materia di pratica terapeutica, in base alla quale "è nell'autonomia e nella responsabilità del medico che, con il consenso del paziente, si operano le necessarie scelte discrezionali"(pt. 3 del considerato in diritto), provvedendo altresì a riequilibrare il bilanciamento originario della legge, tutto a favore della tutela dell'embrione, con il diritto alla salute della donna oltre che con i diritti procreativi della coppia.

² Per una ricostruzione più analitica della concatenazione degli atti giurisdizionali sommariamente indicati nel testo si rinvia ad E. Malfatti, *L'accesso alla procreazione medicalmente assistita, tra "integrazioni" della legge e nuove aperture giurisprudenziali*, in www.forumcostituzionale.it; specificamente su Tribunale Cagliari, M. D'Amico, *Il divieto di diagnosi "preimpianto". Fra Corte costituzionale e giudici comuni sul problema postosi a Cagliari*, in *Bioetica*, 2007. Si segnala infine la decisione del Trib. Salerno, 9 gennaio 2010 che ha esteso ulteriormente l'accesso alla PMA e alla diagnosi preimpianto includendo altresì la coppia portatrice di malattie genetiche ma non infertile.: a commento, si v. le osservazioni di C. Tripodina, *Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in www.costituzionalismo.it, 25 marzo 2010.

³ Tra i tanti commenti alla decisione si v. con impostazione diversa tra loro: L. Trucco, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in *Consulta Online*, 15 luglio 2009; M. Manetti, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, 2009; C. Tripodina, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la "Costituzione che non vale più la pena difendere"?*, ivi, 2009; M. Casini, *La sentenza costituzionale 151/2009: un ingiusto intervento demolitorio della l. 40/2004*, in *Dir. Famiglia*, 2009; G. Razzano, *L'essere umano allo stato embrionale e i contrappesi alla sua tutela- In margine alla sentenza della corte cost. n. 151/2009 e all'ordinanza del tribunale di Bologna del 29 giugno 2009*, in *Giur. it.*, 2010.

Da ultimo, non tarda ad unirsi al circuito demolitorio-ricostruttivo della legge n. 40, da parte di Corte costituzionale e giudici comuni, la Corte EDU che a sua volta, in occasione del ricorso *Costa e Pavan c. Italia*, ha comminato, nel corso del 2012, una significativa condanna al nostro Paese proprio a causa della vigenza della legge in oggetto. In particolare, la Corte di Strasburgo accogliendo il ricorso della coppia italiana, che lamentava l'esclusione dall'esame diagnostico delle coppie fertili, portatrici sane di patologie a trasmissione genetica, ha parlato di un "difetto di sistema" fra parte e parte della nostra legislazione, alludendo, da una parte, alla legge sulla procreazione medicalmente assistita e, dall'altra, alla disciplina sull'interruzione volontaria di gravidanza, senza considerare però che nel frattempo le linee guida erano mutate⁴.

Ora, non c'è dubbio che l'entrata in scena della Corte EDU ha una valenza simbolica di gran lunga superiore agli effetti che possono discendere dalle sue sentenze; la stessa circostanza che i ricorrenti del caso *Costa e Pavan* avessero deciso di esperire il ricorso alla Corte di Strasburgo senza perseguire la via della giustizia costituzionale interna suona come un campanello di allarme per la Corte costituzionale a non trincerarsi più dietro pronunce dal carattere ambiguo, oppure a "delegare" ai giudici comuni la soluzione di singoli casi, ma a far sentire in maniera più marcata la sua presenza⁵. Tanto è che la Corte è tornata ad occuparsi della PMA con un intervento ablativo che colpisce forse una delle norme più qualificanti l'intera legge, ossia il divieto di fecondazione eterologa, esattamente dieci anni dopo la sua entrata in vigore. E la prova della volontà della Corte di mutare verso al suo precedente atteggiamento è dato dal fatto che mentre inizialmente con l'ordinanza n. 150 del 2012, pur ritenendo ammissibile la questione sollevata circa il divieto di fecondazione eterologa, aveva disposto la restituzione degli atti ai giudici a quibus, per un rinnovato esame alla luce della sopravvenuta sentenza della Grande Chambre della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *S.H. et al. c. Austria*, in occasione dell'attuale giudizio apprezza il profilo di novità contenuto nelle ordinanze di rimessione, ammettendo così la questione, ma contestualmente considera assorbiti i profili concernenti la Convenzione europea evidenziati dai giudici a quibus⁶.

⁴ Sulla sentenza della Corte EDU si v. almeno E. Malfatti, *La Corte di Strasburgo tra coerenza e incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i "giochi di parole" divengono decisivi*, in www.rivistaaic.it, 18 settembre 2012; C. Nardacci, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in www.rivistaaic.it, 22 marzo 2013.

⁵ In gran parte convincente la lettura dei rapporti tra Corte europea, Corte costituzionale e giudici comuni avanzata di recente da G. Sorrenti, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost. sent. n. 162/2014)*, in *Consulta Online*, 13 giugno 2014.

⁶ Al riguardo ritengo ampiamente condivisibili le obiezioni sollevate da A. Morrone, *Ubi scientia ibi iuris*, in *Consulta Online*, 13 giugno 2014, il quale giustamente denuncia un atteggiamento altalenante della Corte costituzionale rispetto al diritto derivante dalla Convenzione europea: se inizialmente le norme convenzionali avevano avuto un ruolo determinante per la restituzione degli atti ai giudici del processo principale ora, improvvisamente, non ne hanno più alcuno. Altrettanto preoccupante, di conseguenza, è l'esclusione dal parametro di legittimità costituzionale, utilizzato dalla Corte nella decisione in esame, dell'art. 117, c. 1, Cost., che come ha giustamente puntualizzato A. Ruggeri, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunciato, al "dialogo" con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2004)*, in *Forum di Quad. cost.*, n. 5/2014, essendo norma regolatrice le relazioni ordinamentali, "spiana la via all'ingresso in ambito interno di norme ed indirizzi giurisprudenziali provenienti *ab extra*, idonei a concorrere alla rigenerazione semantica degli stessi parametri costituzionali ... giusta la indicazione di metodo

A questo punto tutti gli indizi dicono che la *fine era* nota anche nel nostro caso!

2. Certamente, la decisione in oggetto non deve essere stata semplice per i giudici della Consulta, anche a giudicare dal tempo intercorso tra la dichiarazione d'illegittimità costituzionale, annunciata con il comunicato stampa, e il deposito della sentenza vera e propria (9 aprile- 9 giugno). Difficoltà comprensibili: la Corte sa di muoversi su un terreno eticamente sensibile e che la sua decisione, qualunque essa sia, incontrerà il favore di alcuni e le critiche di altri. Ciononostante, va ricordato preliminarmente che sulla Corte non possono e non devono ricadere le responsabilità di scelte effettuate in sede di politica legislativa. Il rischio che il nostro legislatore potesse caricare la legge sulle tecniche di fecondazione assistita di una valenza ideologica eccessiva era oltremodo probabile, con la conseguenza di avere una legge dalla difficile accettazione sociale e dalla dubbia praticità. Tornano in proposito come un monito gli insegnamenti di chi, ancor prima dell'elaborazione della legge, aveva indicato come metodo di approccio ai temi della bioetica la via del "diritto leggero"⁷, ossia la strada di una regolamentazione minimale che non pregiudicasse né le opzioni individuali né gli sviluppi scientifici a venire. Tutti sappiamo che così non fu e che il testo legislativo, per i tanti divieti che contiene, è espressione inequivocabile di una scelta politica orientata, non supportata da una adeguata cognizione tecnico-scientifica, cui se ne oppose un'altra, altrettanto politicamente orientata, contenuta nella plurima richiesta di referendum abrogativo, totale e parziale, della legge, che la Corte costituzionale, decise di ammettere con l'esclusione della sola abrogazione totale⁸.

Ora se il principio della discrezionalità del legislatore è un principio cardine in tutti gli ordinamenti democratici, massimo ogni qualvolta adotta un atto politico come la legge, ciò non toglie che tale discrezionalità si possa e si debba concretizzare diversamente a seconda dell'oggetto su cui ci si accinge a legiferare. Mi è già capitato di sostenere altrove, grazie anche al supporto della giurisprudenza costituzionale, che la discrezionalità dell'organo legislativo assume dei connotati totalmente diversi dall'usuale ogniqualvolta essa è chiamata a confrontarsi con le questioni di natura scientifica⁹. Anche se la scelta per l'applicazione di un principio costituzionale al posto di un altro ricadrà sempre nella sfera della responsabilità del legislatore, in ragione della sua discrezionalità, le ragioni di quella scelta presuppongono sempre la risoluzione preventiva della questione scientifica, o per lo meno impongono l'uso del principio di precauzione anche da parte dell'organo legislativo. Senza una simile presupposizione, in assenza quindi di una comprovata *ratio* di natura scientifica, la decisione del legislatore potrà risultare quanto meno arbitraria se non addirittura piegata al volere della maggioranza, come è accaduto nel caso della legge sulla PMA. Infatti, dall'iniziale scelta di principio di definire in modo del tutto autonomo, per via legislativa, il dibattuto, e ancora aperto, problema scientifico dell'inizio della vita umana, sono derivate a cascata

e teoria dell'interpretazione secondo cui la Costituzione e le altre Carte dei diritti "si integrano, completandosi reciprocamente nella ricostruzione" (sent. n. 388 del 1999)".

⁷ Così per primo S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992; Id., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995.

⁸ Sul punto può essere utile tornare a leggere i contributi degli A. contenuti nel volume *I referendum sulla fecondazione assistita*, a cura di M. Ainis, Milano, 2005.

⁹ Mi sia consentito al riguardo il rinvio ad A. Musumeci, *Costituzione e bioetica*, Roma, 2005.

una serie di soluzioni normative, dalla dubbia legittimità costituzionale, che i giudici nel corso del tempo, hanno provveduto lentamente a demolire, come sinteticamente ricordato in apertura.

Bene quindi ha fatto la Corte, nella sentenza in esame (p.to 7 c.d.), a ricordare, citando sul punto la sua più recente giurisprudenza che qualunque intervento del legislatore ordinario su scelte terapeutiche, sulla loro appropriatezza, anche nel caso delle patologie attinenti alla sfera riproduttiva, “non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tener conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze acquisite tramite istituzioni e organismi a ciò deputati (sent. n. 8 del 2011)”. Fermo restando il potere del legislatore di intervenire in modo conforme ai precetti costituzionali, la regola da seguire in tutti i casi in cui è in discussione il diritto alla salute, fisica e psichica, dei soggetti, deve sempre essere “la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali (sent. n. 151 del 2009)”. Nel caso specifico, la Corte ritiene che non si tratti di “assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia”, piegando le tecniche al soddisfacimento di desideri egoistici ed assolutizzanti, ma che è in discussione un profilo del diritto alla salute rispetto al quale solo le valutazioni di ordine medico-scientifico sono in grado di dare risposte soddisfacenti sull’uso delle tecniche, ferma restando “la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango”.

Un argomentare prudente quindi da parte della Corte che, da un lato, spazza via quell’alone sinistro, quasi demoniaco, che ha accompagnato l’uso delle tecniche di fecondazione assistita al tempo dell’approvazione della legge, assumendole per quelle che sono, vale a dire uno strumento di cura da impiegare sotto la diretta responsabilità degli operatori medici per quel che concerne gli effetti e i risultati attesi, e dall’altro, tiene fermo il principio del giudizio di ragionevolezza in quanto è suo specifico dovere andare a sindacare se l’eliminazione del divieto di fecondazione eterologa, in favore del diritto alla salute e della volontà della coppia di avere un figlio, non sia pregiudizievole di altri interessi ugualmente garantiti a livello costituzionale¹⁰.

3. Come anticipato, il canone argomentativo adoperato dalla Consulta per valutare la fondatezza o meno del divieto di fecondazione eterologa è quello del giudizio di ragionevolezza che sorregge l’intero impianto della pronuncia. In via preliminare, la Corte si preoccupa di verificare quali siano gli interessi, di rilevanza costituzionale, ingiustamente sacrificati dall’assolutezza di un simile divieto. La valutazione è semplice ed inequivocabile: la compressione interessa il diritto della coppia sterile ed infertile ad avere un figlio (con le tecniche di PMA) e contestualmente il diritto

¹⁰ Sul rapporto tra tecnica e diritti, adombrato nella sentenza, non si ritiene di poter condividere le perplessità di A. Morrone, *Ubi scientia ibi iuris*, cit., preoccupato del fatto che l’effetto ultimo della decisione possa essere quello di aver fatto emergere una concezione “delle libertà meramente individualistica, egoistica, sradicata da relazioni intersoggettive”. In tal modo sostiene l’A. non sarà più la scienza ad essere al servizio dei diritti ma questi ultimi a dipendere dalla prima. Lasciando da parte la considerazione che per altri diritti fondamentali, ugualmente connessi allo sviluppo scientifico-tecnologico (es. ambiente, informazione) non si è mai fatto valere il discorso della funzionalizzazione alla rovescia, come troppo frequentemente accade in ambito bioetico, le perplessità riportate sarebbero fondate se la Corte non fosse stata rigorosa nell’individuazione dei limiti all’esercizio del diritto, sia per quanto riguarda i soggetti che possono accedere all’eterologa sia per la tutela del concepito artificialmente.

alla salute della medesima coppia. Senza dubbio, uno dei passaggi più delicati dell'intera motivazione è la costruzione del diritto alla genitorialità nelle condizioni date, posto che tale diritto non esisterebbe senza il supporto e lo sviluppo della tecnica. Tanto vale, però, anche per il caso della genitorialità con fecondazione omologa eseguita con le tecniche di procreazione assistita, riconosciuta e ammessa dalla legge, la cui unica variante rispetto alla prima consiste nella "proprietà" del materiale genetico della coppia. Pertanto il diritto già esiste nel nostro ordinamento. Di conseguenza, il problema per la Corte non è quello di ragionare su un "nuovo diritto" ma di capire se la differenza culturale -prima ancora che tecnica- tra fecondazione omologa ed eterologa abbia ragione di esistere specie se si vuol dare la giusta considerazione alle parole del legislatore, secondo il quale il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito "al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità" (art. 1, c. 1, legge n. 40/2004). Soluzione che, a giudizio dei medici, non è definitiva neanche nell'ipotesi della fecondazione omologa: è come se si negasse l'esistenza del diabete in chi si "cura" con l'insulina.

Il diritto alla genitorialità, sia esso naturale o artificiale, secondo la Corte è espressione inequivocabile della più profonda autodeterminazione della coppia poiché è rimessa alla loro libertà di autodeterminarsi la scelta di avere dei figli o meno. Se la famiglia, ai sensi della nostra Costituzione, è tale anche in assenza di figli è altrettanto vero che essa continua ad esistere anche nel caso in cui la coppia decida, pur in presenza di prole propria, di accogliere nel proprio nucleo familiare figli con un patrimonio genetico diverso dal loro, grazie all'istituto dell'adozione, segno evidente, dice la Corte, che "il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa"(pt. 6 cons. in dir.). Tanto basta per capire allora perché il parametro di costituzionalità del giudizio in esame è costituito dagli artt. 2 e 3 Cost. prima ancora che dall'art. 31 della stessa Carta costituzionale: il fondamento costituzionale che regge la tutela della scelta di diventare genitori si basa prima ancora che sulla protezione della famiglia, sul riconoscimento dei diritti fondamentali della persona umana e sulla garanzia del suo libero e pieno sviluppo¹¹.

Nel suo manifestarsi come libertà intima e profonda che tocca la sfera intangibile della persona umana, il diritto alla genitorialità, è incoercibile, impossibile da vietare ad alcuni, in particolare alle persone assolutamente sterili e infertili, specie nel momento in cui le tecniche di fecondazione hanno reso possibile il superamento della loro condizione di natura. E' interessante osservare che nei confronti della condizione di disagio fisico e psichico, vissuto dalle coppie affette da patologie riproduttive, la Corte scelga con ponderazione l'uso del termine "disabilità" -"nozione che, per evidenti ragioni solidaristiche, va accolta in un'ampia accezione" (pt. 7 cons. in dir.)- quasi che attraverso il suo impiego riuscisse a rendere palese il legame che corre tra la libertà di autodeterminazione ad avere un figlio con il diritto alla salute delle coppie medesime. Non c'è

¹¹ Sul punto però le osservazioni critiche di A. Ruggeri, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunciato, al "dialogo" con la Corte EDU*, cit., mi paiono ampiamente condivisibili, il quale lamenta, con l'esclusione dal parametro di costituzionalità dell'art. 117, c. 1, Cost, una pericolosa chiusura della nostra Corte a suggerimenti ed indicazioni che possono derivare dalla giurisprudenza della Corte EDU proprio con riguardo al tema centrale dell'autodeterminazione dei soggetti. Suggestioni e indicazioni che di contro possono essere di grande utilità al nostro giudice di legittimità delle leggi, specie nella prospettiva delle questioni del fine vita.

dubbio, infatti, che se, da una parte, la mancata realizzazione di sé attraverso l'esperienza genitoriale, crei una sofferenza psicologica lesiva del diritto alla salute, nell'accezione di benessere psicofisico, accolta ormai da qualche tempo anche nella giurisprudenza costituzionale, dall'altra, l'impossibilità fisica di procreare, oggi superabile con le tecniche di PMA, omologa ed eterologa, comporta il preciso dovere della Repubblica, ai sensi dell'art. 32 Cost., di assicurare il diritto alla salute della coppia. In tale prospettiva perde anche di significato la differenza tra PMA di tipo omologo ed eterologo, che ha rilievo invece per altri aspetti della decisione, poiché entrambe contribuiscono a soddisfare il desiderio di genitorialità della coppia e a garantire il diritto alla salute della stessa. Detto altrimenti: la "disabilità" della coppia sterile o infertile si "cura" con la PMA.

Naturalmente, tutto ciò non basta per considerare il divieto di fecondazione eterologa illegittimo. Sebbene la stessa Corte abbia, a più riprese, definito il diritto alla genitorialità incoercibile, il giudice di legittimità non incorre però nell'errore di considerare la pretesa sottostante al diritto come assoluta. Per quanto fondamentale possa essere la libertà di autodeterminazione ciò non comporta che essa sia scevra da limiti. Ragionando in termini di bilanciamento occorre, invece, verificare se le limitazioni poste alla sua realizzazione siano strettamente necessarie e proporzionate alla tutela di un altro diritto al quale la Costituzione riconosca uguale garanzia. E' la logica stringente del giudizio di ragionevolezza ad imporre quindi alla Corte di cercare l'interesse in grado di giustificare l'assolutezza del divieto per poi tornare sul bilanciamento operato dal legislatore e giudicare la proporzionalità del mezzo al fine che ha inteso raggiungere.

4. Posto che la finalità della PMA eterologa è, al pari dell'omologa, quella di offrire una soluzione ai problemi riproduttivi delle coppie sterili e infertili, l'interesse meritevole di tutela, direttamente conseguente al desiderio di genitorialità della coppia, è la tutela della persona nata con la PMA. Al riguardo, il legislatore con la legge n. 40 ha dimostrato di apprezzare particolarmente simile interesse, predisponendo delle norme a tutela della filiazione per i nati con le tecniche di fecondazione assistita (inclusa l'eterologa) di gran lunga più garantista di quelle esistenti per la filiazione naturale. Non va dimenticato, infatti, che pur in vigenza del suddetto divieto, l'art. 9 della legge stabiliva che per i nati con fecondazione eterologa non fosse possibile esercitare l'azione di disconoscimento di paternità, segno inequivocabile del fatto che il legislatore aveva inteso, fin dal principio, regolamentare simili rapporti sul proprio territorio, considerato che la coppia si sarebbe potuta recare all'estero a praticare la fecondazione eterologa. Così come non va dimenticato che il precedente articolo della medesima legge recita che "I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti dalla coppia (...)" senza distinzione alcuna tra nati da i due tipi di fecondazione.

Quindi, nella legge n. 40/2004 sono rinvenibili delle norme che predispongono delle forme di tutela per il nato con fecondazione eterologa che fanno apparire il divieto quantomeno eccentrico. Tuttavia i suoi sostenitori, con argomentazione ripresa anche dall'Avvocatura generale dello Stato in occasione della decisione in esame, ritengono che caso dell'eterologa bisogna prima di tutto aver cura dell'identità genetica del nascituro, vale a dire a tutti i problemi connessi ad una genitorialità con materiale genetico esterno alla coppia, incluso il rischio psicologico del nato di conoscere la

propria identità genetica. E' proprio vero però che un simile diritto non trova tutela nell'ordinamento? Senza voler disconoscere il profilo di novità collegato all'utilizzo della tecnica di fecondazione eterologa, il diritto in esame, ricorda puntualmente la Corte, è stato già in passato oggetto di regolazione in situazioni che pongono questioni di identità genetica non condivisa con quella dei genitori, e la sua necessaria tutela ha suggerito soluzioni che lo hanno contemperato ragionevolmente con gli altri diritti in gioco, senza mai esitare in soluzioni radicali come quella di vietare le pratiche che danno luogo ad una genitorialità non naturale. La fattispecie dell'adozione - lo si disse da più parti anche durante l'approvazione della legge - è il parametro per un simile bilanciamento. Inoltre, dopo la modifica della legge n. 184 del 1983, recante norme sul "Diritto del minore ad una famiglia", ad opera del dlgs. n. 154 del 2013, all'identità genetica dell'adottato è stata riservata maggiore attenzione che in passato, dal momento che la segretezza delle informazioni sui genitori naturali è temperata dalla possibilità, nei casi e nei modi previsti dalla legge, per i genitori adottivi e per l'adottato di conoscere le informazioni riguardanti l'identità dei genitori biologici. La stessa Corte costituzionale, d'altronde, in sintonia con il legislatore riformatore, aveva avuto occasione di osservare che mentre la scelta dell'anonimato, da parte del genitore biologico, "impedisce l'insorgenza della "genitorialità giuridica", con effetti inevitabilmente stabilizzati pro futuro", non altrettanto può valere per la "genitorialità naturale" rispetto alla quale l'anonimato può sempre essere rimosso e la scelta sottoposta a verifica¹². Fin qui le analogie con l'adozione.

Fermo restando il diritto del nato con fecondazione eterologa di conoscere le propria identità genetica, nulla toglie che tale diritto possa essere tutelato in modo diverso in ragione delle peculiarità della fecondazione eterologa. I donatori di gameti, o dell'altro materiale genetico indispensabile per realizzare tale tipo di PMA difficilmente possono essere paragonati ai genitori naturali dell'adottato. Il gamete, infatti, ha solo la potenzialità di determinare un embrione, poiché per arrivare a quel livello di sviluppo è necessario che vi sia un impianto e quindi un utero femminile che lo alimenti. Diversamente dall'adozione, nel caso della fecondazione eterologa dunque non esiste alcun legame di genitorialità, né naturale né giuridica, tra i nati e i donatori, per cui solo la coppia che ha avuto accesso alla tecnica può fregiarsi del titolo di "genitori", ed assumersi la responsabilità corrispondente, così come dispone l'art. 231 del c.c. e l'art. 8 della legge n. 40 del 2004. Del resto, anche prima della caducazione del divieto, la legge n. 40 stabiliva, e prevede ancora, che "il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato" (art. 9, c. 3), dimostrando di avere consapevolezza del fatto che la genitorialità non viene fuori certo da un gamete. Quanto premesso comporta che il diritto alla conoscenza della propria identità genetica possa essere disciplinato, eventualmente, in forma diversa rispetto ai casi in cui ci sia stata una effettiva separazione dai genitori naturali, dove il nato è stato a tutti gli effetti concepito da un'altra coppia. Esclusa quindi qualunque forma di responsabilità del donatore nei

¹² Il riferimento è alla nota sentenza n. 278 del 2013: a commento le osservazioni di E. Frontoni, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra CEDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in www.rivistaaic.it

confronti del nato, la tutela dell'identità genetica di quest'ultimo è perfettamente compatibile con il principio dell'anonimato del donatore. A tale riguardo, la Corte ritiene che la regolamentazione della fattispecie, pur in assenza di una specifica normativa, sia desumibile, mediante i normali strumenti interpretativi, dalla disciplina generale sulla donazione dei tessuti e delle cellule umane, contenuta nel d.lgs 6 novembre 2007, n. 191, recante "Attuazione della direttiva 2004/23/CE sulla definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umane". Naturalmente, il rinvio al principio dell'anonimato del donatore presente nella disciplina sulla donazione di tessuti e cellule umane non vieta in assoluto l'accesso alle informazioni mediche del donatore specie nel caso di pericolo certo per la vita e la salute del nato. Semmai è opportuno pensare, in sede di aggiornamento delle linee-guida, sulla scia delle esperienze legislative di altri Paesi, a specificare ulteriormente il tipo di informazioni sui donatori da raccogliere, incluse quelle genetiche, senza rivelarne l'identità, salva naturalmente l'ipotesi che tale conoscenza sia resa necessaria per la salute e la vita del bambino, così come previsto ad es. dal legislatore spagnolo¹³.

In conclusione, quel che è certo è che i giudici della Consulta non ritengono il divieto di fecondazione eterologa uno strumento proporzionato al fine che il legislatore intendeva tutelare ma al contrario una fonte di ingiuste discriminazioni tra soggetti affetti dalla medesima disabilità. Discriminazione che è ancora più odiosa se parametrata sulle condizioni economiche dei soggetti, dal momento che, in tutti questi anni, il divieto ha prodotto il cosiddetto "turismo procreativo" da parte delle coppie che potevano permettersi di andare all'estero per praticare la eterologa.

5. Un ultimo passaggio della sentenza è riservato al delicato problema del "vuoto normativo" che deriverebbe dalla dichiarazione di illegittimità della norma, che si suppone abbia impegnato non poco i giudici della Consulta. Dietro al problema degli "incolmabili vuoti normativi" però si intravede dell'altro, come ricordato dalla stessa l'Avvocatura generale dello Stato, e cioè la diatriba, accennata in apertura, sulla facoltà del giudice delle leggi di andare a sindacare le "scelte di opportunità" politica del legislatore ordinario, riconducibili unicamente alla sua discrezionalità.

¹³ L'art 5 della legge spagnola n. 42 del 1988 stabilisce che "la donazione è anonima e deve garantirsi la confidenzialità dei dati sull'identità dei donatori da parte delle banche dei gameti, nonché, se del caso, da parte dei registri dei donatori e di attività dei centri che si istituiscano. I figli nati hanno il diritto, in proprio o attraverso i loro rappresentanti legali, di ottenere informazioni generali sui donatori che non includano la loro identità. Ugual diritto spetta alle recettrici dei gameti e dei preembrioni. Solo eccezionalmente, in circostanze straordinarie che comportino un pericolo certo per la vita o la salute del figlio o quando sia previsto da norme processuali penali, potrà rivelarsi l'identità dei donatori, purché tale rivelazione sia indispensabile per evitare il pericolo o per conseguire il fine legittimo perseguito. Tale rivelazione avrà carattere ristretto e non implicherà in alcun caso il dare pubblicità all'identità dei donatori". Senza dubbio, la condizione dell'anonimato del donatore è una delle chiavi del successo della fecondazione eterologa, oltre che una necessità per la certezza dei rapporti giuridici. A questo proposito, può interessare sapere che nel Regno Unito, dopo la modifica operata dai *Statutory Instruments 2004 No 1511 - The Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations 2004*, che ha eliminato l'anonimato, si è riscontrato un calo nelle donazioni. Parimenti, si è osservato che molti cittadini britannici che volevano ricorrere alla procreazione eterologa si recano in Spagna per evitare l'identificazione dei donatori. Gli studi sono stati realizzati da E. Farnós Amaròs, *European Society of Human Reproduction and Embryology 26th Annual Meeting (Roma 27-30 de junio, 2010)*, in *InDret*, luglio 2010.

Così, infatti, è comunemente giustificata, da parte della dottrina, la ratio del divieto di fecondazione eterologa e bene ha fatto la Corte a dichiarare, in apertura delle motivazioni, che “l’eccezione evidenzia l’inestricabile correlazione esistente tra profili concernenti l’ammissibilità ed il merito delle questioni”, sgombrando subito il campo dalle accuse (sempre possibili) di aver travalicato la linea di confine che separa la sfera del governare da quella del giudicare. Tuttavia la tesi del “vuoto normativo” come deterrente alla formulazione del giudizio non convince la Corte, oggi più di ieri, specie dopo la storica pronuncia n. 1 del 2014 sull’inesistenza delle cosiddette “zone d’ombra” dell’ordinamento sottratte al suo sindacato di legittimità: una volta accertata l’esistenza del contrasto tra una norma primaria e il parametro costituzionale, la Corte non può “sottrarsi al poterdovere di porvi rimedio” e dichiararne l’illegittimità, fermo restando il compito del legislatore di introdurre nuove norme se “le eventuali lacune non possono essere colmate mediante gli ordinari strumenti interpretativi dai giudici e anche dalla pubblica amministrazione”, qualora possibile.

Nel caso di specie però non vi sono problemi di lacune normative. Oltre all’estensione dei principi discendenti dal d.lgs n. 191 del 2007 (anonimato del donatore; gratuità e volontarietà della donazione; modalità di manifestazione del consenso; ecc.), è la stessa legge n. 40 a fornire precise regole utilizzabili anche per la fecondazione eterologa. E ciò dipende, in gran parte, dal fatto che il legislatore nel momento stesso in cui vietava la fecondazione eterologa aveva, al contempo, consapevolezza che la stessa veniva praticata nel resto d’Europa e, di conseguenza, si era preoccupato di regolare l’ipotesi in cui una coppia avesse concepito un bambino utilizzando gameti donati. Di conseguenza, con la caduta del divieto, prima di tutto non vi è problema alcuno in merito alla tutela del nato (divieto di disconoscimento; divieto della madre che l’ha partorito di avvalersi dell’anonimato; inesistenza di rapporti giuridici parentali con il donatore di gameti), ma al contempo risultano disciplinati tutta una altra serie di aspetti. Così, è valido anche per l’eterologa il presupposto iniziale per l’accesso alla PMA, previsto originariamente solo per l’omologa, ossia che lo stesso deve ritenersi consentito solo “qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere” le cause di sterilità o infertilità. Di conseguenza è escluso in radice che la tecnica in esame possa esse utilizzata per fini eugenetici o selettivi ed allo stesso tempo essa va rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti. Non è dunque ammissibile alcuna forma di maternità surrogata né la commercializzazione di gameti ed embrioni, giacché i divieti e le sanzioni previsti dall’art. 12 della legge per la fecondazione omologa sono direttamente applicabili all’eterologa.

Parimenti soddisfacente anche per l’eterologa, è quella parte della disciplina della legge n. 40 dettata per l’individuazione dei soggetti che possono accedere alle tecniche: si deve trattare di coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugati o conviventi, entrambi viventi, con la precisa condizione che uno o entrambi i partner siano affetti da sterilità o infertilità assolute.

6. Piccola postilla conclusiva. Mentre mi accingevo a licenziare queste mie osservazioni, mi imbatto nell’intervista rilasciata dal Ministro della Salute, Beatrice Lorenzin, al Corriere della Sera del 7 luglio 2014, sulle nuove regole per la fecondazione. Sostiene il Ministro che “Per partire con la fecondazione eterologa bisogna aspettare le linee guida e alcuni passaggi in Parlamento”. Se nel merito gli interventi annunciati dal Ministro nel corso dell’intervista paiono ampiamente

condivisibili (gratuità della donazione; numero massimo di donazioni possibili da parte del medesimo donatore; divieto di istituzione di cataloghi per scegliere le caratteristiche genetiche del genitore biologico; diritto del nato di conoscere le proprie origini biologiche), in gran parte ispirati dalla legislazione di quei Paesi che hanno avviato da tempo la pratica dell'eterologa, il metodo suscita più di una perplessità. Per prima cosa, il Ministro non parla di un "vuoto normativo" seguito alla dichiarazione di illegittimità però ugualmente, a suo giudizio, la sentenza non è applicabile perché la legge era stata pensata per la sola fecondazione omologa ed oggi la situazione è completamente mutata. Di seguito, il Ministro raccoglie l'invito, contenuto nella stessa sentenza, a trattare alcune delle problematiche connesse all'eterologa in sede di linee guida ma ciononostante ritiene ugualmente doveroso un passaggio in Parlamento (una nuova legge?) per trattare in quella sede gli aspetti più delicati della fecondazione eterologa. Dal tenore dell'intervista si coglie l'orientamento a voler escludere l'anonimato del donatore, quindi a rivelare la sua identità, come condizione per soddisfare il diritto del nato a conoscere la propria identità biologica.

Quando tutto ciò potrà aver luogo non è dato sapere. Fino a quel momento, però, a giudizio del Ministro, la sentenza della Corte costituzionale non dovrà trovare applicazione. Salvo che un giudice non disponga diversamente.

Al fine la politica si è ripresa il suo spazio!