

# OPPORTUNITÀ E LIMITI DEL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE IN RELAZIONE ALLE PROBLEMATICHE DELL'INIZIO DELLA VITA (I CASI DELLA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA E DELL'INTERRUZIONE VOLONTARIA DI GRAVIDANZA)\*

di Marilisa D'Amico \*\*  
(20 luglio 2015)

**Sommario:** 1. Introduzione. - 2. L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa. - 2.1. Premessa. - 2.2. L'approvazione della legge n. 40 del 2004 e la richiesta referendaria sul divieto della c.d. "fecondazione eterologa". - 2.3. Il lungo percorso per arrivare alla Corte costituzionale: i due giudizi di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione c.d. "eterologa". - 2.4. La sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014: la fine di un ingiusto divieto. - 2.5. Il seguito problematico della decisione costituzionale: la Corte non è sola e non può fare tutto da sola. - 3. La legge n. 194 del 1978 e l'obiezione di coscienza dinanzi al Comitato Europeo dei Diritti Sociali del Consiglio d'Europa. - 3.1. La legge n. 194 del 1978: fra principi, Corte costituzionale, tentativi abrogativi per via referendaria e difficoltà applicative. - 3.2. L'obiezione di coscienza e la sua applicazione "contra legem". - 3.3. La decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali del Consiglio d'Europa. - 3.4. Osservazioni conclusive.

## 1. INTRODUZIONE

Nell'ultimo decennio, in Italia, rispetto ai temi più rilevanti e controversi che toccano direttamente la "vita" delle persone si assiste a un ridimensionamento del ruolo della politica, di fatto incapace di dare risposte adeguate, soprattutto sul piano nazionale, e al contempo a un ampliamento delle decisioni giurisprudenziali, che, in molti casi, risolvono direttamente alcuni problemi e situazioni apparentemente senza risposta.

Il campo certamente più controverso, ma proprio per questo di maggiore interesse, è costituito dalle tematiche del nostro convegno, il "nascere" e il "morire": l'inizio e la fine della vita. In questo ambito, in Italia più che in altri Paesi, le regole giuridiche sono state inadeguate o non riescono ad essere emanate, almeno a livello nazionale. Le risposte ai bisogni della società che chiedono soddisfazione sono state, in larga parte, demandate ai giudici: non soltanto al giudice costituzionale, ma anche, direttamente, ai giudici comuni.

In questo campo i dilemmi sono ovviamente causati dal progresso scientifico, che ha superato largamente i confini naturali della nascita e della morte.

Ma in Italia, più che nel resto d'Europa, il rapporto fra diritto e scienza non è facile ed anzi è spesso fonte di equivoci: la politica vorrebbe strumentalizzare la scienza per decidere in modo unilaterale, da un lato, e, dall'altro, la scienza, o meglio la comunità scientifica, spesso non aiuta la politica, parlando con tante voci diverse, e spesso non del tutto disinteressate e imparziali, come dovrebbe essere<sup>1</sup>.

In questo intervento vorrei ragionare sulle tematiche dell'inizio della vita, e cioè quelle legate alla disciplina sull'interruzione della gravidanza e a quelle sulla fecondazione medicalmente assistita - materie regolamentate rispettivamente dalle notissime leggi nn. 194 del 1978 e legge 40 del 2004 - cercando di evidenziare le grandi opportunità, ma anche le inadeguatezze delle risposte soltanto giurisprudenziali a queste problematiche.

---

\* Il presente articolo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al convegno "Nascere e morire: problemi giuridici" svoltosi presso l'Università di Siena il giorno 10 aprile 2015 e che è destinata al volume degli atti di prossima pubblicazione per i tipi della Giuffrè.

1 Sul rapporto fra scienza e diritto, nelle materie in cui viene in particolare rilievo l'evoluzione delle conoscenze tecnico-scientifiche, si vedano CASONATO C., *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, e CASONATO C. - PICIOCCHI C. - VERONESI P. (a cura di), *Percorsi a confronto: inizio vita, fine vita e altri problemi: Forum Biodiritto 2008*, Padova, 2009.

Quanto accaduto su questi temi, infatti, ci mostra alcuni caratteri dello Stato costituzionale: uno Stato nel quale la tutela dei diritti fondamentali non spetta più soltanto al legislatore, ma anche in eguale misura al giudice costituzionale e ai giudici comuni, i quali, nel rapporto diretto con la Costituzione, possono essere le sentinelle più attente ai bisogni della società<sup>2</sup>. Uno Stato nel quale, però, per dare davvero una risposta adeguata ai cd. “nuovi diritti” occorre che la politica, e soprattutto il legislatore, non rinuncino al proprio ruolo, delegando così le decisioni ultime e definitive alla Corte costituzionale o, addirittura, ai giudici comuni.

Tutto questo comporta la necessità che ci si interroghi a fondo, in Italia, sulla possibilità che questa politica e questo legislatore comprendano l’urgenza di occuparsi di temi controversi, difficili, ma sui quali occorre dare una risposta bilanciando principi fra loro apparentemente inconciliabili. Le nostre istituzioni, però, sembrano non comprendere fino in fondo la necessità di riprendere a ragionare “laicamente”<sup>3</sup>, non rinunciando a dare risposte, ma costruendo regole nelle quali tutti possano riconoscersi, come era avvenuto in occasione dell’approvazione della legge n. 194 del 1978.

Ho selezionato il campo di riflessione, concentrandomi, per quanto riguarda la legge n. 40 del 2004 sulle problematiche legate alla fecondazione cd. eterologa, oggetto della più recente pronuncia della Corte costituzionale e sul seguito alquanto problematico e ancora in parte irrisolto della decisione stessa e, per quanto attiene alla legge n. 194 del 1978, all’istituto dell’obiezione di coscienza, oggetto anch’esso di una importante pronuncia del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, che condanna l’Italia per violazione della Carta sociale europea e alla quale, finora, non è stato dato un peso significativo.

Anticipando le conclusioni, possiamo segnalare una situazione paradossale: la legge n. 194 del 1978, legge “laica” che bilancia principi e riconosce autonomia alla scienza e al progresso scientifico, viene interpretata e applicata ideologicamente, e dunque per questo è oggetto della pronuncia europea; la legge n. 40 del 2004, che nasce come scelta “ideologica” del legislatore, che impone il valore dell’embrione contro tutti gli altri valori coinvolti, viene dichiarata incostituzionale con pronunce che ne ridisegnano la *ratio* e che impongono un bilanciamento non voluto in origine dal legislatore.

Eppure, in entrambi i casi, il contesto culturale, sociale e politico influenza moltissimo la possibilità che principi laici, scritti dal legislatore o ridisegnati dalla Corte costituzionale, possano essere applicati correttamente. Infatti, in entrambe le situazioni, che diventano paradigmatiche di tante altre simili, assistiamo a una indistinta lettura ideologica della legge o delle pronunce giurisprudenziali che, di fatto, ne paralizza la corretta e “costituzionale” applicazione.

Analizziamo ora con attenzione tutti i passaggi, per arrivare a ulteriori e conclusive riflessioni.

## **2. L’INCOSTITUZIONALITÀ DEL DIVIETO ASSOLUTO DELLA C.D. FECONDAZIONE ETEROLOGA.**

### **2.1. Premessa.**

È stata lunga la strada per arrivare a rimuovere un divieto, giudicato fin dalla sua entrata in vigore assurdo e irragionevole, contrario al principio costituzionale di eguaglianza. Un divieto fonte di incredibili sofferenze da parte di tanti cittadini, esiliati, alla

---

<sup>2</sup> Si vedano a questo proposito innanzitutto ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, e *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005, e, da ultimo, S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012.

<sup>3</sup> Sull’individuazione di un cd. metodo laico di una democrazia (che essendo “espressione di uno Stato pluralista non può rinunciare a regole della legislazione, del ruolo del legislatore, della stessa interpretazione che conducano a soluzioni aperte e condivise”), sia consentito il rinvio a D’AMICO M., *I diritti contesi*, Milano, 2008, 173 ss.

ricerca di una speranza all'estero, e di tanti altri che non hanno potuto neanche concedersi il lusso di sperare, a causa dei costi economici elevati.

È stata una strada lunga, ma, almeno sul piano dei principi, la sentenza n. 162 del 2014, nella quale finalmente la Corte costituzionale ha sancito in modo definitivo la contrarietà del divieto assoluto della cd. "fecondazione eterologa"<sup>4</sup>, di cui all'art. 4, comma 3, l. 40 del 2004, rispetto agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 della Costituzione, rimuovendo la norma dal nostro ordinamento, ripaga di tante sofferenze e segna un passo avanti importante per il principio di laicità costituzionale.

In questa decisione, la Corte riprende in modo deciso l'impostazione della sua pronuncia precedente, la n. 151 del 2009. In quella pronuncia, il giudice costituzionale aveva profondamente modificato l'impostazione di principio della legge n. 40 del 2004, bocciandone l'impostazione ideologica, basata sulla tutela di un solo valore, quello dell'embrione, a scapito di tutti gli altri, e riconoscendo invece la necessità che questa legge, come dovrebbero fare tutte le leggi in uno Stato laico, bilanci fra di loro i valori in gioco. Afferma la Corte, nel 2009, che nella legge n. 40 del 2004 la tutela dell'embrione deve essere bilanciata con quella delle giuste "esigenze di procreazione". La Corte fa emergere, in quella pronuncia, questo "nuovo" principio costituzionale, che rende attuale l'art. 31 Cost., quale presidio della "genitorialità"; un principio che non significa "diritto a diventare genitori", ma possibilità di esserlo, con l'aiuto della scienza<sup>5</sup>.

Nella sentenza n. 162 del 2014, la Corte richiama "le giuste esigenze della procreazione" all'interno di un ragionamento più complesso, nel quale diviene ancora più esplicito l'intento metodologico del giudice costituzionale.

La Corte riconosce in apertura la complessità della questione, che tocca temi eticamente sensibili e afferma testualmente che in casi come questi le questioni vanno affrontate non solo ponendo i principi costituzionali sullo stesso piano, ma anche considerandoli e analizzandoli tutti insieme nel bilanciamento.

L'invito a far agire e interagire i principi fra di loro, senza escluderne nessuno e senza metterli uno contro l'altro può essere inteso anche come raccomandazione al futuro legislatore, quando tocca temi eticamente sensibili<sup>6</sup>. Temi che non dovrebbero essere derubricati dall'agenda, come succede oggi, ma andrebbero affrontati con metodo "laico", trovando uno spazio e un bilanciamento per tutti i principi coinvolti.

Con questa pronuncia, la Corte costituzionale riconduce in modo deciso la *ratio* della legge n. 40 a due principi fondamentali che l'impostazione originaria del legislatore aveva totalmente annullato: quelli di autonomia e di responsabilità, sia delle persone che dei medici.

Viene a cadere definitivamente quella paura nella scelta delle persone rispetto al proprio progetto di vita familiare, una scelta che il giudice costituzionale definisce "incoercibile". Vengono anche ad essere ulteriormente valorizzate, all'interno del riconoscimento del diritto alla salute, fisica e psichica, delle coppie, la responsabilità e

---

4 La legge utilizza il termine comune di "fecondazione eterologa", anche se sarebbe più corretto parlare di "donazione di gameti"; sul punto, si rinvia a FLAMIGNI C., *Il secondo libro sulla sterilità. La fecondazione assistita*, Torino, 2008, 468 e ss., ripreso da DOLCINI E., *Il punto sulla fecondazione assistita 'eterologa' rileggendo Carlo Flamigni*, in FLAMIGNI C., *Medicina, impegno civile, bioetica, letteratura*, Firenze, 2013, 127 e ss.

5 Sulla possibile ricostruzione di un diritto alla procreazione e sulle sottese problematiche si vedano RIMOLI F., *Appunti per uno studio sul diritto alla procreazione*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, Padova, 1995, 465 ss., LIBERALI B., *Il diritto alla procreazione: quale fondamento costituzionale?*, in D'AMICO M. - COSTANTINI M. P. (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto della "fecondazione eterologa". Analisi critica e materiali*, Milano, 2014, 65 ss., e TRIPODINA C., *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *Rivista di BioDiritto*, 2014, II, 67 ss.

6 Un invito in questo senso è recentemente venuto da Giorgio Napolitano, il quale, da Presidente della Repubblica, ha invitato il Parlamento ad occuparsi delle questioni bioetiche (si rinvia, sul punto, all'esternazione del Presidente della Repubblica rilasciata in data 13 luglio 2014).

l'autonomia del medico, rispetto alle quali non è una legge, ma sono la propria scienza e la propria deontologia a stabilire confini e paletti.

Ripercorrere le tappe principali della vicenda dimostra, in modo chiaro, da un lato, il valore profondo dello stato costituzionale, nel quale il giudice costituzionale nasce proprio come baluardo nei confronti delle ingiustizie e degli abusi di un legislatore che perde così la propria "onnipotenza"; dall'altro, le insidie e le difficoltà, in un sistema costituzionale "incidentale", quale è il nostro, per i cittadini lesi da una legge ingiusta, di arrivare a chiedere giustizia al proprio giudice<sup>7</sup>.

## **2.2. L'approvazione della legge n. 40 del 2004 e la richiesta referendaria sul divieto della c.d. "fecondazione eterologa".**

Il dibattito intorno all'opportunità di ammettere oppure, viceversa, di vietare le tecniche di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo ha connotato l'intero percorso legislativo della legge n. 40 del 2004, così come emerge dall'analisi dei progetti di legge che si sono succeduti nel corso degli anni e che hanno preceduto la definitiva approvazione della legge n. 40, il 19 febbraio 2004.

Nell'ambito di tale dibattito, gli oppositori di tale tecnica di procreazione artificiale, che, come noto, presuppone il ricorso a gameti esterni alla coppia, portavano all'attenzione i rischi cui sarebbe stato esposto il nato dalla c.d. "fecondazione eterologa", dovuti alla frammentazione delle figure parentali, ossia alla non coincidenza tra la c.d. genitorialità biologica e quella sociale, che avrebbe interessato almeno uno dei due componenti la coppia.

Più in particolare, si riteneva il ricorso a tali pratiche di fecondazione artificiale foriero di ledere l'integrità psico-sociale del nascituro, ancorché nessuno studio corroborasse l'effettività di tali rischi. Sotto questo profilo, infatti, l'unico studio noto in materia, promosso dall'Organizzazione Mondiale della Sanità e condotto su un campione di 25.000 bambini nati da tecniche di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, aveva dimostrato l'assenza di qualsiasi disturbo di natura psico-sociale del nato da tali tecniche riconducibile alla c.d. frattura delle figure parentali<sup>8</sup>.

Nell'ambito dei lavori parlamentari, numerosi erano stati, peraltro, anche gli interventi critici nei confronti dell'impostazione favorevole all'introduzione di un divieto assoluto di ricorrere a tecniche di procreazione artificiale di tipo eterologo<sup>9</sup>.

In questo senso, era stato evidenziato il rischio che il divieto di accesso ad una delle tecniche di procreazione artificiale avrebbe determinato in punto di trattamento discriminatorio: alcune coppie avrebbero potuto recarsi all'estero, in Stati dove la c.d. "fecondazione eterologa" era lecita, altre invece, non disponendo di mezzi economici adeguati a tale scopo avrebbero dovuto rinunciare alla speranza di diventare genitori.

Tuttavia, e a dimostrazione di quanto il dibattito intorno alla c.d. "fecondazione eterologa" non venne mai sopito all'interno delle aule parlamentari, pare opportuno ricordare il deposito di alcuni disegni di legge negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004, il più noto a firma di Giuliano Amato<sup>10</sup>, tesi a

---

<sup>7</sup> In merito al possibile accesso diretto al giudice costituzionale e ai lavori preparatori sul punto dell'Assemblea costituente, sia consentito il rinvio a D'AMICO M., *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, 1991.

<sup>8</sup> Il riferimento è a quanto era emerso nell'ambito della seduta n. 504 del 10 dicembre 2003 e, nello stesso senso, si rinvia alle audizioni in sede di Commissione igiene e sanità, nonché alla Relazione di minoranza della dodicesima Commissione permanente Igiene e Sanità, n. 1514<sup>o</sup>-bis. Si sofferma in modo particolare su questo aspetto; VILLANI R., *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004.

<sup>9</sup> Sia consentito sul punto il rinvio a D'AMICO M., *Sull'incostituzionalità del divieto di "fecondazione eterologa" fra principi costituzionali ed europei*, in D'AMICO M. – LIBERALI B. (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, 2012, 18 ss.

reintrodurre nell'impianto di regolamentazione normativa della legge n. 40 del 2004 le tecniche di fecondazione medicalmente assistita di donazione dei gameti.

Sotto questo profilo, alla base della soluzione proposta e finalizzata a consentire il ricorso a tecniche c.d. "eterologhe", nella relazione al disegno di legge Amato, si leggeva che: «l'apertura alla fecondazione eterologa è controversa. Al di là delle convinzioni personali [...], non si può dimenticare che in particolare il ricorso al seme altrui è una pratica in uso da decenni, che ha dato gioia a tanti genitori e vita a tanti bambini, come non si può dimenticare che la sterilità o l'infertilità maschile e femminile sono in aumento, mentre diminuisce la natalità, e che la loro causa risale spesso a malattie e a conseguenti cure che frustrano un desiderio di maternità e di paternità non ancora realizzato».

Ancora, successivamente, il disegno di legge d'iniziativa dei senatori Ripamonti, Palmeri, Silvestri e Tibaldi, anch'esso favorevole all'abolizione del divieto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, precisava come «vietarla significa discriminare sulla base di un problema di salute migliaia di persone, ed impedirgli di mettere al mondo dei figli, oppure obbligare le coppie [...] ad andare all'estero»<sup>11</sup>.

Come noto, la legge n. 40 del 2004, a distanza di pochi mesi dalla sua entrata in vigore, è stata fatta oggetto di censure di illegittimità costituzionale e di cinque quesiti referendari.

Prima di soffermarsi più specificamente sulla vicenda referendaria, poi fallita e volta a conseguire la cancellazione, tra gli altri, del divieto della c.d. "fecondazione eterologa", pare opportuno evidenziare come l'impianto della legge n. 40 del 2004, nella sua scelta di assolutizzare la tutela dell'embrione e di funzionalizzare la regolamentazione giuridica a tale scopo, sia stata pienamente condivisa dal Tribunale di Catania<sup>12</sup> che, con una discutibile ordinanza di manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale presentata su istanza della coppia<sup>13</sup>, ha chiuso le porte del giudizio di costituzionalità a fronte della richiesta di una coppia, portatrice sana di Beta-talassemia, di avere accesso all'esame diagnostico della diagnosi genetica preimpianto e di vedere impiantati nell'utero della donna i soli embrioni non affetti da quella medesima patologia.

Per quanto qui rileva e al di là del tema specifico portato dinanzi al giudice, basta qui sottolineare come il Tribunale di Catania si sia espresso nel senso dell'insindacabilità della scelta del legislatore di assegnare prevalenza nel bilanciamento tra i diritti contrapposti all'embrione, ragionando come se la Corte costituzionale non esistesse e demandando all'esclusiva discrezionalità del primo ogni determinazione, specialmente laddove si tratti di intervenire su una materia che – così afferma il giudice catanese – «ha ad oggetto proprio

---

10 Il riferimento è al Disegno di Legge n. 3320, primo firmatario Giuliano Amato, ove all'art. 4, comma 2, si disponeva che: «Il ricorso alla procreazione assistita di tipo eterologo è consentito quando uno dei coniugi o conviventi sia affetto da sterilità o infertilità incurabile di tipo congenito o acquisita in conseguenza di malattie o trattamenti medici o chirurgici, ovvero da malattia infettiva irreversibile, secondo quanto indicato dalle linee guida di cui all'articolo 13, comma 1, lettera b)», reperibile al seguente link: <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Ddlpres&leg=14&id=121877>.

Per più ampie considerazioni sul tema, si rinvia a FLAMIGNI C. - MORI M., *La fecondazione assistita dopo dieci anni di legge 40. Meglio ricominciare da capo!*, Torino, 2014, 66 ss.

11 Si intende richiamare il Disegno di Legge n. 725 (XV Legislatura), d'iniziativa dei senatori Ripamonti, Palmeri, Silvestri e Tibaldi. Nello stesso senso, tra gli altri, si vedano, il Disegno di Legge n. 2000 (XV Legislatura), d'iniziativa dei senatori Bocci, Russo Spena, Alfonsi, Brisca, Menapace, Capelli, Di Lello, Finuoli, Gaggio Giuliani, Gagliardi, Nardini, Palermo, Valpiana e Vano; Disegno di Legge n. 1397 (XV Legislatura), Del Pennino, Biondi, Paravia, Jannuzzi, Saro, Sterpa e Straquadagno.

12 Trib. Catania, ordinanza 3 maggio 2004, in *Giur. it.*, 2004, 2089 e ss.

13 Per una critica puntuale nei confronti della pronuncia in esame, si consenta il rinvio a D'AMICO M., *Riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice? In margine alla prima decisione sulla l. n. 40 del 2004*, in CELOTTO A. - ZANON N. (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Milano 2004.

i limiti da porre al potere dell'uomo di agire su uno dei più grandi misteri della natura: l'origine della vita»<sup>14</sup>.

Venendo, invece, alla vicenda referendaria del 2005, uno dei quesiti su cui veniva richiesto ai cittadini italiani di esprimersi riguardava proprio la disposizione di cui all'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004, ossia il divieto assoluto di donazione di gameti esterni alla coppia.

Con la sentenza n. 49 del 2005, la Corte costituzionale ha dichiarato ammissibile il referendum parziale volto all'abrogazione dell'art. 4, comma 3, e delle ulteriori disposizioni della legge ad esso collegate (artt. 9 comma 1, e 12, comma 1 e 8), chiarendo che l'eventuale abrogazione della disposizione oggetto della consultazione referendaria non avrebbe determinato alcun vuoto normativo in caso di esito positivo della consultazione.

In particolare, il Giudice costituzionale aveva osservato che non sarebbe venuto meno il «livello minimo di tutela costituzionalmente necessario», conseguenza che avrebbe, viceversa, determinato la dichiarazione di inammissibilità del relativo quesito, come peraltro analogamente verificatosi in relazione alla richiesta di abrogazione totale della normativa vigente in materia di procreazione artificiale, dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 45 del 2005<sup>15</sup>.

Si tratta di un aspetto centrale, che ha attraversato l'intera vicenda del giudizio di legittimità costituzionale, avente ad oggetto il divieto assoluto di fecondazione medicalmente assistita: i sostenitori del divieto argomentavano nel senso che l'annullamento dell'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004 avrebbe prodotto un vero e proprio vuoto normativo e di tutela minima del concepito e della famiglia naturale, che avrebbe a loro avviso dovuto porsi alla base di una pronuncia di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata successivamente alla Corte costituzionale.

Come noto, questo referendum insieme a tutti gli altri non ha raggiunto il *quorum*, dopo una vicenda che rimane emblematica per la caricatura ideologica e l'invito all'astensione ai cittadini da parte di autorità politiche ed ecclesiali<sup>16</sup>.

Una vicenda, comunque, nella quale il problema della sterilità o infertilità era ancora percepito dalla maggioranza del Paese come problema "di pochi".

### **2.3. Il lungo percorso per arrivare alla Corte costituzionale: i due giudizi di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione c.d. "eterologa".**

Come si è anticipato il divieto assoluto di donazione dei gameti è stato al centro di un lungo percorso giurisprudenziale culminato nella declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004, intervenuta con sentenza n. 162 del 2014.

Questo percorso giurisprudenziale inizia con una bocciatura da parte del Tribunale di Milano, che nel 2009 ritiene "manifestamente infondata" la questione<sup>17</sup>.

La questione viene sollevata successivamente dai Tribunali di Milano, Firenze e Catania<sup>18</sup> e si conclude con una pronuncia di restituzione degli atti ai giudici *a quibus*, per una nuova valutazione della rilevanza, alla luce della sopravvenienza della sentenza della

<sup>14</sup> Trib. Catania, ordinanza 3 maggio 2004, cit.

<sup>15</sup> Corte cost., sent. 28 gennaio 2005, n. 45, in *Giur. cost.*, 2005, I, 337 ss., con nota di MONACO G., *Il referendum per l'abrogazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita di fronte al limite delle 'leggi costituzionalmente necessarie'*, *ivi*, 351 ss. Più in particolare, per un approfondimento relativo all'intera vicenda referendaria sulla legge n. 40 del 2004 (ovvero con riferimento alle sentt. 28.1.2005, nn. 45, 46, 47, 48 e 49, in *Giur. cost.*, 2005, I, 337 ss.), si rinvia a AINIS M. (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, Milano, 2005.

<sup>16</sup> Approfondiscono la vicenda sotto questo aspetto FLAMIGNI C. – MORI M., *La fecondazione assistita dopo dieci anni di legge 40*, cit., 68 ss.

<sup>17</sup> Trib. Milano, ordinanza 23 novembre 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, VII-VIII, 774 ss., che ha confermato la decisione del Tribunale in composizione monocratica, ordinanza, 7 aprile 2009, con nota di LIBERALI B., *Sulla legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa*, *ivi*, 777 ss.

Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>19</sup> sul caso *S.H. e altri c. Austria*, che superava il precedente reso dalla Prima Sezione (si tratta della ord. n. 150 del 2012<sup>20</sup>).

Uno degli aspetti forse più caratterizzanti il percorso giurisprudenziale che ha visto protagonista il divieto di cui all'art. 4, comma 3, è stato l'intreccio tra i due livelli di tutela dei diritti fondamentali, quello nazionale e quello sovranazionale, che ha prodotto esiti contrastanti, in ragione dell'incidenza variabile riconosciuta alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo da parte del giudice costituzionale.

La centralità che ha assunto il giudizio pendente dinanzi alla Corte EDU nel caso *S.H. e altri c. Austria* si giustifica anche in considerazione delle peculiarità di un caso su cui opposte sono state le valutazioni condotte rispettivamente dalla Prima Sezione, prima, e dalla Grande Camera in sede di riesame, poi.

Nell'ambito del giudizio sul caso *S.H. e altri c. Austria*, la Corte EDU, infatti, dopo aver accertato l'incompatibilità della normativa austriaca in materia di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo per contrasto con gli articoli 8 e 14 CEDU, posti rispettivamente a protezione del diritto alla vita privata e familiare e del divieto di discriminazione<sup>21</sup>, ha successivamente, in sede di riesame del ricorso dinanzi alla Grande Camera<sup>22</sup>, mutato il proprio orientamento giurisprudenziale, escludendo la sussistenza delle violazioni viceversa accertate dalla Prima Sezione, in ragione della necessità di tenere conto del c.d. *time factor*, ossia del momento in cui tale disciplina era stata posta in essere dal legislatore nazionale e dello stato di avanzamento delle conoscenze tecniche e scientifiche nel settore della scienza medica esistenti nell'arco temporale considerato.

Le ordinanze di rimessione sollevate nell'ambito del primo giudizio costituzionale dai Tribunali di Firenze, di Catania e di Milano fondavano le proprie convinzioni a partire proprio dalla prima decisione della Corte EDU nel caso *S.H. e altri c. Austria*<sup>23</sup>.

Sebbene con alcune differenze riscontrabili con riferimento all'incidenza assegnata, nella costruzione della questione di costituzionalità, alla condanna dell'Austria da parte

---

18 Si intende, in questa sede, richiamare, da un lato, le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale sollevate nell'ambito del primo giudizio di costituzionalità, ossia le ordinanze dei Tribunali di: Firenze del 6 ottobre 2010; Catania del 21 ottobre 2010 e Milano dell'11 febbraio 2011. In dottrina, si consenta il rinvio a D'AMICO M. – LIBERALI B., (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, 2012; Il secondo giudizio costituzionale è sorto a seguito della rimessione di tre questioni di costituzionalità da parte dei medesimi giudici *a quibus* e, quindi, il Tribunale di Milano con ordinanza dell'8 aprile 2013; il Tribunale di Firenze con ordinanza del 29 marzo 2013 e il Tribunale di Catania con ordinanza datata 13 aprile 2013.

19 D'ora in avanti, Corte EDU.

20 Si vedano le riflessioni di RUGGERI A., *La Corte costituzionale, i parametri 'conseguenziali' e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); ROMBOLI R., *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte EDU come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, *ivi*, e LEONE S. – PELLIZZONE I., *Cause ed effetti della restituzione degli atti per sopravvenienza di una sentenza della Corte europea*, in *Notizie di Politeia*, 2013, n. 109.

21 A commento della prima decisione della Corte EDU, si veda LIBERALI B., *La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2010, XI, 556 ss.

22 In dottrina, si rinvia a NARDOCCI C., *La centralità dei Parlamenti nazionali e un giudice europeo lontano dal ruolo di garante dei diritti fondamentali*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2012; LIBERALI B., *Il margine di apprezzamento riservato agli Stati e il cd. time factor. Osservazioni a margine della decisione della Grande Camera contro l'Austria*, in [www.rivistaic.it](http://www.rivistaic.it), 2012.

23 Ordinanze di rimessione di Trib Firenze, Catania e Milano, nn. 19, 34 e 163 del 2011, in D'AMICO M. – LIBERALI B. (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, 2012. Su tali ordinanze si veda DOLCINI E., *Fecondazione eterologa: ancora un'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, Strasburgo – Firenze – Roma: il divieto di fecondazione eterologa si avvia al capolinea?*, e *Stretto d'assedio il divieto di fecondazione assistita di tipo eterologo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

della Corte EDU, i giudici remittenti motivavano comunque in punto di non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità anche sulla base di parametri interni, principalmente, il principio di uguaglianza e di ragionevolezza (art. 3 Cost.), il diritto alla salute (art. 32 Cost.), le “giuste esigenze della procreazione” (principio, questo, riconosciuto esplicitamente dalla Corte come aspetto dell’art. 31 Cost., nella sent. n. 151 del 2009). Con specifico riferimento alla dedotta violazione dei principi convenzionali, soltanto il Tribunale di Firenze riconosceva un’incidenza pressoché determinante, ai fini dell’accoglimento della questione di legittimità costituzionale, alla sentenza della Prima Sezione della Corte EDU, poggiando, quindi, la propria ordinanza di rimessione solo sulla violazione dell’art. 117, comma primo, Cost.

Si tratta di un aspetto da cui è necessario prendere le mosse alla luce della pronuncia del Giudice costituzionale che chiude il primo giudizio di costituzionalità, ossia l’ordinanza di restituzione degli atti ai giudici remittenti, n. 150 del 2012.

In questa decisione, infatti, il Giudice costituzionale ha ritenuto precluso un proprio esame nel merito della questione di legittimità costituzionale del divieto assoluto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, alla luce del mutato orientamento giurisprudenziale verificatosi nell’ambito del sistema convenzionale e culminato nell’“assoluzione” della legge austriaca in materia di procreazione artificiale.

La soluzione accolta dalla Corte costituzionale di “piegare” le tre ordinanze di rimessione all’esito del giudizio dinanzi al Giudice europeo, accanto alle sue criticità di natura processuale, lasciava impregiudicato il dubbio di legittimità costituzionale del divieto assoluto di donazione dei gameti che i giudici di Milano e di Catania avevano approfonditamente argomentato anche in relazione a parametri c.d. interni, ossia ai principi costituzionali di cui agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost.

La restituzione degli atti ai giudici *a quibus* non ha, peraltro, impedito che la questione di costituzionalità del divieto della c.d. “fecondazione eterologa” fosse sottoposta una seconda volta al sindacato del giudice costituzionale: non è stato facile però risollevarla la questione presso tutti i Tribunali.

Le questioni di costituzionalità sono state esaminate come “nuove”, sia sotto il profilo della rilevanza, che sotto quello della non manifesta infondatezza. Dinanzi al Tribunale di Catania la questione è stata sollevata in sede di reclamo contro una prima decisione di manifesta infondatezza.

La pronuncia interlocutoria della Corte costituzionale ha inciso però in modo importante sulla costruzione delle ordinanze di rimessione da parte dei giudici remittenti.

Sotto questo profilo, infatti, sia il Tribunale di Firenze che quello di Catania hanno optato per un’impostazione della questione di legittimità costituzionale interamente improntata sui c.d. profili di diritto interno, i quali hanno, così, implicitamente escluso che dalla sentenza della Grande Camera della Corte EDU potessero trarsi argomenti a sostegno della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale del divieto di donazione dei gameti ex art. 4, comma 3.

Soluzione di segno diverso è stata quella, viceversa, avallata dal giudice remittente milanese, che ha scelto di affiancare ai profili di illegittimità costituzionale di diritto interno, coincidenti con quelli già richiamati nell’ambito del primo giudizio di costituzionalità, anche l’art. 117, comma primo, Cost., attraverso il quale “fare entrare” le norme convenzionali invocate come parametri interposti.

#### **2.4. La sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014: la fine di un ingiusto divieto.**



Con la pronuncia n. 162 del 2014<sup>24</sup>, la Corte costituzionale ha finalmente dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto assoluto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, previsto a norma dell'art. 4, comma 3, e delle ulteriori disposizioni della legge n. 40 del 2004 ad esso collegate (art. 9, commi 1 e 3, art. 12, comma 1, per contrasto con gli artt. 2, 3, 31 e 32 della Costituzione).

La decisione è ricca e complessa, frutto del riuscito tentativo non solo di affrontare la tematica dal punto di vista di principio, ma anche di offrire un chiaro quadro su tutti i profili anche specifici del tema, per garantire appieno i diritti delle coppie fino a quel momento ingiustamente violati.

In primo luogo, occorre sottolineare l'impostazione "laica" accolta dal giudice costituzionale, che si pone perfettamente in linea con quanto già affermato in occasione della pronuncia n. 151 del 2009, in cui venne dichiarata la non conformità a Costituzione del limite rigido dei tre embrioni destinati all'impianto nell'ambito delle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo omologo.

La sentenza n. 162 del 2014 si muove, quindi, nel solco di quella prima importante decisione sulla legge n. 40 del 2004, come emerge dal passaggio della motivazione in cui la Corte costituzionale afferma che: «la procreazione medicalmente assistita coinvolge 'plurime esigenze costituzionali' [...] e, conseguentemente, la legge n. 40 del 2004 incide su una molteplicità di interessi di tale rango. Questi, nel loro complesso, richiedono 'un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa' ad ognuno [...], avendo, infatti, questa Corte già affermato che la stessa 'tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione'»<sup>25</sup>.

Alla luce di questa decisione, quindi, non soltanto la legge n. 40 perde il suo stampo ideologico di legge volta a garantire un solo principio, quello della tutela dell'embrione, a scapito di tutti gli altri; non soltanto ridiventa una legge che bilancia principi diversi, che tra l'altro il giudice costituzionale vuole analizzare simultaneamente, con una tecnica interessante e innovativa, ma soprattutto vede reimpostata in modo chiarissimo la *ratio* della disciplina in modo capovolto rispetto alle scelte originarie del legislatore, divenendo determinanti i principi di autonomia e di responsabilità delle coppie e dei medici.

Significativo sotto questo profilo il richiamo attento alle prerogative del legislatore: la Corte afferma che si tratta di questioni complesse, che è prima di tutto il legislatore a dover dare ad esse una risposta, ma non si sottrae al suo ruolo, esercitandolo fino in fondo: un ruolo che non deve fermarsi di fronte a questioni eticamente sensibili e

---

24 A commento della pronuncia, si vedano MORRONE A., *Ubi scientia ubi iura*, in *Consulta Online Studi*; RUGGERI A., *La Consulta apre all'eterologa, ma chiude, dopo averlo preannunziato, al 'dialogo' con la Corte Edu*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); SORRENTI G., *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Consulta Online Studi*; PENASA S., *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); TIGANO V., *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i diritti del nascituro*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it).

25 Corte cost., sent. 10 giugno 2014, n. 162, punto n. 5 del *Cons. in Dir.*, in *Giur. cost.*, 2014, 2563 ss., con nota di TRIPODINA C., *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, *ivi*, 2593 ss.

complesse (come è successo in altre occasioni<sup>26</sup>) e che è appunto quello di garantire i diritti fondamentali dei cittadini di fronte agli “abusi” del legislatore.

Un secondo aspetto da sottolineare attiene alle riflessioni condotte dalla Corte costituzionale in relazione alla regolamentazione della procreazione medicalmente assistita in Italia in epoca precedente all’entrata in vigore della legge n. 40 del 2004.

Si tratta di una ricostruzione precisa, che palesa come il divieto assoluto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo non costituisse affatto, al momento della sua approvazione in sede parlamentare, il frutto «di una scelta consolidata nel tempo», in quanto introdotto, per la prima volta, proprio dalla legge n. 40 del 2004<sup>27</sup>.

Interessante pare, invero, la conclusione dell’*excursus*, in cui la Corte costituzionale, a dimostrazione della rilevanza assunta dal sistema di relazioni internazionali, si preoccupa di sottolineare come l’eliminazione di un tale divieto non si ponga in conflitto con alcun documento di rilevanza internazionale e, così, non confligga né con i principi stabiliti dalla Convenzione di Oviedo e neppure con il suo Protocollo addizionale in materia di divieto di clonazione di esseri umani (la Corte peraltro aveva sottolineato questo aspetto già nella sentenza n. 49 del 2005, in materia di ammissibilità dei referendum sulla legge n. 40).

Alla luce dell’attenzione alla storia del divieto in Italia e alla sua eventuale previsione nel diritto Europeo e internazionale, sembra chiaro che il giudice costituzionale abbia voluto fugare qualsiasi dubbio in ordine a un eventuale «fondamento costituzionale del divieto». Riecheggiano in questo punto del ragionamento le impostazioni dei padri costituenti, laddove spiegavano che il principio della persona e della sua dignità implica la necessità che qualsiasi divieto abbia una sua ragionevole giustificazione, un fondamento costituzionale in un principio di almeno pari rango.

Con riferimento ai profili di illegittimità costituzionale del divieto assoluto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, la Corte costituzionale ne ha sancito, innanzitutto, l’incompatibilità con la scelta della coppia, destinataria della legge n. 40 del 2004 ma gravemente sterile o infertile, di diventare genitori e di formare una famiglia, in violazione degli articoli 2, 3 e 31 della Costituzione. Ed, infatti, la Corte costituzionale ha chiarito che: «[l]a determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori

---

26 A questo proposito, si richiama la prima pronuncia del giudice costituzionale sulla legge n. 40 del 2004, n. 369 del 2006, in *Giur. cost.*, 2006, 3831 ss., con nota di D’AMICO M., *Il giudice costituzionale e l’alibi del processo*, in *Giur. cost.*, 2006, 3859 ss.; MORELLI A., *Fecondazione assistita: quando la Corte decide di non decidere*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 154 ss.; CELOTTO A., *La Corte costituzionale ‘decide di non decidere’ sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. cost.* 2006, 3846 ss.; TRIPODINA C., *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell’interpretazione del diritto alla vita. (riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale)*, in *Giur. cost.*, 2006, 3849 ss. In quell’occasione, la Corte costituzionale aveva dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Cagliari.

27 In questo senso, il giudice costituzionale ha precisato che: «[a]nteriormente, l’applicazione delle tecniche di fecondazione eterologa era, infatti, ‘lecita [...] ed ammessa senza limiti né soggettivi né oggettivi’ e, nell’anno 1997, era praticata da 75 centri privati (Relazione della XII Commissione permanente della Camera dei deputati presentata il 14 luglio 1998 sulle proposte di legge n. 414, n. 616 e n. 816, presentate nel corso della XII legislatura). Tali centri operavano nel quadro delle circolari del Ministro della sanità del 1° marzo 1985 (Limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l’inseminazione artificiale nell’ambito del Servizio sanitario nazionale), del 27 aprile 1987 (Misure di prevenzione della trasmissione del virus HIV e di altri agenti patogeni attraverso il seme umano impiegato per fecondazione artificiale) e del 10 aprile 1992 (Misure di prevenzione della trasmissione dell’HIV e di altri agenti patogeni nella donazione di liquido seminale impiegato per fecondazione assistita umana e nella donazione d’organo, di tessuto e di midollo osseo), nonché dell’ordinanza dello stesso Ministero del 5 marzo 1997, recante ‘Divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani’».

costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera»<sup>28</sup>.

La protezione delle c.d. "giuste esigenze della procreazione" implica, quindi, un bilanciamento tra il diritto della coppia, assolutamente sterile o infertile, di scegliere se avere dei figli e se avvalersi, a tale scopo, delle tecniche di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo e gli ulteriori valori ed interessi costituzionali in gioco.

Il divieto assoluto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, viceversa, frustrava irrimediabilmente la libertà di autodeterminazione della coppia sterile o infertile di scegliere se diventare genitori; una libertà cui la Corte costituzionale ha ritenuto di dover riconoscere copertura costituzionale.

Va sottolineato però, che, a differenza della sent. n. 151 del 2009, la Corte non fa riferimento solo alle coppie, ma, scegliendo di analizzare la questione partendo dall'art. 2 Cost., afferma che la scelta di ricorrere alla scienza per diventare genitore, «concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile».

Questo aspetto della pronuncia apre sicuramente scenari nuovi non soltanto riguardo all'accesso alla fecondazione, ma più in generale al rapporto fra diritto, legge e scienza<sup>29</sup>.

Sotto altro versante, e attraverso una robusta e bella motivazione, il giudice costituzionale sottolinea il contrasto tra il divieto assoluto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo e il diritto fondamentale alla salute, ex art. 32 Cost.<sup>30</sup>, comprensivo tanto della salute fisica, quanto di quella psichica.

Accogliendo una simile accezione di salute, la Corte costituzionale si esprime nel senso dell'irrelevanza delle differenze riscontrabili tra tecniche di fecondazione medicalmente assistita, di tipo omologo, da un lato, e di tipo eterologo, dall'altro, dal momento che a produrre la lesione della salute della coppia sarebbe l'impossibilità procreativa stessa, che, in quanto tale, accomuna tutte le coppie affette da sterilità o infertilità indipendentemente dal grado di patologia sofferto. Da notare che il giudice costituzionale si mostra ben consapevole che nell'ambito della salute, come riconosciuto dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, rientra anche la "salute riproduttiva"<sup>31</sup>.

Sempre in relazione al diritto alla salute e, più in particolare, al rapporto tra il ruolo della scienza e l'ambito di intervento di spettanza del legislatore, la Corte costituzionale ribadisce il principio, secondo il quale la discrezionalità legislativa, qualora intervenga sul merito di scelte terapeutiche, non è assoluta, ossia «non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati»<sup>32</sup>.

In tale ambito, pertanto, il giudice costituzionale riafferma, sulla scia della sentenza n. 151 del 2009, che la regola di fondo in merito alla selezione dei trattamenti terapeutici debba essere quella dell'autonomia e della responsabilità del medico, aggiungendo che «[n]on si tratta di soggettivizzare la nozione di salute, né di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici,

---

28 Corte cost., sent. n. 162 del 2014, punto n. 6 del *Cons. in Dir.*

29 Su questo profilo, si veda LIBERALI B., *Il diritto alla procreazione: quale fondamento costituzionale?*, in D'AMICO M. - COSTANTINI M. P. (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto della "fecondazione eterologa"*. *Analisi critica e materiali*, Milano, 2014.

30 In tema, si rinvia a COSTANTINI M. P., *Il diritto alla salute e la tutela del nato nella pronuncia costituzionale*, in D'AMICO M. - COSTANTINI M. P. (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto della "fecondazione eterologa"*, cit.

31 Sotto questo profilo, si rinvia al documento pubblicato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, *World Association for Sexual Health (WAS 2008), Sexual Health for the Millennium. A Declaration and Technical Document*, 21 e ss., reperibile al seguente link: [www.worldsexology.org](http://www.worldsexology.org).

32 Corte cost., sent. n. 162 del 2014, punto n. 7 del *Cons. in Dir.*

bensi di tenere conto che la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarlo vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango»<sup>33</sup>.

Questi principi valgono anche come indicazione di metodo al legislatore, che dovrebbe ricorrere a norme "aperte" e leggere, in grado di lasciare autonomia al medico e di stare al passo con l'evoluzione scientifica.

Un ulteriore aspetto centrale della pronuncia in commento ha, poi, riguardato il rapporto tra la caducazione del divieto assoluto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, per effetto della declaratoria di incostituzionalità, e il sistema normativo vigente con riferimento alla sua capacità di regolamentare puntualmente le conseguenze derivanti dalla praticabilità delle tecniche c.d. "eterologhe".

Sotto questo profilo, anche se non espressamente menzionato nella pronuncia in commento, vale ricordare come un simile effetto si sarebbe determinato anche in ipotesi di esito positivo del referendum avente ad oggetto proprio il divieto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, dichiarato ammissibile, come anticipato, dalla Corte costituzionale con la pronuncia n. 49 del 2005<sup>34</sup>.

Un argomento, pertanto, quello del presunto vuoto normativo, in qualche misura già risolto positivamente, in epoca anteriore all'apertura del giudizio costituzionale, ma sul quale la Corte costituzionale ha scelto di tornare nella sentenza n. 162 del 2014, per chiarire come l'annullamento del divieto assoluto di fecondazione c.d. "eterologa" non è tale da determinare alcun vuoto normativo, in quanto sono «identificabili più norme che già disciplinano molti dei profili di più pregnante rilievo»<sup>35</sup>.

Il giudice costituzionale si preoccupa di richiamarle espressamente tutte: la norma che disciplina i requisiti soggettivi di accesso alle tecniche di procreazione artificiale (art. 5), che consente di circoscrivere i potenziali destinatari delle tecniche c.d. "eterologhe" a cui continuerebbero a non avere accesso innanzitutto i *singles* e le coppie composte da persone dello stesso sesso; la norma che detta la regolamentazione in materia di consenso informato (art. 6); le norme che si preoccupano di disciplinare le conseguenze del ricorso alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita in relazione allo *status* giuridico del nato da fecondazione di tipo eterologo, da un lato in relazione al rapporto familiare, vietando il disconoscimento di paternità e l'anonimato della madre (art. 9, commi 1 e 2), dall'altro introducendo la regola dell'anonimato del donatore<sup>36</sup> ricavabile proprio dalla lettera della legge, laddove stabilisce che: «il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi»<sup>37</sup> (art. 9, comma 3).

Sotto quest'ultimo profilo, la Corte rileva la palese irrazionalità di una scelta legislativa diretta a vietare le tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo

---

33 *Ibidem*.

34 Corte cost., sent. 28 gennaio 2005, n. 49, in *Giur. cost.*, 2005, 394 e ss.

35 Corte cost., sent. n. 162 del 2014, punto n. 11 del *Cons. in Dir.*

36 Approfondisce il tema in epoca precedente alla declaratoria di incostituzionalità del divieto assoluto di P.M.A. di tipo eterologo, D'AVACK L., *Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella P.M.A. con donatori/trici di gameti*, in *Dir. fam. e pers.*, 2012, 815 e ss.

37 In proposito, può essere opportuno puntualizzare che la sentenza abbia riguardato anche l'art. 9. Si tratta solo della caducazione del riferimento, nel testo dell'art. 9, al divieto di fecondazione eterologa. Nulla del contenuto normativo dell'art. 9 viene insomma a mutare per effetto della sentenza del giudice costituzionale. Lo stesso meccanismo di "adeguamento" è stato utilizzato dalla Corte per l'art. 12, comma 1. La norma sanzionava penalmente la fecondazione eterologa, vietata dall'art. 4, comma 3. Essendo il divieto dell'art. 4, comma 3, stato dichiarato incostituzionale, la Corte ha eliminato l'art. 12, comma 1. Ne consegue che nessuna sanzione penale è più applicabile per «Chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 3» (art. 12, comma 1).

eterologo, da un lato, ma a disciplinare compiutamente le conseguenze dell'eventuale violazione della disposizione di legge, dall'altro. Con riferimento al divieto di disconoscimento di paternità da parte del marito o compagno, che abbia in precedenza prestato il proprio consenso all'inseminazione della propria moglie o compagna, il legislatore non avrebbe, forse, potuto agire diversamente essendosi espressa sul punto proprio la Corte costituzionale, con la sentenza n. 347 del 1998<sup>38</sup>, poi seguita dalla giurisprudenza di legittimità<sup>39</sup> e, più in generale, può affermarsi che tale irragionevolezza si lega strettamente alla *ratio* che attraversa l'intera disciplina, ossia la tutela dell'embrione, prima, e, in questo caso, del minore, cui viene offerta protezione dalle conseguenze pregiudizievoli dell'eventuale ripensamento del padre "sociale".

In relazione alla regola dell'anonimato della madre, ossia alla tutela del suo diritto all'anonimato rispetto al diritto del minore di conoscere le proprie origini genetiche, il giudice costituzionale, nel richiamare la disciplina dell'anonimato del donatore, riconosce che si tratta di un problema complesso del quale, in altro contesto, si è già occupato. La Corte richiama, infatti, la propria decisione n. 278 del 2013<sup>40</sup>, nella quale, con un'additiva di principio piuttosto complessa, è stata temperata la regola che, in materia di adozione, escludeva la possibilità di indagare sulla persistente volontà della madre biologica di non essere nominata, attraverso un ragionamento bilanciato tra il diritto del minore, che lo desidera, a conoscere le proprie origini e l'interesse della madre alla propria riservatezza. Questa decisione può essere ritenuta un seguito "interno" della pronuncia della Corte EDU, *Godelli c. Italia*<sup>41</sup>, in cui quest'ultima aveva rilevato come la mancata previsione, nell'ordinamento italiano, di meccanismi che rendessero modificabile la volontà di anonimato sull'identità del genitore e che, quindi, consentissero di verificare la permanenza di questa volontà si ponesse in contrasto con l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>42</sup>.

Proseguendo oltre, un'altra norma degna di essere menzionata è costituita dalla previsione di cui all'art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, che sanziona

---

38 Corte cost., sent. 26 settembre 1998, n. 347, in *Giur. cost.*, 1998, 2632 e ss.

39 Il riferimento è a Cass. civ. sez. I, 16 marzo 1999, n. 2315, in *Giust. civ.*, 1999, 1319.

40 Corte cost., sent. 22 novembre 2013, n. 278, in *Giur. cost.*, 2013, 4503 ss., con nota di FRONTONI E., *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU 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.rivistaic.it](http://www.rivistaic.it). Più in particolare, in quella decisione, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7, della legge n. 184 del 1983, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, nella parte in cui non prevedeva «– attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre – che abbia dichiarato di non voler essere nominata [...] su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione».

41 *Godelli c. Italia*, [Seconda Sezione], n. 33783/09, 25.09.2012.

42 Sul punto, pare interessante sottolineare come nella sua pronuncia sul caso *Godelli c. Italia*, la Corte EDU si fosse espressa positivamente in relazione al disegno di legge teso a modificare la legge n. 184 del 1983, nel senso di consentire al giudice di verificare l'attualità della volontà di restare anonima della madre, proprio perché espressione di un bilanciamento ragionevole fra le diverse posizioni giuridiche riconducibili alla madre e al figlio. Sotto questo profilo, infatti, la Corte EDU, ricostruendo la sua giurisprudenza precedente sul tema, osservava che: «la normativa italiana non tenta di mantenere alcun equilibrio tra i diritti e gli interessi concorrenti in causa. In assenza di meccanismi destinati a bilanciare il diritto della ricorrente a conoscere le proprie origini con i diritti e gli interessi della madre a mantenere l'anonimato, viene inevitabilmente data una preferenza incondizionata a questi ultimi. [...] In Italia, il progetto di legge di riforma della legge n. 184/1983 è a tutt'oggi all'esame del Parlamento dal 2008 [...]. Nel caso di specie la Corte osserva che, se la madre biologica ha deciso di mantenere l'anonimato, la normativa italiana non dà alcuna possibilità al figlio adottivo e non riconosciuto alla nascita di chiedere l'accesso ad informazioni non identificative sulle sue origini o la reversibilità del segreto. In queste condizioni, la Corte EDU ritiene che l'Italia non abbia cercato di stabilire un equilibrio e una proporzionalità tra gli interessi delle parti in causa e abbia dunque oltrepassato il margine di discrezionalità che le è stato accordato. Pertanto, vi è stata violazione dell'articolo 8 della Convenzione», *Godelli c. Italia*, cit. §§ 70-71-72.

penalmente il reato di commercializzazione di gameti o di embrioni e la surrogazione di maternità.

In generale, e per fugare qualsiasi dubbio, la Corte costituzionale ha concluso nel senso che «le norme di divieto e sanzione non censurate (le quali conservano validità ed efficacia), preordinate a garantire l'osservanza delle disposizioni in materia di requisiti soggettivi, modalità di espressione del consenso e documentazione medica necessaria ai fini della diagnosi della patologia e della praticabilità della tecnica, nonché a garantire il rispetto delle prescrizioni concernenti le modalità di svolgimento della PMA ed a vietare la commercializzazione di gameti ed embrioni e la surrogazione di maternità [...] sono applicabili direttamente (e non in via d'interpretazione estensiva) a quella di tipo eterologo, così come lo sono le ulteriori norme, nelle parti non incise da pronunce di questa Corte»<sup>43</sup>.

Quindi, non solo aspetti specifici, ma tutta la legge n. 40 deve applicarsi alla fecondazione di tipo eterologo, con questo dimostrando l'irragionevolezza totale del divieto assoluto.

Per maggiore chiarezza la Corte costituzionale prosegue oltre, precisando come, anche con riferimento ad alcuni aspetti specifici delle sole tecniche c.d. "eterologhe", la regolamentazione applicabile esiste già ed è desumibile dalla normativa vigente in tema di donazione di tessuti e cellule staminali. In simile prospettiva, il giudice costituzionale ha, infatti, precisato che tale normativa è da considerarsi pacificamente riferibile anche alla praticabilità delle tecniche c.d. "eterologhe", «in quanto espressiva di principi generali pur nelle diversità delle fattispecie (in ordine, esemplificativamente, alla gratuità e volontarietà della donazione, alle modalità del consenso, all'anonimato del donatore, alle esigenze di tutela sotto il profilo sanitario»<sup>44</sup>. Lo stesso è a dirsi con riguardo alla controversa questione relativa al numero massimo di donazioni per donatore/trice.

Più in particolare, il riferimento è, dunque, ai decreti legislativi attuativi di direttive adottate in seno all'Unione Europea, ossia il D.lgs. n. 191 del 2007, *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 umani*, e il D.Lgs. n. 16 del 2010, *Attuazione delle direttive 2006/17/CE e 2006/86/CE, che attuano la direttiva 2004/23/CE per quanto riguarda le prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani, nonché per quanto riguarda le prescrizioni in tema di rintracciabilità, la notifica di reazioni ed eventi avversi gravi e determinate prescrizioni tecniche per la codifica, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani*<sup>45</sup>.

Con specifico riferimento a questi ultimi occorre osservare come essi contengano le regole e le procedure che disciplinano la donazione di organi, tessuti e cellule e che, pertanto, devono ritenersi applicabili anche con riferimento alla donazione che abbia ad oggetto le cellule riproduttive, ovvero i gameti.

Esaurito questo aspetto relativo alle argomentazioni in punto di insussistenza del c.d. vuoto normativo, la Corte costituzionale ha, poi, accertato, la violazione dell'art. 3 Cost.,

---

<sup>43</sup> Corte cost., sent. n. 162 del 2014, punto n. 11.1 del *Cons. in Dir.*

<sup>44</sup> Corte cost., sent. n. 162 del 2014, punto n. 12 del *Cons. in Dir.*

<sup>45</sup> Si veda fra gli altri l'art. 12, D.lgs. n. 191 del 2007, che detta i principi della donazione di tessuti e cellule, disponendo che la donazione di tessuti e cellule è volontaria e gratuita e che «Il Ministero della salute, le regioni e le province autonome, il CNT o il CNS, in collaborazione con le rispettive associazioni e federazioni dei donatori volontari adottano [...] tutte le misure necessarie per assicurare che le attività di promozione e pubblicità a favore della donazione di tessuti e cellule umani siano conformi agli orientamenti e alle disposizioni legislative vigenti». Inoltre l'art. 13, D.lgs. n. 191 del 2007, prevede che l'approvvigionamento di tessuti o cellule umani sia consentito solo se sono soddisfatti i requisiti previsti dalla normativa sul consenso informato, sull'espressione di volontà o sull'autorizzazione alla donazione. Infine, gli artt. 14 e 15, D.lgs. n. 191 del 2007, disciplinano la protezione dei dati e la tutela della riservatezza, oltre che le procedure di selezione e valutazione dei donatori e l'approvvigionamento dei tessuti.

sotto il profilo dell'irragionevolezza del divieto, rilevando che «alla luce del dichiarato scopo della legge n. 40 del 2004 'di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana' (art. 1, comma 1), la preclusione assoluta di accesso alla PMA di tipo eterologo introduce un evidente elemento di irrazionalità, poiché la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, alla formazione della famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute»<sup>46</sup>.

Da ultimo, il giudice costituzionale si è soffermato sul profilo discriminatorio della violazione dell'art. 3, comma 1, Cost., in relazione alla disparità di trattamento fondata sulle capacità o possibilità economiche delle coppie.

A questo riguardo, la Corte costituzionale ha richiamato puntualmente il fenomeno del c.d. "turismo" o "esilio" procreativo, che ha visto, negli anni di vigenza del divieto assoluto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, innumerevoli coppie italiane recarsi all'estero allo scopo di sottoporsi ai trattamenti di procreazione artificiale vietati in Italia.

Da questo punto di vista, il giudice costituzionale ha ravvisato un ulteriore elemento di irrazionalità della disciplina nella scelta del legislatore del 2004 di dettare una regolamentazione puntuale degli effetti conseguenti alla procreazione artificiale di tipo eterologo praticata all'estero, osservando come «[q]uesta realizza, infatti, un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi. Ed è questo non un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole»<sup>47</sup>.

L'insistenza sulla discriminazione economica e sulla ingiusta condizione dei cittadini meno abbienti introduce un elemento fondamentale anche per le istituzioni che dovranno vigilare sul modo in cui il ricorso a questa tecnica si svilupperà nel territorio nazionale e, in particolare, sulla necessità che anche le coppie meno abbienti possano accedervi. La decisione della Corte dà un compito fondamentale alle istituzioni, quello di consentire la fecondazione nei centri pubblici. Rispetto al tema sono aperti i problemi che riguardano la possibilità che la fecondazione assistita rientri nei LEA<sup>48</sup> (livelli essenziali di assistenza, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett m, Cost.) e che attengono al cd. Federalismo sanitario regionale che ha già creato forti differenze e vere e proprie discriminazioni fra cittadini appartenenti a regioni diverse.

In conclusione, la Corte è chiarissima nell'affermare i principi su cui si è fondata la sua decisione: «il divieto assoluto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo manca di un adeguato fondamento costituzionale e va annullato, in quanto lesivo "della libertà fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40 del 2004 di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato, le quali, [...] in ordine ad alcuni dei più importanti profili della situazione giuridica dello stesso, già desumibile dalle norme vigenti, devono ritenersi congruamente garantite»<sup>49</sup>.

## **2.5. Il seguito problematico della decisione costituzionale: la Corte non è sola e non può fare tutto da sola.**

---

<sup>46</sup> Corte cost., sent. n. 162 del 2014, punto n. 13 del *Cons. in Dir.*

<sup>47</sup> *Ibidem.*

<sup>48</sup> Su tale profilo si veda LUGARÀ R., *L'abbandono dei LEA alle Regioni: il caso della procreazione medicalmente assistita*, in *www.rivistaaic.it*, 2015.

<sup>49</sup> *Ibidem.*

Nonostante il giudice costituzionale abbia inteso, nella sua pronuncia, disegnare anche la normativa applicabile, lasciando intendere che già all'indomani della decisione centri pubblici e privati avrebbero potuto immediatamente soddisfare le richieste delle coppie, le cose sono andate e stanno andando in modo molto diverso da quello ipotizzato<sup>50</sup>.

All'indomani della decisione, infatti, molti sono stati i problemi che si sono agitati e, come era successo anche in occasione della sent. n. 151 del 2009, vi sono state e continuano ad esserci tante voci che non solo contestano la legittimità di un intervento risolutivo del giudice costituzionale sul tema, ma mettono in dubbio l'immediata applicabilità della disciplina positiva, al fine di cominciare a ricorrere alla tecnica anche nel nostro Paese.

A questo riguardo, c'è chi ha ragionato della necessità di una nuova legge; chi ha ritenuto che fino a quando non interverranno i decreti ministeriali o nuove linee guida (firmate dal Ministro della Salute, Beatrice Lorenzin il primo luglio 2015, di cui si dirà a breve) i centri devono attendere e con essi tutte le coppie che aspettano finalmente di poter sperare; chi, ancora, ha sostenuto che vi siano anche normative europee già recepite da rendere applicabili a tutti gli effetti.

L'opzione inizialmente avallata dal Governo e, più in particolare, dal Ministro era stata l'adozione di un decreto legge volto a regolamentare quegli aspetti ritenuti non coperti dalla pronuncia del giudice costituzionale.

Nonostante le perplessità sull'uso dello strumento normativo primario, dal momento che alla luce della decisione costituzionale sarebbe stato, forse, sufficiente un decreto del Ministro della Salute per regolamentare gli aspetti organizzativi utili e l'aggiornamento delle linee guida, per stabilire, tra l'altro, il numero massimo delle donazioni, come suggerito nella stessa decisione costituzionale, l'impostazione del decreto stesso e il suo contenuto erano da valutarsi molto positivamente.

Condivisibile la priorità data alla tutela della salute e alla sicurezza di tutta la pratica medica, attraverso sistemi di tracciabilità europei, la creazione di percorsi di informazione e consenso informato e le garanzie di anonimato, di gratuità e di volontarietà delle donazioni. E' importante al riguardo il riferimento al c.d. "egg-sharing" ossia alla possibilità di donare da parte della donna che accede alla fecondazione omologa, una parte degli ovociti "sovranumerari".

Rispetto alle polemiche in merito alla conoscenza del nato sulle proprie origini, risultava accolta la tesi sulla necessità di non stabilire diritti e obblighi al riguardo e, al contrario, veniva previsto l'accesso alle sole informazioni sanitarie laddove sussistessero gravi e comprovati motivi attinenti alla salute dell'embrione formato o del nato da procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, attestati da un medico responsabile di una struttura ospedaliera pubblica.

Allo stesso modo, appariva saggio e ragionevole non aver inserito un obbligo vero e proprio a carico dei genitori del nato circa l'informazione a quest'ultimo sulle modalità della nascita. Su tale questione deve rimanere assolutamente la libertà e l'autonomia della coppia a decidere su cosa, come e quando dire, atteso che si tratta di una problematica che ha un impatto rilevante sulla esistenza propria e del nato. E ciò anche in considerazione della conformità con principi costituzionali come quello di

---

<sup>50</sup> Le problematiche sul seguito della decisione sono state approfondite, fra l'altro, nell'ambito del Convegno «Quale futuro per la fecondazione assistita in Italia dopo la sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale», svoltosi a Roma, in data 17 luglio 2014, i cui atti sono in corso di pubblicazione nella Rivista di Bioetica.

Si vedano, inoltre, le considerazioni e i documenti pubblicati in D'AMICO M. – COSTANTINI M. P. (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto della "fecondazione eterologa"*, cit.



autodeterminazione e di rispetto della vita privata e familiare richiamati dalla stessa pronuncia della Corte costituzionale.

Soprattutto, nel decreto risultava centrale il riferimento all'introduzione nei livelli essenziali di assistenza (c.d. LEA) della fecondazione eterologa, ottemperando a uno dei rilievi principali della decisione costituzionale, quello della irragionevole discriminazione economica<sup>51</sup>.

L'approvazione del decreto legge è stata, tuttavia, bloccata in seno al Consiglio dei Ministri, alla luce anche di interventi di alcune associazioni scientifiche, tutte legate al mondo della fecondazione privata, contrario a ogni puntuale regolamentazione, preferendosi rimettere ogni scelta in materia al Parlamento nazionale.

Il ritiro del decreto legge ha messo a rischio la praticabilità delle tecniche c.d. eterologhe nei centri pubblici, subordinando, ancora una volta, l'esercizio di un diritto costituzionale, le giuste esigenze della procreazione, alle capacità economiche delle coppie in palese violazione del principio di eguaglianza.

Se, inoltre, il punto debole del decreto legge era proprio lo strumento, dal momento che si sarebbe corso il rischio, una volta portata la materia in Parlamento, che il dibattito non ruotasse in ordine alle norme necessarie per rendere praticabili le tecniche "eterologhe", quanto piuttosto su questioni di principio di segno opposto, delegare allo stesso Parlamento tutta la questione è apparso pericoloso.

La situazione si è ulteriormente complicata, dal momento che i centri privati, alla luce anche delle prime pronunce giurisprudenziali<sup>52</sup>, hanno cominciato a praticare la tecnica; sono intervenute le Regioni, dapprima la Toscana<sup>53</sup> con una sua delibera, successivamente la conferenza Stato-Regioni e, di seguito, altre Regioni, con decisioni però diverse fra loro: spicca, fra le altre, la Regione Lombardia, che non istituisce un ticket, perpetrando a danno delle coppie lombarde una odiosa discriminazione economica<sup>54</sup>.

Nel frattempo il Parlamento, all'interno della legge di stabilità, ha approvato l'istituzione del registro dei donatori<sup>55</sup>; nello stesso Parlamento sono stati incardinati vari progetti di legge tendenti a risistemare la normativa alla luce delle pronunce costituzionali, risolvendo le problematiche ancora *sub iudice*; il Ministero della Salute sta provvedendo ad aggiornare le linee-guida nazionali, inserendo anche disposizioni sul consenso informato e altri profili necessari dal punto di vista operativo.

Da ultimo, è intervenuto l'atteso decreto, sottoscritto dal Ministro della Salute l'1 luglio 2015<sup>56</sup>, di aggiornamento delle linee guida della L.40/2004, risalenti oramai al 2008, che interviene, tra l'altro, anche in materia di fecondazione eterologa.

Per quanto qui interessa, nelle linee guida sono contenute le indicazioni necessarie per la coppia che si appresta a ricevere i trattamenti di fecondazione assistita (eterologa

---

51 Il testo è tratto dall'audizione del Ministro della Salute, Beatrice Lorenzin, presso la XII Commissione, Camera dei Deputati, 29 luglio 2014, in D'AMICO M. – COSTANTINI M. P. (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto della "fecondazione eterologa"*, cit.

52 Cfr. la recentissima decisione del Tribunale di Bologna, 14 agosto 2014 (il testo può leggersi in [www.voxdiritti.it](http://www.voxdiritti.it)), la quale, risolvendo un giudizio nato anteriormente alla decisione n. 162 del 2014, non solo ribadisce il diritto ad accedere alla fecondazione eterologa da parte della coppia ricorrente, ma afferma che, alla luce della sentenza della Corte, nella quale è chiarito come non vi sia alcun vuoto normativo, quel diritto è esigibile immediatamente nei confronti del centro (privato) alla quale la coppia si era rivolta.

53 L'atto di indirizzo della Regione può trovarsi sul sito ufficiale della Regione Toscana, oltre che in D'AMICO M. – COSTANTINI M. P. (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto della "fecondazione eterologa"*, cit.

54 Il provvedimento lombardo è attualmente impugnato davanti al giudice amministrativo e il testo è consultabile in D'AMICO M. – COSTANTINI M. P. (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto della "fecondazione eterologa"*, cit.

55 Legge n. 190 del 2014, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015)*, art. 1, comma 298.

56 Cfr. il comunicato Eterologa, *Il ministro Lorenzin firma le linee guida*, in <http://www.salute.gov.it>.

od omologa, in relazione ai gameti sovranumerari): viene indicata esplicitamente la legittimità della c. d. “doppia eterologa”<sup>57</sup>, nonché di “egg e sperm sharing”, e viene sancito il divieto di scegliere caratteristiche feonotipiche dei donatori, per evitare il rischio di selezione eugenetica.

Mentre per le norme destinate ai donatori, con cui si recepirà tra l'altro la direttiva dell'Unione europea in materia, e per le norme relative agli embrioni abbandonati, anch'esse fondamentali per regolare e rendere concretamente possibile l'accesso alle tecniche eterologhe, sarà necessario attendere il testo di un nuovo Regolamento *ad hoc*. Anche con riferimento all'inserimento nei LEA della fecondazione eterologa, si è ancora in attesa delle determinazioni degli organi competenti.

Da un punto di vista pratico, nella confusione esistente, le coppie, in gran numero, continuano a rivolgersi a strutture private, le quali, a loro volta, si rivolgono a strutture estere per il reperimento dei gameti.

Le reazioni seguite alla sentenza mi inducono ad alcune considerazioni conclusive, di carattere generale.

Possiamo sicuramente affermare che la legge n. 40 del 2004 abbia cambiato completamente volto dopo gli interventi della Corte costituzionale che l'ha ricondotta nell'alveo dei principi costituzionali e soprattutto della ragionevolezza.

Non è più una legge ideologica che si illude di imporre valori astratti ai cittadini incidendo sui loro diritti, fatta di irragionevoli divieti, ma è una legge laica, che bilancia valori, che riconosce la giusta esigenza della procreazione come diritto incoercibile delle persone e che, soprattutto, pone come principi fondanti quelli di autonomia e di responsabilità delle coppie e del medico.

La legge n. 40, oggi, attraverso le pronunce della Consulta, ritiene i propri cittadini quelle “persone” a cui la Costituzione ha dato dignità e fiducia nella capacità di scelta; è una legge che non demonizza la scienza e gli scienziati, ma li responsabilizza.

E tuttavia la Corte non è sola e non può fare tutto da sola: per garantire appieno la tutela dei diritti fondamentali in gioco e quindi anche la completa applicazione della decisione costituzionale, occorre che il Parlamento, da un lato, e il Governo, dall'altro, facciano la loro parte. Ma non basta. Cosa è mancato in questa situazione? A mio avviso, parte dei ritardi e delle debolezze nelle risposte sono state e sono causate anche da una debolezza della società scientifica, che nel mondo della fecondazione assistita è divisa e, soprattutto, composta per lo più da scienziati che non riescono essere percepiti come imparziali e autorevoli, essendo in gran numero proprietari o afferenti a cliniche private; molto diverso è stato il ruolo della comunità scientifica nel caso Stamina, dove l'autorevolezza degli scienziati in campo ha permesso al Ministero della Salute e alla Corte costituzionale di imboccare una strada corretta, a fronte anche di numerose pronunce giurisprudenziali contrarie.

In parole più semplici, se l'appello alla libertà delle coppie viene fatto solo per chi ha la libertà di spendere, tutta la situazione diventa ingarbugliata: la politica rimane sola nelle sue scelte e anche i principi enunciati dal giudice costituzionale possono essere del tutto disattesi.

In conclusione, e a supporto della convinzione che il “diritto giurisprudenziale” non riesce a rispondere a tutto, possiamo ricordare, sempre sulla vicenda della legge n. 40, due profili: il primo riguarda un problema non ancora risolto e aperto dalla sent. 151 del 2009, ovvero quello della sorte degli embrioni crioconservati, di cui le coppie non vogliono più avvalersi o che abbandonano.

Il secondo profilo riguarda la complessa vicenda della diagnosi genetica preimpianto, che è stata portata al giudizio della Corte costituzionale per ciò che attiene alla possibilità che di essa si avvalgano anche le coppie fertili, ma portatrici di malattie genetiche: anche

---

<sup>57</sup> Che si ha quando entrambi i gameti sono donati.

in questo caso sono le decisioni giurisprudenziali ad avere iniziato il percorso, che ha visto anche una pronuncia della Corte EDU (resa nel caso *Costa e Pavan c. Italia*, 2012)<sup>58</sup>. E tuttavia, in mancanza di un intervento legislativo, la soluzione della pronuncia caso per caso non è apparsa risolutiva.

Con la decisione n. 96 del 2015, la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità della legge n. 40, nella parte in cui non consente l'accesso alla fecondazione assistita anche alle coppie né sterili né infertili, ma portatrici di gravi malattie genetiche che corrispondano ai criteri di gravità dettati dalla legge n. 194, per l'interruzione volontaria di gravidanza oltre i primi tre mesi.

In particolare la Corte costituzionale si riferisce alla previsione di cui all'art. 6, comma primo, lettera b), secondo cui occorre che "siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna."<sup>59</sup>

La Corte costituzionale quindi ha ancorato la possibilità di accedere alla procreazione assistita e dunque alla diagnosi alla concreta individuazione di queste condizioni. Inoltre, in modo particolarmente significativo, il giudice costituzionale ha ritenuto di demandare ad apposite strutture pubbliche tale accertamento.

Su entrambi i requisiti – ovvero la sussistenza di malattie genetiche trasmissibili e l'accertamento da parte di strutture pubbliche determinate – la Corte costituzionale ha ritenuto di demandare al legislatore il compito di "introdurre apposite disposizioni al fine della auspicabile individuazione [...] delle patologie [...] e delle correlative procedure di accertamento [...] e di una opportuna previsione di forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle".

Tenendo conto di questo richiamo espresso all'iniziativa del legislatore, risulta, forse, ancora più significativo il superamento da parte della stessa Corte del profilo attinente alla sfera di discrezionalità del legislatore in materia, anche considerando che nel corso della presente legislatura sono stati depositati alcuni disegni di legge che prevedono l'accesso anche per la categoria di coppie malate (si vedano, in particolare, i disegni di legge A.S. n. 1630, recante *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, e A.S. n. 1284, recante *Norme in materia di fecondazione medicalmente assistita*).

Proprio a fronte di questa ulteriore decisione<sup>60</sup>, sarà possibile verificare in quale misura il legislatore intenda intervenire e porre le condizioni per l'effettiva garanzia della prestazione, così come individuata dalla Corte costituzionale, a differenza di quanto è stato fatto in materia di fecondazione eterologa.

---

58 Sia consentito, inoltre, il rinvio a D'AMICO M., *La legge italiana e la diagnosi delle malattie genetiche*, in RAGNI G. (coordinato da), *Diagnosi genetica pre-fecondazione sul primo globulo polare dell'ovocita*, Ferrara, 2011, e, per una ricostruzione relativa alle problematiche sottese, in generale, alla legittimità della diagnosi genetica preimpianto per le coppie sterili e infertili e, in particolare, alla possibilità che di questo esame possano avvalersi le coppie né sterili né infertili, ma portatrici di gravi malattie genetiche, a LIBERALI B., *La diagnosi genetica preimpianto fra interpretazioni costituzionalmente conformi, disapplicazione della legge n. 40 del 2004, diretta esecuzione delle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e questioni di legittimità costituzionale*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2014.

59 Corte cost., sent. 5.6.2015, n. 96, con prime osservazioni di VALLINI A., *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), MALFATTI E., *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), REPETTO G., "La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute", in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), e LIBERALI B., *Interpretazione costituzionalmente conforme, questioni di legittimità costituzionale, disapplicazione della legge n. 40 del 2004 e diretta esecuzione della decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Costa e Pavan c. Italia) in materia di diagnosi genetica preimpianto*, in BALDINI G. (a cura di), *Persona e Famiglia nell'era del biodiritto*, Firenze University Press, in corso di pubblicazione.

60 Rispetto alle ricadute della sent. n. 96 del 2015, le Linee guida del 1° luglio 2015 non paiono risolutive, non contenendo norme *ad hoc*.

Forum di Quaderni Costituzionali



stituzionali

### 3. LA LEGGE N. 194 DEL 1978 E L'OBIEZIONE DI COSCIENZA DINANZI AL COMITATO EUROPEO DEI DIRITTI SOCIALI DEL CONSIGLIO D'EUROPA.

#### 3.1. La legge n. 194 del 1978: fra principi, Corte costituzionale, tentativi abrogativi per via referendaria e difficoltà applicative.

La disciplina italiana sull'interruzione volontaria della gravidanza adotta un modello fondato sulla libertà di scelta della donna, ma anche sul compito dello Stato nella prevenzione e nella consulenza.

Le scelte del legislatore italiano in tema di interruzione della gravidanza si inquadrano in un modello legislativo che valorizza la volontà di scelta della donna, ma all'interno di un procedimento che tiene in massima considerazione il compito informativo e di sostegno della consulenza statale.

Tale impostazione legislativa è il frutto del recepimento, da parte del legislatore, delle precise indicazioni della Corte costituzionale che ha affrontato in modo approfondito il bilanciamento fra le posizioni della donna e del concepito.

La Corte costituzionale, come è noto, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della punizione penale dell'aborto (sentenza n. 27 del 1975)<sup>61</sup>, stabilendo che «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare», cui pure viene riconosciuta tutela e fondamento costituzionale.

Il Giudice delle Leggi si è quindi trovato a bilanciare due differenti posizioni: da un lato, vi è la tutela costituzionale del concepito (l'art. 31, comma 2, Cost., che garantisce la «protezione della maternità» e, più in generale, l'art. 2 Cost., che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, dice la Corte, «sia pure con le caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito»), dall'altro, il diritto alla vita e alla salute della madre (art. 32, comma 2, Cost.).

La pronuncia, quindi, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 546 c.p., «nella parte in cui non prevede che la gravidanza possa venire interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo grave, fisico o psichico, non altrimenti evitabile, per la salute della donna», con una particolare decisione manipolativa che di fatto riscrive il contenuto e la *ratio* della norma penale.

A seguito dell'entrata in vigore della legge n. 194 del 1978, che accoglie il bilanciamento operato dalla Consulta, si è assistito a plurimi tentativi di abrogazione, dei quali i più significativi mediante referendum, con gli scopi più diversi, ma in sostanza riducibili a due, contrapposti: da un lato, si è tentato di tornare ad una penalizzazione dell'aborto, alla luce di una difesa prevalente del diritto alla vita del concepito; dall'altro, invece si è cercato di liberalizzare totalmente l'aborto, alla luce di una più radicale garanzia della libertà della donna.

Nella decisione n. 26 del 1981, la Corte costituzionale dichiara inammissibile la richiesta referendaria massimale, volta all'abrogazione della legge n. 194 del 1978, nell'intera parte in cui consente, a certe condizioni, l'interruzione volontaria della gravidanza; mentre ammette il referendum sulla richiesta radicale nella quale si chiedeva l'abrogazione delle condizioni per l'accesso all'interruzione volontaria della gravidanza, nonché di tutte le sanzioni per l'inosservanza delle «modalità configurate dalla legge n. 194»; ed ammette anche la richiesta minimale, con cui si mirava ad abrogare le previsioni di ogni circostanza giustificativa dell'interruzione volontaria della gravidanza, fatta eccezione per l'aborto terapeutico.

---

<sup>61</sup> A commento della decisione si veda D'ALESSIO R., *L'aborto nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1975, 538 ss.

In una decisione di poco successiva, la sentenza n. 108 del 1981, il giudice costituzionale si occupa anche della punizione penale dell'aborto. Si chiedeva infatti di estendere in via giurisprudenziale la previsione più restrittiva sulle condizioni di liceità dell'aborto dopo i primi tre mesi anche al primo trimestre. Di fatto, si trattava della richiesta di una decisione di estensione di una norma penale: la Corte ritiene inammissibile la questione per il principio costituzionale di legalità penale, secondo cui solo il Parlamento può dettare reati e pene o, detto altrimenti, perché «in ogni caso la Corte non può pronunciare alcuna decisione, dalla quale derivi la creazione - esclusivamente riservata al legislatore (cfr. sentenza 42/77) - di una nuova fattispecie penale. Ad imporre la suddetta conclusione è, dunque, il precetto dell'art. 25, secondo comma, Cost. La questione è inammissibile, perché ne preclude l'esame il principio di legalità, sancito nel codice e consacrato nella Carta repubblicana, come fondamentale valore dello stato di diritto, ancor prima del principio di irretroattività della legge penale».

Nel 1997, con la sentenza n. 35<sup>62</sup>, il giudice costituzionale offre una visione parzialmente diversa del bilanciamento dei valori in gioco. La sentenza viene resa in un giudizio sull'ammissibilità del referendum dallo stesso contenuto di uno di quelli portati dinanzi alla Corte nel 1981, quello relativo cioè all'abrogazione di alcuni articoli della legge n. 194 riguardanti i consultori e la procedura di certificazione. Questa richiesta aveva l'obiettivo di alleggerire la disciplina vigente, giungendo a «liberalizzare» completamente l'aborto.

Nella decisione la Corte ribadisce con chiarezza, richiamandosi alla sua giurisprudenza precedente, che la tutela del concepito ha fondamento costituzionale; che del pari ha fondamento costituzionale la protezione della maternità (art. 31, comma 2, Cost.); che sono diritti fondamentali anche quelli relativi alla vita e alla salute della donna gestante; che il bilanciamento fra questi diritti fondamentali, quando entrambi siano esposti a pericolo, si trova nella salvaguardia della vita e della salute della madre, dovendosi peraltro operare in modo che sia salvata, quando ciò sia possibile, la vita del feto; che al fine di realizzare in modo legittimo questo bilanciamento «è obbligo del legislatore predisporre le cautele necessarie per impedire che l'aborto venga praticato senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre nel proseguire nella gestazione» e che «perciò la liceità dell'aborto deve essere ancorata ad una previa valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla».

Diversamente da quanto avvenuto nel 1981, il giudice costituzionale ritiene inammissibile questa richiesta referendaria, «perché la disciplina avente ad oggetto l'interruzione volontaria della gravidanza rientra in quelle aventi un contenuto costituzionalmente vincolato».

Il principio espresso dalla Corte è in sostanza molto vicino all'impostazione tedesca<sup>63</sup>: la decisione di una donna di interrompere la gravidanza non è un fatto soltanto privato, perché lo Stato nella procedura con cui si arriva in ipotesi a tale decisione deve tutelare sia il diritto alla vita del concepito, sia la salute fisica e psichica della gestante.

La Corte ritrova il fondamento normativo del principio espresso, sulla natura costituzionalmente vincolata della disciplina, nell'art. 1 della legge n. 194 del 1978, il quale, oltre a ribadire i principi costituzionali del diritto alla procreazione cosciente e responsabile e del valore sociale della maternità, stabilisce che la vita umana debba essere tutelata dal suo inizio; nella Dichiarazione sui diritti del fanciullo, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1959 a New York, nel cui preambolo è affermato che «il fanciullo, a causa della sua mancanza di maturità fisica e intellettuale,

---

62 Si veda ancora, volendo, D'AMICO M., *Una lettura della disciplina sull'interruzione volontaria della gravidanza in una problematica decisione di inammissibilità del referendum*, in *Giur. cost.*, 1997, 1139 ss.

63 Sul modello c.d. tedesco, si veda volendo M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Milano, 1994.

necessita di una protezione e di cure particolari, ivi compresa una protezione legale appropriata, sia prima che dopo la nascita»; nella sent. n. 1146 del 1988, la quale fa riferimento all'«essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana», perciò immodificabili, a cui la decisione del 1997 riconduce il diritto alla vita del concepito e il diritto alla salute psico-fisica della madre.

Con questa pronuncia il giudice costituzionale, senza smentire quella del 1975, riequilibra l'impostazione rafforzando la tutela del concepito. In quella, infatti, la Corte affermava esplicitamente la «non equivalenza» fra le posizioni, facendo prevalere i diritti di chi fosse già persona (la donna), mentre in questa decisione sottolinea la necessità di un bilanciamento su valori posti, sembra, sullo stesso piano.

A partire dal 1978 si è assistito oltre ai tentativi di abrogazione per via referendaria della legge n. 194, a costanti e continui problemi di ordine applicativo o a interventi tendenti a modificare la stessa disciplina.

Con riferimento a questi ultimi casi, occorre ricordare, in particolare, il tentativo posto in essere dalla Regione Lombardia alcuni anni orsono che, con le proprie Linee guida, aveva voluto incidere sull'impianto della legge n. 194<sup>64</sup>.

Con tale atto normativo secondario la Regione Lombardia aveva, da un lato, aggravato le procedure che conducono all'interruzione di gravidanza e dall'altro aveva cristallizzato il termine – non fissato dalla legge n. 194 per esigenze di adeguamento al progresso scientifico – oltre il quale non avrebbe potuto più essere effettuato l'aborto terapeutico in ragione di una presunzione di vitalità del feto; aveva anche modificato la procedura per l'aborto della minorenne.

Tale atto secondario è stato per questi motivi dichiarato illegittimo dal Tar Lombardia, poiché la disciplina ivi dettata contrastava irrimediabilmente con la legge n. 194 del 1978: in particolare, nella sua decisione, il giudice amministrativo ha sottolineato che la materia non rientra in quelle di competenza regionale, dal momento che la legge n. 194 del 1978 è una disciplina a contenuto costituzionalmente vincolato e da inquadrare nella materia di cui all'art. 117, lett. m, Cost., e ha inoltre ritenuto illegittimo l'atto secondario, in quanto modificativo di una fonte primaria, con una normativa di carattere secondario, comunque estranea alle competenze della Regione.

In relazione al termine delle 22 settimane più tre giorni, introdotto dalla delibera regionale, il Tar sottolinea anche il problema di tecnica legislativa: «Come si vede la legge non ha fissato un termine preciso oltre il quale presumere che il feto sia in grado di condurre vita autonoma, ma consente che tale elemento venga accertato caso per caso dagli operatori. Ritiene il Collegio che questa omissione non sia frutto di una svista, né che essa sia sintomo di incapacità del legislatore nazionale (che avrebbe, in tal modo, determinato una lacuna nella disciplina da colmare non appena possibile, magari grazie all'efficiente intervento delle regioni). Al contrario si tratta di una scelta precisa, consapevole e ponderata. Invero, come spesso l'esperienza insegna, in taluni casi non è opportuno imbrigliare in una disposizione legislativa parametri che possono variare a seconda delle condizioni che si presentano nelle innumerevoli, sempre diverse, fattispecie concrete e che, soprattutto, possono variare a seconda del livello raggiunto dalle acquisizioni scientifiche e sperimentali in dato momento storico. È proprio per questa ragione che si è preferito lasciare che l'accertamento circa la possibilità di vita autonoma del feto sia condotto caso per caso dal medico che segue la gestante».

Questo passaggio della decisione risulta particolarmente significativo, nella prospettiva di delineare e inquadrare il rapporto che in materia lega l'evoluzione scientifica

---

<sup>64</sup> Si tratta della decisione del TAR Lombardia, 29 dicembre 2010, n. 7735.

Si vedano le osservazioni di CATALANO S., *Note a margine del decreto della Regione Lombardia di 'attuazione' della legge 22 maggio 1978, n. 194*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), e BIONDI F., *L'interruzione di gravidanza fra Stato e Regioni in una decisione del giudice amministrativo*, ivi.

e la disciplina normativa alla luce dello stesso orientamento espresso dalla Corte costituzionale, precedentemente richiamato in occasione delle problematiche relative alla materia della procreazione assistita.

### **3.2. L'obiezione di coscienza e la sua applicazione "contra legem".**

Con riguardo ai problemi di ordine applicativo, occorre affrontare la questione relativa al riconoscimento operato dall'art. 9 della legge n. 194 del diritto di sollevare obiezione di coscienza: esso infatti riconosce il diritto di sollevare obiezione di coscienza per il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie rispetto al compimento di quelle procedure e di quelle attività che sono specificamente e necessariamente dirette a provocare l'interruzione della gravidanza.

L'obiezione di coscienza, invece, non può essere legittimamente esercitata in relazione alle attività di assistenza che precedono e sono conseguenti all'intervento di interruzione volontaria di gravidanza (art. 9). In ogni caso, la legge n. 194 impone che tutti gli ospedali e le Regioni assicurino l'accesso al trattamento interruttivo, con ciò garantendosi entrambi i diritti, quello a interrompere la gravidanza in presenza delle condizioni dettate dalla legge da parte delle donne e quello di sollevare obiezione di coscienza da parte dei medici. Solo in un caso si prevede che al primo venga conferita prevalenza rispetto al secondo: quando, in considerazione delle concrete circostanze del caso, l'intervento del personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie anche obiettore di coscienza risulti indispensabile per salvare la vita della donna che si trovi in imminente pericolo.

A fronte del riconoscimento per il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie del diritto di sollevare obiezione di coscienza e dunque di rifiutare il compimento delle procedure e delle attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'aborto, si sono determinate notevoli problematiche di ordine pratico, in ragione dell'elevato e crescente numero di obiettori di coscienza e in ragione del tentativo di interpretare la stessa disposizione in senso estensivo e dunque tale da ricomprendere anche attività che non rientrano nel suo ambito applicativo.

L'art. 9, infatti, è stato ritenuto applicabile a qualsiasi attività ulteriore rispetto all'intervento, anche se ad esso connessa: e dunque anche al medico che deve rilasciare il certificato, anche all'attività nei consultori; anche alla richiesta della pillola del giorno dopo; anche alla RU 486; anche agli infermieri; anche ai farmacisti.

### **3.3. La decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali del Consiglio d'Europa.**

Questa complessa problematica è stata oggetto di due giudizi instaurati davanti al Comitato Europeo dei Diritti Sociali del Consiglio d'Europa, con i due Reclami collettivi nn. 87 del 2012 e 91 del 2013, rispettivamente presentati dall'organizzazione internazionale non governativa *International Planned Parenthood Federation European Network* e dalla Confederazione Generale Italiana del Lavoro, aventi ad oggetto la violazione dei diritti delle donne e dei medici non obiettori di coscienza, determinata dal numero di coloro che invece sollevano obiezione di coscienza e dalla incapacità degli ospedali e delle Regioni di organizzare la prestazione richiesta, secondo le modalità ed entro i limiti previsti dalla stessa legge n. 194<sup>65</sup>.

<sup>65</sup> In generale sulle concrete problematiche applicative che derivano dall'art. 9 della legge n. 194 del 1978, si veda BRUNELLI G., *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in BRUNELLI G. - PUGIOTTO A. - VERONESI P. (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Jovene, 2009.

Sulle problematiche sottese all'obiezione di coscienza e alla sua configurazione quale diritto si veda PUGIOTTO A., *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, X, 1995, 240 ss., e PARIS D., *L'obiezione di*



L'8 marzo 2014 è stata resa nota e successivamente pubblicata la decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali in merito al Reclamo collettivo n. 87 del 2012, presentato dall'organizzazione internazionale non governativa *International Planned Parenthood Federation European Network*<sup>66</sup>.

Essa rappresenta la prima delle due decisioni richieste al Comitato Europeo sulla questione dell'elevato e crescente numero di medici obiettori di coscienza e sulla conseguente violazione dei diritti delle donne e dei medici non obiettori di coscienza, nella delicata materia dell'interruzione volontaria della gravidanza.

Si attende ancora, infatti, la decisione relativa al secondo Reclamo collettivo, il n. 91 del 2013, presentato dalla Confederazione Generale Italiana del Lavoro, che specificamente affronta il profilo della violazione dei diritti dei medici non obiettori, accanto a quello relativo alla posizione giuridica delle donne, la cui violazione è stata definitivamente accertata e riconosciuta con la decisione resa sul primo Reclamo<sup>67</sup>.

A fronte di questa prima decisione, che rappresenta indubbiamente una pronuncia importante innanzitutto in considerazione delle peculiarità che caratterizzano la materia, in secondo luogo in rapporto alla procedura nell'ambito della quale è intervenuta e all'organo che l'ha adottata, è possibile svolgere alcune considerazioni a partire dai profili della stessa pronuncia che risultano maggiormente significativi.

In particolare, proprio in considerazione della peculiarità della questione oggetto del giudizio – ovvero la mancata e insufficiente applicazione della legge n. 194 in ragione dell'elevato e crescente numero di medici obiettori di coscienza che di fatto impediscono o rendono difficoltoso l'accesso al trattamento interruttivo - occorre tenere conto del fatto che, attraverso lo strumento di tutela dei diritti predisposto in relazione alla Carta Sociale Europea<sup>68</sup>, il Comitato Europeo dei Diritti Sociali può accertare uno stato di violazione dello

---

*coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Firenze, 2011.

Si vedano inoltre BORSELLINO P. – FORNI L. – SALARDI S. (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, Notizie di Politeia, 101, 2011, e SAPORITI M., *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, Giuffrè, Milano, 2014, in cui si fa riferimento al Reclamo collettivo n. 87 del 2012 non considerando la relativa decisione sul merito del Comitato Europeo dei Diritti Sociali resa pubblica l'8 marzo 2014 e pubblicata sul sito della Carta Sociale Europea il 10 marzo 2014 ([www.coe.int/socialcharter](http://www.coe.int/socialcharter), in cui peraltro sono pubblicati tutti gli atti della procedura, compresi quelli del Governo italiano e dei terzi intervenienti, nonché gli atti della procedura avviata con il Reclamo collettivo n. 91 del 2013).

Si veda inoltre anche VIOLA L., *Obiezione di coscienza 'di massa' e diritto amministrativo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 14 maggio 2014, che parimenti non considera la decisione di merito sul primo Reclamo, sottolineando che «sul sito del Comitato europeo per i diritti sociali del Consiglio d'Europa ([www.coe.int](http://www.coe.int)), ove sono presenti tutti gli atti delle procedure, non è stato possibile reperire ulteriori informazioni in ordine alla decisione dei reclami» (*ivi*, 2).

66 A commento della decisione si rinvia a D'AMICO M., *The Decision of the European Committee of Social Rights on the conscientious objection in case of voluntary termination of pregnancy (Collective Complaint No. 87/2012)*, in D'AMICO M. – GUIGLIA G. (a cura di), *European Social Charter and the challenges of the XXI century. La Charte Sociale Européenne et les défis du XXIe siècle*, Napoli, 2014, 219 ss., e LANZONI L. – LIBERALI B., *The protection of the right to health and the procedures for voluntary termination of pregnancy between European Court of Human Rights and European Committee of Social Rights*, *ivi*, 231 ss.

Si vedano anche le osservazioni di CARMINATI A., *La decisione del Comitato europeo dei diritti sociali richiama l'Italia ad una corretta applicazione della legge 194 del 1978*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), giugno 2014.

67 Rispetto a questa procedura, nel corso della sessione di lavoro dal 30 giugno al 3 luglio 2015 il Comitato Europeo dei Diritti Sociali ha deciso di accogliere la richiesta del Governo italiano di tenere una udienza pubblica, che si svolgerà prossimamente (la notizia è stata resa pubblica sul sito del Dipartimento della Carta Sociale Europea).

68 Sulla Carta Sociale Europea si vedano innanzitutto AKANDJI-KOMBÉ J. F. – LECLERC S. (a cura di), *La Charte Sociale Européenne*, Bruxelles, 2001; GUIGLIA G., *Le prospettive della Carta sociale europea*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), e D'AMICO M. – GUIGLIA G. – LIBERALI B. (a cura di), *La Carta Sociale Europea e la tutela dei diritti sociali*, Napoli, 2013, con specifici riferimenti al sistema di tutela predisposto dal Trattato (su cui specificamente si vedano D'AMICO M., *La Carta sociale europea e la tutela dei diritti sociali*, *ivi*, 9 ss.; BRILLAT R., *La Carta sociale europea e il sistema di tutela dei diritti sociali nelle fonti europee. The European Social Charter and the system of protection of social rights in European sources*, *ivi* 17 ss., oltre che le considerazioni di G. PALMISANO, *Sui limiti di applicazione della Carta sociale europea in termini di persone protette*, *ivi*, 39 ss., e G. GUIGLIA, *La rilevanza*

stesso Trattato anche in ragione di una prassi applicativa e non solo in relazione a specifiche disposizioni di legge che si pongano direttamente in contrasto con esso o in relazione a un vuoto normativo che pregiudichi il rispetto di quelle stesse previsioni.

Prima di esaminare la decisione di merito del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, occorre sia pur brevemente, richiamare i profili oggetto del giudizio medesimo.

L'organizzazione internazionale non governativa *International Planned Parenthood Federation European Network (IPPF EN)* con il Reclamo collettivo n. 87 del 2012 ha chiesto al Comitato Europeo dei Diritti Sociali di accertare che l'Italia non applica in modo soddisfacente l'art. 11 della Carta Sociale Europea, che riconosce e tutela il diritto alla salute, letto da solo o in combinato disposto con l'art. E della stessa Carta Sociale Europea, relativo al principio di non discriminazione, in ragione del fatto che l'elevato e crescente numero di medici obiettori di coscienza in materia di interruzione volontaria di gravidanza compromette il diritto delle donne di accedere – alle condizioni previste dalla legge n. 194 del 1978 – al trattamento interruttivo.

Nell'ambito della procedura avviata nei confronti dell'Italia da parte di *IPPF EN* si è provveduto a prospettare la portata della violazione dei diritti delle donne che si registra nella concreta prassi applicativa.

In particolare, si è sostenuto come la legge n. 194 del 1978, in particolare all'art. 9, non preveda in modo specifico le concrete modalità attraverso cui gli ospedali e le Regioni debbono garantire effettivamente e in ogni caso l'accesso all'interruzione di gravidanza (sempre in presenza delle condizioni richieste dalla legge).

Oltre a delineare i principi che vengono in rilievo e a prospettare le argomentazioni giuridiche a sostegno di questa posizione, *IPPF EN* ha provveduto a depositare ampia e dettagliata documentazione relativa alla effettiva e concreta violazione dei diritti delle donne, in considerazione della mancata garanzia dell'accesso al trattamento interruttivo.

Il Comitato Europeo dei Diritti Sociali, dopo aver riconosciuto la ricevibilità del Reclamo collettivo n. 87 del 2012 e dopo aver dato sia a *IPPF EN* e al Governo, oltre che ai terzi intervenienti, precisi limiti temporali per depositare ulteriore documentazione inerente alla questione oggetto di giudizio, si è definitivamente pronunciato sul merito della stessa.

Dopo il periodo di embargo che è richiesto dalla procedura dei Reclami collettivi, è stata finalmente pubblicata la decisione di merito che era stata adottata dal Comitato Europeo il 10 settembre 2013, con cui è stata accertata la situazione di violazione da parte dell'Italia dei diritti delle donne, con riferimento al loro diritto – riconosciuto dalla stessa legge n. 194 del 1978 – di accedere all'interruzione volontaria di gravidanza.

In particolare, il Comitato Europeo ha accolto tutti i profili di violazione individuati da *IPPF EN* non accogliendo, al contrario, le osservazioni prospettate dal Governo italiano.

Con riferimento all'art. 11 della Carta Sociale Europea e dunque al diritto alla salute, il Comitato Europeo ha ritenuto che la garanzia dei diritti riconosciuti dalla Carta Sociale Europea deve essere assicurata non solo attraverso normative generali e astratte, ma con misure che effettivamente rendano concreto e garantito il loro esercizio.

Se dunque deve essere garantita concreta effettività al diritto di accedere all'interruzione di gravidanza, non può essere demandata ad organi amministrativi o giudiziari la successiva risoluzione delle problematiche che possono insorgere a seguito della violazione di quel diritto. Questa successiva possibilità, infatti, rappresenta «a stressful and time-consuming measure which can be detrimental to the health of the women concerned» (§ 164, della decisione di merito).

---

*della Carta sociale europea nell'ordinamento italiano: la prospettiva giurisprudenziale*, ivi, 61 ss.) e al meccanismo di controllo del rispetto delle relative disposizioni, articolato secondo il sistema dei reclami collettivi (su cui, in particolare, si vedano PRIORE R., *Il sistema di controllo della Carta sociale europea: la procedura dei reclami collettivi*, ivi, 99 ss., e B. LIBERALI, *Il sistema di controllo della Carta sociale europea: il sistema dei rapporti nazionali*, ivi, 109 ss.).

E ancora, in modo particolarmente significativo, se deve essere garantita effettiva tutela al diritto di interrompere la gravidanza, il riconoscimento e l'esercizio del diritto di sollevare obiezione di coscienza da parte del personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie sanitarie non possono compromettere in modo irrimediabile tale diritto delle donne.

A fronte del decisivo riconoscimento da parte del Comitato Europeo che con il Reclamo collettivo n. 87 non si è inteso chiedere di impedire il diritto di sollevare obiezione di coscienza oppure di limitare il numero di medici obiettori di coscienza, né tanto meno di costringere i medici obiettori di coscienza ad effettuare le interruzioni volontarie di gravidanza, e avendo inquadrato lo stretto collegamento fra diritto alla salute delle donne e riconoscimento dell'effettivo diritto di accedere all'interruzione di gravidanza, il Comitato Europeo ha esaminato la documentazione relativa ai concreti casi di violazione della stessa legge n. 194, ovvero dei diritti ad essa sottesi, in particolare alla vita, alla salute e all'autodeterminazione delle donne che intendono accedere all'intervento interruttivo.

Il Comitato Europeo in modo significativo riconosce che questa documentazione – il cui valore e la cui portata non sono stati posti in discussione dal Governo italiano - relativa ai casi e ai dati della concreta disapplicazione della legge n. 194 dimostra l'esistenza di un serio problema di compromissione dei diritti delle donne in materia di interruzione volontaria di gravidanza.

Come si è anticipato, le osservazioni giuridiche, nonché l'ampia documentazione relativa alla concreta violazione dei diritti delle donne, che *IPPF EN* ha potuto depositare in occasione dell'invio di uno specifico questionario inviato dallo stesso Comitato Europeo che richiedeva di rendere conto della effettiva inapplicabilità della legge n. 194, non sono state poste in discussione o smentite da parte del Governo italiano. Le memorie che quest'ultimo ha depositato nell'ambito della stessa procedura, infatti, non hanno dato dimostrazione, ad avviso del Comitato Europeo, dell'infondatezza degli assunti prospettati dall'organizzazione reclamante, né sono stati forniti dati intorno alla completa e soddisfacente applicazione della legge n. 194.

Con il Reclamo collettivo n. 87 si sono, inoltre, posti in evidenza ulteriori profili di violazione della Carta Sociale Europea che riguardano il principio di non discriminazione (art. E).

La compromissione del diritto di accedere all'interruzione volontaria di gravidanza, infatti, determina una discriminazione fra categorie di donne, a seconda del luogo in cui si trovano (e dunque a seconda dell'ospedale cui si rivolgono) e in relazione alle proprie risorse economiche (che possono consentire o meno di spostarsi da una Regione all'altra o addirittura di recarsi all'estero), pur a fronte di una previsione di legge, generale e astratta idonea ad essere applicata a tutte le donne che garantisce a determinate condizioni l'accesso al trattamento interruttivo.

Anche in relazione alla violazione dell'art. E della Carta Sociale Europea, il Comitato Europeo ha riconosciuto innanzitutto che la documentazione fornita da *IPPF EN* non è stata revocata in dubbio dal Governo italiano.

Proprio questa documentazione è risultata idonea a fondare la conclusione del Comitato Europeo secondo cui in ragione della mancanza di medici non obiettori di coscienza le donne sono costrette in alcuni casi a spostarsi da un ospedale all'altro o addirittura ad andare all'estero.

Nel merito delle considerazioni svolte dall'organizzazione reclamante, il Comitato Europeo ha significativamente rilevato come vi sia una effettiva discriminazione del tutto irragionevole fra quella categoria di donne che non riescono ad accedere al trattamento interruttivo della gravidanza alle condizioni prescritte dalla legge n. 194 e la categoria delle altre persone che riescono ad accedere, senza alcuna difficoltà, ad altri trattamenti sanitari.

Inoltre, questa discriminazione di tipo territoriale costringe le donne a spostarsi da un ospedale all'altro, con ciò determinandosi una effettiva compromissione del loro diritto alla salute, oltre alla discriminazione irragionevole di cui si è già detto tra categorie di persone.

La discriminazione assume anche una connotazione economica, laddove coloro che hanno maggiori risorse economiche sono posti nelle condizioni di superare con maggiore facilità gli ostacoli posti all'accesso al trattamento interruttivo.

La discriminazione, peraltro, risulta ancora più drammatica se si considera che proprio nella materia dell'interruzione volontaria di gravidanza sono fissati, dalla legge n. 194, precisi limiti temporali entro i quali l'interruzione è legittima e oltre i quali non lo è più. In questa prospettiva, dunque, ad avviso del Comitato Europeo il cd. *time factor* assume un rilievo del tutto peculiare.

A fronte della precisa ricostruzione della questione oggetto del giudizio, che comprende anche il riferimento puntuale a tutte le osservazioni svolte sia dalle parti (*IPPF EN* e Governo italiano) sia dai terzi intervenienti, il Comitato Europeo conclude nel senso dell'accertata violazione della Carta Sociale Europea, accogliendo tutte le prospettazioni avanzate dall'organizzazione reclamante.

In particolare, il Comitato Europeo, in relazione all'art. 11 della Carta Sociale Europea, riconosce che l'Italia non garantisce il diritto delle donne di accedere all'interruzione volontaria di gravidanza, alle condizioni previste e secondo i limiti prescritti dalla legge n. 194. Tale mancata garanzia si traduce in una diretta violazione del diritto sotteso all'accesso al trattamento abortivo, ovvero il diritto alla salute, così come in relazione all'art. E della Carta Sociale Europea viene riconosciuta la violazione del principio di non discriminazione, determinato da un simile stato di disapplicazione della legge n. 194.

### **3.4. Osservazioni conclusive**

A fronte delle considerazioni svolte dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali in relazione alla prima decisione relativa all'obiezione di coscienza in materia di interruzione volontaria di gravidanza, si deve necessariamente ragionare sulla effettiva portata che nel nostro ordinamento essa dispiega.

La violazione della Carta Sociale Europea determina innanzitutto una diretta violazione della nostra Costituzione, con particolare riferimento all'art. 117, primo comma, Cost.

Tale decisione accerta, infatti, la violazione degli artt. 11 ed E della Carta Sociale Europea e da questo punto di vista si traduce nella violazione dell'obbligo di rispettare i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, disposto dal primo comma dell'art. 117 Cost.

Occorre, peraltro, segnalare che il Ministero della Salute il 18 luglio 2013 a seguito del dibattito dell'11 giugno 2013 svoltosi presso la Camera dei Deputati su alcune mozioni che riguardavano l'applicazione della legge n. 194 ha istituito un "Tavolo tecnico", al quale sono stati invitati a partecipare tutti gli Assessori regionali e l'Istituto Superiore di Sanità. Questo Tavolo tecnico, in particolare, ha avviato un'attività di monitoraggio sulle procedure di interruzione di gravidanza e sull'obiezione di coscienza, «per individuare eventuali criticità nell'applicazione della legge. Le Regioni hanno inviato i dati richiesti, sebbene in ritardo e con alcune carenze di tipo qualitativo.»<sup>69</sup>

A seguito della pronuncia del Comitato Europeo il 30 aprile 2014 è intervenuta la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nei confronti dell'Italia, che ha preso atto della situazione di violazione della Carta sociale e ha sollecitato l'Italia a

---

<sup>69</sup> Relazione del Ministro della salute sulla attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria di gravidanza (legge 194/78), 15 ottobre 2014, 6.

predisporre concrete misure con cui dare soluzione alle problematiche accertate nell'ambito della procedura.

Proprio in questa prospettiva, occorrerà tenere monitorata la procedura dei rapporti che periodicamente l'Italia deve inviare al Comitato Europeo in merito allo stato di applicazione della Carta Sociale Europea, con particolare riferimento alla questione oggetto della decisione relativa al Reclamo collettivo n. 87 del 2012.

In particolare, infatti, l'Italia dovrà rendere conto delle attività e delle concrete misure che l'ordinamento intende predisporre per rendere conforme la prassi applicativa relativa alla legge n. 194 alla Carta Sociale Europea e all'interpretazione che delle disposizioni specificamente violate ha fornito il Comitato Europeo.

Fino a questo momento, e cioè dopo poco più di un anno dalla pronuncia europea, non pare sia stata adottata alcuna misura concreta: il Ministero ha chiesto alle Regioni di fornire dati precisi sul rapporto fra medici non obiettori e interventi praticati, ma permangono tuttora moltissimi aspetti irrisolti, fra i quali, in particolare, l'altissimo numero di aborti spontanei, che non si giustificano se non in una prospettiva di un ritorno a procedure illegali e nascoste<sup>70</sup>.

Il panorama rimane inoltre contraddittorio se pensiamo che lo stesso Governo, che dovrebbe attuare le direttive della pronuncia europea, ha invece impugnato una delibera della Regione Lazio che esclude che nei consultori il personale possa reclamare il diritto all'obiezione di coscienza. Tale vicenda è ancora oggetto di un giudizio dinanzi al giudice amministrativo, ma è significativa del complesso quadro che si agita intorno all'istituto<sup>71</sup>.

Il seguito della pronuncia europea è allora un'ulteriore riprova del ragionamento che abbiamo cercato di sostenere.

Le decisioni giurisprudenziali non possono risolvere da sole tutti i problemi, ma l'aspetto ancora più paradossale è che ormai anche nelle situazioni in cui la politica vorrebbe dare risposte coerenti, che completino i principi giurisprudenziali, il ricorso al giudice e alle sue determinazioni, magari utilizzato in chiave politica, sembra del tutto necessario e scontato.

Così lo spazio della tutela dei diritti fondamentali si illumina di prospettive differenti, ma contiene anche grosse e insanabili contraddizioni: il principio della non autosufficienza

---

<sup>70</sup> Si veda, ancora, l'ultima relazione al Parlamento del Ministero della Salute (cit.), che non cita la decisione di merito del Comitato Europeo dei Diritti Sociali resa in rapporto al Reclamo collettivo n. 87. Inoltre il Governo italiano, nel proprio atto consultabile in [www.coe.int/socialcharter](http://www.coe.int/socialcharter) (11 maggio 2015), depositato nell'ambito della procedura relativa al Reclamo collettivo n. 91 del 2013, ha affermato di aver finanziato un progetto che avrà anche lo scopo di organizzare un corso di formazione al fine di monitorare eventuali criticità nell'applicazione della legge n. 194.

<sup>71</sup> Si tratta in particolare del Decreto della Regione Lazio, relativo alle Linee di indirizzo per le attività dei consultori familiari (U00152 del 12 maggio 2014), la cui efficacia il TAR Lazio con ord. cautelare n. 4843 del 2014 non ha ritenuto di sospendere, al contrario del Consiglio di Stato che ha parzialmente sospeso il provvedimento (sez. III, 5 febbraio 2015): per osservazioni in merito si veda LIBERALI B., *La delimitazione dell'obiezione di coscienza alla luce di alcune recenti vicende giudiziarie e amministrative*, in *Quaderni costituzionali*, II, 2015, 416 ss., anticipato in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 20 marzo 2015.

In relazione alle problematiche pratiche e alla possibilità di selezionare il personale medico, si veda la non uniforme giurisprudenza amministrativa (TAR Emilia Romagna, 13 dicembre 1982, n. 289, secondo cui un sanitario che sia stato assunto in via provvisoria da un ospedale in base a un avviso contenente una clausola che condizionava l'assunzione alla non presentazione dell'obiezione di coscienza viene legittimamente dichiarato decaduto qualora in seguito presenti obiezione di coscienza; TAR Liguria 3 luglio 1980, n. 396, secondo cui al contrario ogni requisito speciale per l'ammissione al pubblico impiego, risolvendosi in una limitazione all'accesso, deve trovare la sua fonte in una norma di legge, la quale può porre restrizione od esclusione nei confronti di talune classi di persone, purché queste siano ricollegabili a requisiti attitudinari ovvero ad altre esigenze obiettive e comunque escludano trattamenti differenziali rimessi unicamente all'arbitrio o all'ingiustificata discriminazione), culminata nella nota decisione del TAR Puglia (sent. 14 settembre 2010, n. 3477), con cui si è dichiarata l'illegittimità del bando che mirava a selezionare solo medici non obiettori per attività consultoriali, in quanto discriminatoria, ma considerando in modo significativo che nei consultori la presenza di medici obiettori o non obiettori non deve rilevare in quanto in quelle sedi non si effettuano interruzioni di gravidanza.

della politica e della necessaria giustiziabilità di ogni sua determinazione rischia di minare definitivamente e per sempre la capacità di scelte generali e «laiche» che solo quest'ultima dovrebbe poter fare e delle quali dovrebbe rispondere.

\*\* Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Milano

Forum di Quaderni Costituzionali

stituzionali