

**Premessa**

*In occasione del secondo numero della Rivista, il Comitato di direzione ha lanciato una call for papers dedicata al tema «[La legge 40/2004 dieci anni dopo](#)». A introduzione di questa sezione, poniamo il seguente contributo, richiesto all'Autrice dalla Direzione della Rivista.*

## L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa\*

*Marilisa D'Amico \*\**

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE ABSOLUTE PROHIBITION OF THE "HETEROLOGOUS FERTILIZATION"

ABSTRACT: The Italian Constitutional Court, with its judgement no. 162/2014, has repealed the "unfair ban" on assisted reproduction with gamete donation established by law no. 40/2004. This paper analyses and comments on the way the law has been approved – through a harsh debate and an unsuccessful *referendum* – and how many judges tried to challenge it, asking for the intervention of the Constitutional Court. After the last judgement, how will assisted reproduction be regulated in Italy?

KEYWORDS: constitutional case-law, European Court of Human Rights, assisted reproduction with gamete donation, medically assisted reproduction, criterion of reasonableness

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'approvazione della legge n. 40 del 2004 e la richiesta referendaria sul divieto della c.d. "fecondazione eterologa" – 3. Il lungo percorso per arrivare alla Corte costituzionale: i due giudizi di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione c.d. "eterologa" – 3.1. Le ragioni della non manifesta infondatezza del divieto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo – 4. La sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014: la fine di un ingiusto divieto – 5. La decisione costituzionale fra contesto europeo e realtà nazionale – 6. Quale futuro per la fecondazione assistita in Italia?

**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 ricerca di una spe-

\* Il presente contributo è in corso di pubblicazione anche per il volume edito da FrancoAngeli 2014, *L'incostituzionalità della c.d. fecondazione eterologa. Analisi critica e materiali*, a cura di Marilisa D'Amico e Maria Paola Costantini.

\*\* *Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano.*

ranza all'estero, e di tanti altri che non hanno potuto neanche concedersi il lusso di sperare, a causa dei costi 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 c.d. “fecondazione eterologa”<sup>1</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 sentenza, il giudice costituzionale aveva decisamente 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 della procreazione». La Corte fa emergere, in quella pronuncia, un nuovo principio costituzionale, le giuste esigenze della procreazione, un principio 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.

Nella sentenza n. 162 di quest'anno, 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>2</sup>. Temi che non vanno derubricati dall'agenda, ma vanno affrontati con metodo “laico”, trovando uno spazio per tutti i principi e non giocando a metterli uno contro l'altro, sacrificandoli tutti.

Con questa pronuncia, la Corte costituzionale riconduce in modo deciso la *ratio* della legge 40 a due principi fondamentali che l'impostazione originaria del legislatore aveva totalmente annullato: quello 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 a essere ulteriormente valorizzate – all'interno del riconoscimento del diritto alla salute, fisica e psichica, della

<sup>1</sup> La legge utilizza il termine comune di “fecondazione eterologa”, anche se sarebbe più corretto parlare di “donazione di gameti”; sul punto, si rinvia a C. FLAMIGNI, *Il secondo libro sulla sterilità. La fecondazione assistita*, Torino, 2008, 468 ss., ripreso da E. DOLCINI, *Il punto sulla fecondazione assistita “eterologa” rileggendo Carlo Flamigni*, in C. FLAMIGNI, *Medicina, impegno civile, bioetica, letteratura*, Firenze, 2013, 127 ss.

<sup>2</sup> Un invito in questo senso è recentemente venuto dallo stesso Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, il quale 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).

coppie – la responsabilità e 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.

In questo lavoro, prima di arrivare a un commento più approfondito della decisione, mi sembra utile ripercorrere le tappe principali della vicenda.

Questa lunga vicenda mostra, infatti, 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, giustamente, 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.

## 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 interessato 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 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>3</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.

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.

<sup>3</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-bis. Si sofferma in modo particolare su questo aspetto, R. VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004.

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>4</sup> – tesi a 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>5</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 stato pienamente condiviso dal Tribunale di Catania<sup>6</sup> che, con una discutibile ordinanza di manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale presentata su istanza della coppia<sup>7</sup>, ha chiuso le porte del giudizio di costituzionalità a fronte della richiesta di una coppia – portatrice sana di Beta-talassemia – di avere accesso

<sup>4</sup> 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> (ultima consultazione 19/10/2014). Per più ampie considerazioni sul tema, si rinvia a C. FLAMIGNI, M. MORI, *La fecondazione assistita dopo dieci anni di legge 40. Meglio ricominciare da capo!*, Torino, 2014, 66 ss.

<sup>5</sup> 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 Stracquadanio.

<sup>6</sup> Trib. Catania, ord. 3 maggio 2004, in *Giur. it.*, 2004, 2089 ss.

<sup>7</sup> Per una critica puntuale nei confronti della pronuncia in esame, si consenta il rinvio a M. D’AMICO, *Riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice (quello delle leggi, appunto...)?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2004.

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 i limiti da porre al potere dell'uomo di agire su uno dei più grandi misteri della natura: l'origine della vita»<sup>8</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, l. 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, dichiarato inammissibile dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 45 del 2005<sup>9</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, l. 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 da parte della 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>10</sup>.

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

<sup>8</sup> Trib. Catania, ord. 3 maggio 2004, in *Giur. it.*, 2004, 2089.

<sup>9</sup> Corte cost., 28 gennaio 2005, n. 45, in *Giur. cost.*, I, 2005, 337 ss., con nota di G. MONACO, *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 gennaio 2005, nn. 45, 46, 47, 48 e 49, in *Giur. cost.*, 2005, I, 337 ss.), si rinvia a M. AINIS (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, Milano, 2005.

<sup>10</sup> Approfondiscono la vicenda sotto questo aspetto C. FLAMIGNI, M. MORI, *La fecondazione assistita dopo dieci anni di legge 40*, cit., 68 ss.

### 3. Il lungo percorso per arrivare alla Corte costituzionale: i due giudizi di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione c.d. “eterologa”

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, l. n. 40 del 2004, intervenuta con sentenza n. 162 del 2014.

Nell'ambito di tale percorso giurisprudenziale – che si è sviluppato a partire dalla prima ordinanza di manifesta infondatezza del Tribunale di Milano del 2009<sup>11</sup> – la questione di legittimità costituzionale del divieto assoluto di donazione dei gameti è stata portata per ben due volte dinanzi al Giudice costituzionale, il quale soltanto a distanza di due anni dal suo precedente intervento, con la controversa ordinanza n. 150 del 2012<sup>12</sup>, ha finalmente accolto la questione di costituzionalità, annullando definitivamente il divieto.

Invero, il divieto assoluto di donazione dei gameti è stato fatto oggetto di due distinti giudizi costituzionali, entrambi originati dalle ordinanze di rimessione sollevate, con tempi ed impostazioni non sempre perfettamente coincidenti, da parte dei Tribunali di Milano, di Firenze e di Catania<sup>13</sup>.

A questo proposito, diversi sono stati i profili d'illegittimità costituzionale del divieto della c.d. “fecondazione eterologa” prospettati dai giudici comuni dinanzi al Giudice costituzionale nell'ambito dei due giudizi di costituzionalità.

Nell'ambito della vicenda che ha interessato il divieto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, il primo giudizio di costituzionalità si era concluso con l'ordinanza di restituzione degli atti (ord. n. 150 del 2012) ai giudici remittenti, affinché procedessero ad una nuova valutazione dei termini delle questioni, alla luce della sopravvenienza della sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>14</sup> sul caso *S.H. e altri c. Austria*, che superava il precedente reso dalla Prima Sezione.

<sup>11</sup> Trib. Milano, ord. 23 novembre 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, VII-VIII, 2010, 774 ss., che ha confermato la decisione del Tribunale in composizione monocratica, ord. 7 aprile 2009, con nota di B. LIBERALI, *Sulla legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa*, ivi, 777 ss.

<sup>12</sup> Si vedano le riflessioni di A. RUGGERI, *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 *Consulta Online*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); R. ROMBOLI, *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 S. LEONE, I. PELLIZZONE, *Cause ed effetti della restituzione degli atti per sopravvenienza di una sentenza della Corte europea*, in *Notizie di Politeia*, 109, 2013..

<sup>13</sup> 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; Milano dell'11 febbraio 2011. In dottrina, si consenta il rinvio a M. D'AMICO, B. LIBERALI (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*: 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.

<sup>14</sup> D'ora in avanti, Corte EDU.

A questo proposito, merita rilevare come uno degli aspetti forse più caratterizzanti il percorso giurisprudenziale che ha visto protagonista il divieto di cui all'art. 4, comma 3, l. n. 40 del 2004, 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>15</sup>, ha successivamente, in sede di riesame del ricorso dinanzi alla Grande Camera<sup>16</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 *S.H. e altri c. Austria*<sup>17</sup>.

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

<sup>15</sup> A commento della prima decisione della Corte EDU, si veda B. LIBERALI, *La sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in tema di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2010, 556 ss.

<sup>16</sup> In dottrina si rinvia a C. NARDOCCI, *La centralità dei Parlamenti nazionali e un giudice europeo lontano dal ruolo di garante dei diritti fondamentali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2012; B. LIBERALI, *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).

<sup>17</sup> Ordinanze di rimessione di Tribb. Firenze, Catania e Milano, nn. 19, 34 e 163 del 2011, in M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti*, cit. Su tali ordinanze si vedano E. DOLCINI, *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 *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

stione 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.

Come abbiamo già richiamato, la Grande Camera della Corte EDU era, infatti, intervenuta nelle more del giudizio di legittimità costituzionale sull'art. 4, comma 3, l. n. 40 del 2004, escludendo che i divieti opposti dalla normativa austriaca ad alcune tra le tecniche di procreazione artificiale di tipo eterologo potessero considerarsi lesivi dei principi convenzionali invocati dalle parti ricorrenti, ossia degli articoli 8 CEDU e 14, letto in combinato disposto con l'art. 8 CEDU.

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 in modo importante sulla costruzione della questione 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, l. n. 40 del 2004.

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.



### 3.1. Le ragioni della non manifesta infondatezza del divieto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo

Sebbene secondo impostazioni ed ispirazioni non in tutto coincidenti, i Tribunali di Firenze, di Catania e di Milano hanno nuovamente rimesso la questione di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione c.d. "eterologa" dinanzi alla Corte costituzionale, motivando ancora una volta la non manifesta infondatezza della questione in relazione agli artt. 2, 3, 29<sup>18</sup>, 31, 32<sup>19</sup>, e 117, comma 1, Cost<sup>20</sup>.

Tutti i giudici remittenti sviluppavano la propria motivazione prendendo le mosse dalla natura discriminatoria del divieto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo di cui all'art. 4, comma 3, l. n. 40 del 2004, che, se da un lato precludeva alle coppie affette da un grado più elevato di sterilità o di infertilità l'accesso alla tecnica di procreazione artificiale idonea ad ovviare alla patologia riproduttiva, dall'altro consentiva a quelle coppie parimenti sterili o infertili, ma in misura più lieve, ossia in grado di produrre gameti fecondabili artificialmente, di fare ricorso alle tecniche di tipo omologo.

Nella disparità di trattamento tra le due categorie di coppie considerate, entrambe sterili o infertili sebbene di grado diverso e destinatarie delle previsioni normative dettate dalla legge n. 40 del 2004 a norma del suo articolo 1, risiedeva la profonda violazione del principio di eguaglianza intesa in senso formale, di cui all'art. 3, comma primo, Cost.

Detto altrimenti, attraverso la previsione del divieto di fecondazione c.d. "eterologa", il legislatore precludeva alle coppie, il cui grado di sterilità e di infertilità risultasse più grave, l'unico trattamento terapeutico idoneo ad ovviare ai propri problemi riproduttivi, mentre acconsentiva a che avessero accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita più idonee le coppie che presentavano un grado di sterilità o di infertilità più lieve.

Il profilo di discriminazione fra coppie presentanti una patologia simile si accentuava a seguito della decisione n. 151 del 2009, in cui per le coppie aventi necessità di una fecondazione "omologa" erano stati rimossi paletti assurdi e irragionevoli, consentendo loro di accedere alla tecnica in Italia in modo scientificamente corretto.

La dedotta violazione dell'art. 3 Cost. non si arrestava, peraltro, al solo profilo discriminatorio, ma investiva anche l'irragionevolezza interna alla normativa, ossia la sproporzione tra la *voluntas legis*, dichiarata a norma dell'art. 1, l. n. 40 del 2004, secondo cui «al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito», e gli strumenti apprestati dal legislatore per il perseguimento della medesima.

Se si guarda al divieto assoluto di accesso alle tecniche c.d. "eterologhe", non vi è chi non veda come l'impossibilità di beneficiare del progresso medico-scientifico in ambito riproduttivo, per quelle coppie per le quali la donazione di gameti costituisce il solo trattamento idoneo ad ovviare alla patologia

<sup>18</sup> Così, l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Milano.

<sup>19</sup> Così, le ordinanze di rimessione dei Tribunali di Milano e di Catania.

<sup>20</sup> In questo senso, come già evidenziato, l'ordinanza di rimessione sollevata dal Tribunale di Milano.

riproduttiva di cui risultino affette, si appalesa del tutto incoerente e contraddittorio nei confronti della *ratio* sancita a norma dell'art. 1 della legge n. 40 del 2004.

Da ultimo ed ancora in relazione all'art. 3 Cost., i giudici *a quibus* argomentavano nel senso che il divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo fosse alla base di un'ulteriore discriminazione tra coppie sulla base delle rispettive disponibilità economiche e finanziarie.

Non prevedendo la legge n. 40 del 2004 alcuna sanzione per le coppie che avessero scelto di sottoporsi all'estero al trattamento di procreazione artificiale vietato all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, numerosissime coppie italiane negli anni di vigenza del divieto assoluto di donazione di gameti dovevano rivolgersi a centri di riproduzione assistita esteri, dando luogo al fenomeno del c.d. "esilio" o "turismo" procreativo. All'interno di tale categoria di coppie, evidente era la discriminazione prodotta dal divieto di fecondazione c.d. "eterologa" nei confronti di quelle coppie che, in ragione delle ridotte disponibilità economiche, si sono viste precludere anche la possibilità di trarre beneficio da un panorama normativo europeo largamente più permissivo, con riferimento alle tecniche di procreazione artificiale ammesse.

Il divieto di procreazione medicalmente assistita c.d. "eterologa" veniva, altresì, ritenuto lesivo del diritto all'autodeterminazione delle coppie in relazione alle proprie scelte procreative, pregiudicando in modo irragionevole il diritto della coppia di vedersi riconosciuto il diritto delle "giuste esigenze della procreazione", enucleato dal Giudice costituzionale in occasione della fondamentale decisione n. 151 del 2009<sup>21</sup>, e di fondare una famiglia.

Ultimo profilo d'illegittimità costituzionale rilevato da tutti e tre i giudici remittenti riguardava la violazione dell'art. 32 Cost., in quanto il divieto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, impedendo alle coppie assolutamente sterili o infertili di avvalersi dell'unico trattamento terapeutico esistente, veniva considerato lesivo del diritto fondamentale alla salute, sia fisica che psichica della coppia, sancito a norma dell'art. 32 della Costituzione.

Nelle ordinanze di Milano e di Catania venivano al riguardo portati all'attenzione del giudice costituzionale numerosi documenti scientifici comprovanti, da un lato, la nozione di "salute riproduttiva" ai sensi dell'Organizzazione mondiale della sanità, e, dall'altro, le ricerche sulla salute fisica e psichica dei bambini nati a seguito di fecondazione eterologa.

Infine, come anticipato, il Tribunale di Milano ha ritenuto persistente il dubbio di costituzionalità anche rispetto all'art. 117, comma 1, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU, non ritenendo decisiva la pronuncia della Grande Camera sul caso S.H. e altri c. Austria ai fini dell'assenza di un'incompatibilità tra il divieto di P.M.A. eterologa e i principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Soprattutto, nell'ordinanza del Tribunale di Milano venivano sottolineati, in modo opportuno, i passaggi della decisione della Grande camera, nella quale si affermava la necessità che la legislazione

<sup>21</sup> Per un commento alla decisione, in dottrina, si consenta il rinvio a, M. D'AMICO, *La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche. Il punto di vista dei giuristi*, in M. D'AMICO, I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili*, Milano, 2010, 216 ss.; M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, 2009, 1688 ss.; L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide (almeno in parte) di decidere*, in *Giur. it.*, 2010, 287 ss.; C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la "Costituzione che non vale più la pena difendere"?*, in *Giur. cost.*, 2009, 1700 ss.

fosse al passo con lo sviluppo scientifico, in un contesto di evoluzione anche riguardo ai modelli familiari.

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

Con la pronuncia n. 162 del 2014<sup>22</sup>, la Corte costituzionale ha 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 l. n. 40 del 2004 ad esso collegate (art. 9, commi 1 e 3, art. 12, comma 1, l. n. 40 del 2004) per contrasto con gli artt. 2, 3, 31 e 32 della Costituzione.

La decisione in commento 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 al 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>23</sup>.

Come già affermato nelle osservazioni introduttive, alla luce di questa decisione non soltanto la legge 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 imposta in modo chiarissimo la ratio della disciplina in modo capovol-

<sup>22</sup> A commento della pronuncia, si vedano, A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta Online*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) (13 giugno 2014); A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa, ma chiude, dopo averlo preannunciato, al "dialogo" con la Corte Edu*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (14 giugno 2014); G. SORRENTI, *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*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) (senza data); S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (16 giugno 2014); V. TIGANO, *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 *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (13 giugno 2014).

<sup>23</sup> Corte cost., sent. n. 162 del 2014, punto n. 5 del *cons. dir.*

to 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 complesse (come è successo in altre occasioni<sup>24</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>25</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 un tale divieto non si ponga in conflitto con alcun documento di rilevanza internazionale e, così, il divieto assoluto sottoposto allo scrutinio della Corte costituzione non confligge 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.

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

<sup>24</sup> 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 M. D'AMICO, *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo*, in *Giur. cost.*, 2006, 3859 ss.; A. MORELLI, *Fecondazione assistita: quando la Corte decide di non decidere*, in *Quad. cost.*, 2007, 154 ss.; A. CELOTTO, *La Corte costituzionale “decide di non decidere” sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. cost.* 2006, 3846 ss.; C. TRIPODINA, *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.

<sup>25</sup> 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”».

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 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>26</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 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 liberamente se diventare genitori; una libertà che la Corte costituzionale ha ritenuto ricevere copertura costituzionale.

Va sottolineato però, che, a differenza della sent. n. 151 del 2009, la Corte non fa riferimento solo alle coppie, ma in particolare e scegliendo di analizzare la questione partendo dall'art. 2 Cost., la Corte 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 incoercibili».

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>27</sup>.

Sotto altro versante, e attraverso una robusta e bella motivazione, il Giudice costituzionale ha sottolineato il contrasto tra il divieto assoluto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo e il diritto fondamentale alla salute, ex art. 32 Cost.<sup>28</sup>, comprensivo tanto della salute fisica, quanto di quella psichica.

Accogliendo una simile accezione di salute, la Corte costituzionale si è espressa 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

<sup>26</sup> Corte cost., sent. n. 162 del 2014, punto n. 6 del *cons. dir.*

<sup>27</sup> Su questo profilo, si veda B. LIBERALI, *Il diritto alla procreazione: quale fondamento costituzionale?*, in M. D'AMICO, M.P. COSTANTINI (a cura di), *L'incostituzionalità della c.d. fecondazione eterologa. Analisi critica e materiali*, Milano, 2014, in corso di pubblicazione.

<sup>28</sup> In tema, si rinvia a M.P. COSTANTINI, *Il diritto alla salute e la tutela del nascituro nel bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti*, in M. D'AMICO, M.P. COSTANTINI (a cura di), *L'incostituzionalità della c.d. fecondazione eterologa*, cit.

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>29</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 ha ribadito 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>30</sup>.

In tale ambito, pertanto, il Giudice costituzionale ha riaffermato, 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, bensì 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 tutelarla 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>31</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 a 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 regolare 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>32</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>33</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

<sup>29</sup> 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 ss., reperibile al seguente link: [www.worldsexology.org](http://www.worldsexology.org).

<sup>30</sup> Corte cost., sent. n. 162 del 2014, punto n. 7 del *cons. dir.*

<sup>31</sup> *Ibidem.*

<sup>32</sup> Corte cost., 28 gennaio 2005, n. 49, in *Giur. cost.*, 2005, 394 ss.

<sup>33</sup> Corte cost., sent. n. 162 del 2014, punto n. 11 del *cons. dir.*

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>34</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>35</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 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>36</sup>, poi seguita dalla giurisprudenza di legittimità<sup>37</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 rispetto al quale la Corte, in altri contesti, si è già occupata. La Corte richiama, infatti, la propria decisione n. 278 del 2013<sup>38</sup>, nella quale, con un'additiva di principio piuttosto complessa, è stata tempe-

<sup>34</sup> Approfondisce il tema in epoca precedente alla declaratoria di incostituzionalità del divieto assoluto di P.M.A. di tipo eterologo, L. D'AVACK, *Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella P.M.A. con donatore/trici di gameti*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2012, 815 ss.

<sup>35</sup> In proposito, può essere opportuno puntualizzare che dal comunicato pubblicato sul sito della Corte costituzionale emerge come la sentenza abbia riguardato anche l'art. 9. Per come era stata posta la questione, però, si ricava che 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, anch'esso indicato nel comunicato. 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).

<sup>36</sup> Corte cost., sent. n. 347 del 1998, in *Giur. cost.*, 1998, 2632 ss.

<sup>37</sup> Il riferimento è a Cass. civ. sez. I, 16 marzo 1999, n. 2315, in *Giust. civ.*, 1999, 1319.

<sup>38</sup> Corte cost., sent. n. 278 del 2013, in *Giur. cost.*, 2013, con nota di E. FRONTONI, *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

rata 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>39</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>40</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 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>41</sup>.

Quindi, non solo aspetti specifici, ma tutta la legge 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 conside-

---

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».

<sup>39</sup> *Godelli c. Italia*, [Seconda Sezione], n. 33783/09, 25 settembre 2012.

<sup>40</sup> 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.

<sup>41</sup> Corte cost., sent. n. 162 del 2014, punto n. 11.1 del *Cons. in Dir.*



rarsi 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>42</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>43</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., 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>44</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 medi-

<sup>42</sup> Corte cost., sent. n. 162 del 2014, punto n. 12 del *Cons. in Dir.*

<sup>43</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.

<sup>44</sup> Corte cost., sent. n. 162 del 2014, punto n. 13 del *Cons. in Dir.*

calmente 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>45</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 al massimo la fecondazione nei centri pubblici. Rispetto al tema sono aperti i problemi che riguardano la possibilità che la fecondazione assistita rientri nei LEA (livelli essenziali di assistenza, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett m) 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>46</sup>.

### **5. La decisione costituzionale fra contesto europeo e realtà nazionale. Sull'omesso riferimento alla giurisprudenza più recente della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di procreazione medicalmente assistita**

Uno dei profili che hanno forse destato maggiore sorpresa nella decisione della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo è stato il mancato riferimento all'art. 117, comma primo, Cost., quale principio costituzionale che impone al legislatore nazionale di conformarsi agli obblighi che discendono dal diritto internazionale.

Sotto questo profilo, sebbene non uniformi siano state le soluzioni accolte dai giudici remittenti, stupisce che il Giudice costituzionale, dopo aver disposto la restituzione degli atti ai giudici *a quibus* se-

<sup>45</sup> *Ibidem.*

<sup>46</sup> *Ibidem.*

condo un'impostazione che assegnava alla giurisprudenza della Corte EDU un ruolo di primo piano nell'esame nel merito della questione di costituzionalità sollevata, abbia optato, poi, per l'assorbimento dei profili relativi all'art. 117, comma 1, Cost., e, pertanto, per l'irrelevanza dei portati del sistema sovranazionale di tutela dei diritti fondamentali in un contesto in cui, viceversa, la Corte EDU si era di recente espressa proprio in riferimento alla legge italiana in materia di procreazione artificiale.

La Corte EDU, infatti, nel caso *Costa e Pavan c. Italia*<sup>47</sup>, ha condannato l'Italia, accertando che il divieto opposto dalla legge n. 40 del 2004 alle coppie fertili, ma portatrici sane di malattie a trasmissione genetica, di avvalersi delle tecniche di procreazione artificiale e della diagnosi genetica pre-impianto costituisce violazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La Corte EDU ha rilevato l'irragionevolezza e l'incoerenza di sistema dell'ordinamento giuridico italiano che, da un lato, ammette l'interruzione volontaria di gravidanza in ipotesi in cui il feto risulti affetto da una grave patologia e, dall'altro, fa divieto alle coppie, che non soddisfano i requisiti oggetti di accesso alle tecniche di procreazione artificiale (art. 1 e 4, comma 1, l. n. 40 del 2004), ossia che non risultino né sterili o infertili, di fare ricorso alla diagnosi genetica pre-impianto, che consentirebbe di evitare l'eventuale e successivo aborto terapeutico in costanza di una grave malformazione del feto riscontrata in sede di diagnosi prenatale<sup>48</sup>.

Il rilievo che tale sentenza avrebbe potuto assumere nell'ambito del secondo giudizio di costituzionalità sul divieto di fecondazione c.d. "eterologa", poteva scorgersi nella circostanza per cui, per la prima volta, la Corte EDU si era pronunciata sulla legge italiana in materia di procreazione artificiale, condannandone l'impianto incoerente e sproporzionato. Nella decisione, infatti, La Corte EDU non si era limitata a valutare il tema oggetto del giudizio, ma aveva dato una valutazione generale e negativa della legge italiana, in contrasto con la prudenza in termini di margine di apprezzamento della sentenza della Grande Camera nel giudizio *S.H c. Austria*.

Sotto il profilo della tecnica legislativa, la Corte EDU è persa ricalcare la soluzione accolta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 151 del 2009, laddove, come noto, il Giudice costituzionale ha ricondotto a ragionevolezza la legge n. 40 del 2004, bilanciando i diritti di pari copertura costituzionale facenti capo a tutti i soggetti coinvolti.

A fronte di questa pronuncia, il Governo italiano aveva presentato apposita richiesta di deferimento dinanzi alla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, che è stata, però, rigettata, rendendo definitiva la condanna della Corte EDU nei confronti dello Stato italiano.

Sebbene tuttora pendente dinanzi alla Corte EDU e, quindi, ininfluenza ai fini del sindacato dal Giudice costituzionale sulla compatibilità del divieto assoluto della fecondazione c.d. "eterologa" con i principi convenzionali, si ritiene, tuttavia, opportuno dare conto del caso oggetto del prossimo pronunciamento del Giudice europeo sulla legge n. 40 del 2004.

<sup>47</sup> *Costa e Pavan c. Italia*, [Decima Sezione], n. 54270/10, 28 agosto 2012. A commento della sentenza, si veda C. NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it).

<sup>48</sup> *Costa e Pavan c. Italia*, cit., § 64, «Occorre constatare che l'ordinamento giuridico italiano in materia è incoerente. Invero, da una parte, vieta l'impianto limitato ai soli embrioni non affetti da malattia di cui siano portatori i richiedenti; dall'altra parte, li autorizza ad abortire in ipotesi di feto affetto dalla medesima patologia».

Ci si riferisce al caso *Parrillo c. Italia*<sup>49</sup>, che investe un profilo ancora diverso della legge n. 40 del 2004, ossia la disciplina dettata dalla normativa italiana in materia di libertà di ricerca scientifica e sperimentale sugli embrioni umani (art. 13).

Sebbene, come anticipato, l'esito di tale giudizio non abbia potuto dispiegare effetti nell'ambito del giudizio di costituzionalità conclusosi con la pronuncia n. 162 del 2014, pare, tuttavia interessante ricordare che la Corte costituzionale italiana, dinanzi alla quale pende una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto le disposizioni di cui all'art. 13, l. n. 40 del 2004, ha disposto il rinvio della data dell'udienza pubblica, originariamente fissata per l'8 aprile 2014<sup>50</sup>, allo scopo di attendere la pronuncia della Corte EDU sul caso *Parrillo c. Italia*.

Si tratta di soluzione che, sebbene si ponga in linea con l'impostazione dell'ordinanza n. 150 del 2012 ed, anzi, parrebbe proprio rivolta a scongiurare il ripetersi di un caso analogo a tale controverso precedente, sotto altro versante confligge con l'indifferenza mostrata dal Giudice costituzionale nei confronti del livello sovranazionale di tutela dei diritti, testimoniata dall'assorbimento del parametro relativo all'art. 117, comma primo, Cost.

Vero è che nella decisione, pur ritenendo assorbito il profilo formale del 117, comma 1, Cost., la Corte espone in modo chiaro il tema anche sotto il profilo del diritto internazionale ed europeo. E credo che sia vantaggioso che la Corte abbia chiarito fino in fondo che il divieto assoluto di cui all'art. 4, comma 3 Cost., è totalmente privo di fondamento costituzionale innanzitutto per i nostri principi costituzionali, senza quindi avere necessità di ulteriori appigli nelle decisioni europee.

In parole più semplici, e come si è già osservato in altri casi, il richiamo allo spazio europeo dei diritti fondamentali è sicuramente importante, ma non offre sicure risposte<sup>51</sup>.

## 6. Quale futuro per la fecondazione assistita in Italia?<sup>52</sup>

In conclusione, possiamo interrogarci sul futuro della fecondazione assistita in Italia. 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 i centri devono attendere, e con

<sup>49</sup> *Parrillo c. Italia*, n. 46470/11.

<sup>50</sup> Trib. Firenze, ordinanza di rimessione, n. 166 del 2013.

<sup>51</sup> Sotto questo profilo, può richiamarsi, a titolo esemplificativo, la vicenda che ha riguardato l'esposizione del crocifisso all'interno delle aule scolastiche italiane, portata dinanzi alla Corte EDU e fatta oggetto di due pronunce tra di loro contrastanti, con la definitiva assenza di violazione delle norme convenzionali riscontrata dalla Grande Camera della Corte EDU. Il riferimento è al caso, *Lautsi c. Italia*, [Grande Camera], n. 30814/06.

<sup>52</sup> Il tema è stato approfondito 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.

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 della salute, Beatrice Lorenzin, 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 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. È 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 "sovranummerari".

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 debba 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 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 principale della decisione costituzionale, quello della irragionevole discriminazione economica<sup>53</sup>.

L'approvazione del decreto legge è stata, tuttavia, bloccata in seno al Consiglio dei Ministri, che ha preferito rimettere ogni scelta in punto di regolamentazione della materia al Parlamento nazionale.

Si tratta di soluzione che solleva più di una perplessità a fronte di una decisione costituzionale chiarissima nell'escludere la sussistenza di un vuoto normativo in materia, come ha di recente ribadito anche il Presidente della Corte costituzionale ed estensore della decisione, Giuseppe Tesaro<sup>54</sup>, che viceversa avrebbe comportato l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata.

<sup>53</sup> Il testo è tratto dall'audizione del Ministro della Salute, Beatrice Lorenzin, presso la XII Commissione, Camera dei Deputati, 29 luglio 2014.

<sup>54</sup> Per la versione integrale dell'intervista rilasciata dal Presidente della Corte costituzionale, Giuseppe Tesaro, al quotidiano «Il Messaggero» in data 10 agosto 2014, si rinvia al link: [http://m.ilmessaggero.it/LANCIO\\_NOTTE/tesaro\\_nessun\\_vuoto\\_normativo\\_italia\\_eterologa/notizie/840280.shtml](http://m.ilmessaggero.it/LANCIO_NOTTE/tesaro_nessun_vuoto_normativo_italia_eterologa/notizie/840280.shtml) (ultima consultazione 20/10/2014).

Ancora, il ritiro del decreto legge mette 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 appare sicuramente rischioso e fuorviante.

Infatti la situazione a cui assistiamo ora è che, da un lato, sulla base della decisione costituzionale i centri privati, alla luce anche delle prime pronunce giurisprudenziali in materia<sup>55</sup>, non solo potrebbero, ma dovrebbero intervenire; dall'altro, la Regione Toscana, in attesa delle norme di carattere nazionale, ha adottato linee-guida che consentono ai propri centri pubblici e privati di effettuare l'eterologa<sup>56</sup>; con ciò scatenando un dibattito a livello regionale sulla necessità e sull'opportunità dell'adozione di linee-guida regionali e, in generale, sulla possibilità che il diritto all'eterologa sia garantito in una sola Regione. Tutto ciò in attesa di un provvedimento del Governo che, nelle more delle decisioni parlamentari, faccia chiarezza sui punti controversi per consentire un avvio della pratica in modo uniforme.

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

Possiamo sicuramente affermare che la legge n. 40/2004 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 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.

La Corte però, nel ribadire non soltanto in astratto l'assenza di vuoto normativo, ma ripercorrendo nei dettagli la disciplina oggi applicabile, sottolineando che l'unico problema da risolvere con linee guida sarebbe eventualmente il numero delle donazioni (aspetto che, ribadisco, non può giustificare il rinvio dell'applicazione della decisione), ci consegna un quadro normativo che non consente, ma impone, per essere rispettosi dei principi fondamentali della Costituzione, di iniziare immediatamente a garantire alle coppie la possibilità di avere accesso alle tecniche in Italia, senza ulteriori indugi.

<sup>55</sup> 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.

<sup>56</sup> L'atto di indirizzo della Regione può trovarsi sul sito ufficiale della Regione Toscana.

E tuttavia, io ritengo che, in un periodo non troppo lungo e una volta risolti i problemi pratici dell'avvio della tecnica "eterologa", sarebbe opportuno l'adozione di un nuovo testo legislativo, che riscriva quello vecchio alla luce delle indicazioni della Corte costituzionale, eventualmente risolvendo alcuni problemi che sono ancora aperti.

Le indicazioni non sono soltanto sui valori costituzionali in gioco, e in primis sui principi di autonomia e di responsabilità, ma anche sulla tecnica legislativa, e i problemi aperti potrebbero riguardare il divieto assoluto della ricerca scientifica sugli embrioni, anche su quelli abbandonati e che le coppie vorrebbero donare a questo scopo; la possibilità di accesso per le coppie fertili, ma portatrici di malattie genetiche o sessualmente trasmissibili; la possibilità di accesso per le persone che oggi non lo possono fare, e cioè le coppie omosessuali o i *single*.

Un nuovo testo sarebbe importante anche perché il pericolo dell'errore, della disinformazione è enorme: basti pensare che ancor oggi circolano versioni della legge anteriori alla decisione costituzionale del 2009 e che quelle versioni sono ancora ritenute applicabili da alcuni centri.

Infine è stata proprio la Corte costituzionale, in apertura di questa bellissima decisione, a ricordarci che si tratta di questioni complesse, eticamente sensibili, che spetta in primo luogo al legislatore risolvere, tracciando però i confini costituzionali di qualsiasi intervento anche per il futuro: i confini che, al di là degli specifici parametri, si fondano sui due valori su cui si poggia la nostra Carta costituzionale: l'autonomia e la responsabilità delle persone.

*The Italian Law no. 40/2004*