

MARIA PAOLA COSTANTINI

LA DONAZIONE DEI GAMETI TRA GIURISPRUDENZA ITALIANA E DIMENSIONE EUROPEA: LA PRONUNCIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE SULLA FECONDAZIONE ETEROLOGA N. 162/2004

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La decisione della Consulta: non sussistono ragioni per mantenere il divieto. 3. Un punto di arrivo: il bilanciamento tra diritti nelle questioni eticamente sensibili e il ruolo del legislatore. 4. Il ridimensionamento della legge 40/2004 al vaglio della Corte. 5. La qualità della legislazione e l'impatto con la realtà sociale e l'evoluzione della medicina. 6. L'iter giudiziario e la vicenda europea. 7. I contenuti della sentenza e il cd vuoto normativo. 8. I limiti alla donazione dei gameti. 9. I profili di illegittimità costituzionale: il principio di autodeterminazione. 9.1. La violazione del diritto alla salute. 9.2. La tutela della genitorialità e la irrilevanza del dato genetico nella nozione di famiglia. 9.3. La discriminazione economica.

1. Non si può negare che la sentenza della Corte Costituzionale n. 162 del 2014 vada considerata come un passaggio importante non solo riguardo alla questione della donazione dei gameti, ma più in generale per quanto concerne la disciplina della procreazione assistita e di temi definiti quali eticamente sensibili. La pronuncia, infatti, non esamina unicamente i profili strettamente inerenti la questione posta dai giudici, ma fornisce indicazioni anche al Legislatore. Ciò risulta evidente dalla lettura della decisione depositata il 10 giugno 2014 che ha visto anche una forte discussione all'interno della stessa Consulta proprio per le possibili conseguenze in un ambito più vasto.

La presente trattazione cerca di analizzare l'esito della vicenda, permettendo che lo stesso non era affatto scontato e risulta per alcuni versi sorprendente sia perché è stato necessario affrontare un lunghissimo iter giudiziario¹, sia perché l'opposizione all'eliminazione al divieto era molto

1 La ricostruzione di tutta la vicenda si può trovare nel vol. a cura di M. D'AMICO e M. P. COSTANTINI, *L'illegittimità costituzionale del divieto della «fecondazione*

forte, suscitando la fecondazione eterologa fantasmi e paure per timore di scelte «sconsiderate» ed egoiste da parte delle coppie.

È necessario evidenziare che quella che si offre è una lettura «coinvolta e partecipata», atteso che chi scrive è stato uno dei difensori delle coppie e delle organizzazioni di pazienti e di tutela² che hanno promosso i giudizi davanti ai Tribunali civili e seguito tutto l'iter fino alla decisione della Consulta. Le riflessioni che seguono risentono o si avvantaggiano – a seconda dei punti di vista – del lavoro svolto per sostenere le tesi difensive di chi si riteneva leso dall'esistenza del divieto e che sosteneva l'inesistenza di una ragione costituzionalmente rilevante in ordine al mantenimento del divieto di fecondazione eterologa previsto nella Legge 40/2004. Tra queste tesi vi era anche la convinzione che grazie a una lettura costituzionalmente orientata e a un riferimento a norme già esistenti – compresa la stessa normativa in materia – fosse possibile eliminare il divieto ed evincere la regolamentazione specifica per consentire la donazione dei gameti, con tutte le sicurezze e tutele possibili.

2. Con la sentenza n. 162 del 2014, è stato eliminato per le coppie sterili il divieto di donazione dei gameti previsto dall'art. 4 comma 3 (divieto di fecondazione eterologa) nonché da ulteriori norme connesse (art. 9 comma 1 e 3; art. 12 comma 1) della Legge 40/2004 che rappresenta la legge quadro che disciplina tutto il settore della procreazione medicalmente assistita in Italia³.

Per meglio comprendere la portata della decisione e l'esame approfondito e compiuto effettuato dalla Corte Costituzionale, si deve chiarire che la vicenda inizia nel 2010 con procedimenti davanti ai Tribunali di Milano, Bologna, Firenze, Catania da parte di coppie con sterilità di uno dei partner. Nel 2011 i Tribunali di Milano, Catania e Firenze sollevavano eccezione di incostituzionalità dell'art. 4 comma 3 della Legge 40/2004 e inviavano alla Corte Costituzionale. Con l'ordinanza n. 151 del 2012, la Corte Costituzionale rinviava le questioni ai rispettivi Tribunali i quali nel 2013 sollevavano nuovamente la questione ritenendo che la norma violasse diversi articoli della Costituzione italiana. In particolare, per i Tribunali di Milano e Catania: gli art. 3 Cost., 2, 31 e 32 Cost.; nonché sempre per il Tribunale

eterologa», 2014.

- 2 I procedimenti hanno visto in gran parte l'intervento *ad adiuvandum* di una serie di associazioni di pazienti o di organizzazioni civiche come Ass. Hera, Madre Provetta, Cerco un bimbo, SOS infertilità onlus e poi Cittadinanza attiva, Ass. Luca Coscioni, Vox Diritti.
- 3 L'art. 4 comma 3 recita: «È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo».

di Milano gli artt. 29 e 117, comma primo, Cost. con riferimento agli artt. 8 (Diritto alla vita privata e familiare) e 14 (Divieto di discriminazione) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

Le tre questioni di legittimità costituzionale del 2013 costituiscono in effetti una nuova proposizione della medesima questione di legittimità costituzionale su cui la Corte costituzionale si era pronunciata con ordinanza, n. 150 del 2012, disponendo la restituzione degli atti ai giudici remittenti, affinché procedessero ad una nuova valutazione della questione di legittimità costituzionale sollevata, alla luce del mutato orientamento giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo (caso, *S.H. e altri c. Austria*), che, in data 3 novembre 2011, aveva superato il proprio precedente reso il primo aprile 2010.

E infatti, le tre ordinanze arrivate alla Corte Costituzionale nel 2012 facevano riferimento a una precedente decisione della X sezione del 2010 in cui veniva riconosciuta la violazione degli art. 8 e 14 della Convenzione EDU da parte della Legge austriaca che consentiva la sola donazione di gamete maschile in vivo ma vietava la fecondazione eterologa sia maschile che femminile in vitro e cioè attraverso la fecondazione in vitro. In quell'occasione e cioè con l'ordinanza 150 del 2012, la Corte aveva ritenuto necessario un rinnovato esame da parte dei Tribunali in virtù del «*novum*» costituito dalla sentenza della Grande Camera della Corte di Strasburgo, che aveva al contrario riconosciuto agli Stati un ampio margine di apprezzamento e che riteneva non superabili le obiezioni sollevate in merito alla tutela di tutti i soggetti coinvolti, compreso il nascituro ma anche i potenziali donatori.

Come già accennato ciò rappresenta in qualche modo un punto di arrivo sotto diversi profili sia in merito alla procreazione medicalmente assistita sia alla disciplina di materie «eticamente sensibili». Innanzitutto e a questo proposito, la pronuncia può essere letta come un doppio richiamo rivolto in particolare al Legislatore: a una maggiore laicità, intesa quale approccio più rispettoso dei diversi orientamenti esistenti e poi alla massima attenzione verso i soggetti destinatari dei provvedimenti.

In tal senso, l'espressione «eticamente sensibili» può essere intesa non solo riguardo alle più opzioni etiche presenti, ma può indicare anche la necessità di un atteggiamento che tenga in adeguata considerazione l'impatto sulle vite concrete delle persone. Nella decisione in oggetto a più riprese infatti si evidenzia come il bilanciamento di diritti e interessi non possa non essere realizzato se non con riguardo alla dignità della persona e alla luce di principi consolidati dell'ordinamento. La Corte afferma che laddove si affrontano tali «temi eticamente sensibili» sussiste una assoluta necessità di trovare un ragionevole

punto di equilibrio anche per le «plurime esigenze costituzionali» coinvolte. E ciò che emerge dal passaggio della motivazione in cui la Corte costituzionale afferma che: *«la procreazione medicalmente assistita coinvolge “plurime esigenze costituzionali” (sentenza n. 347 del 1998) 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 (sentenza n. 45 del 2005), 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” (sentenza n. 151 del 2009)»*. Il richiamo alla 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, è strettamente connesso alla necessità di riportare a ragionevolezza la disciplina.

In questo senso, nell’assicurare un livello minimo di tutela legislativa ad ognuno degli interessi fondamentali sottesi, la legislazione deve essere ragionevole e il bilanciamento degli interessi in gioco deve essere effettuato non attraverso divieti assoluti ma mediante l’adozione di criteri di proporzionalità e di ragionevolezza. Si può leggere in questo, l’indicazione per una legislazione «soft», leggera e capace di trovare risposte adeguate e appropriate, interpretabile alla luce dei cambiamenti.

Consequentemente, la pronuncia si configura – specie se considerata insieme alla precedente decisione di incostituzionalità del 2009⁴ – come una sorta di ridimensionamento della Legge 40/2004. Mentre la decisione del 2009 aveva posto l’attenzione sul necessario bilanciamento tra le esigenze di procreazione e la tutela dell’embrione⁵, ribadendo la necessità di salvaguardia della salute della donna, prioritaria anche in merito all’embrione, in quest’ultima decisione si individua la necessità di un diverso bilanciamento rispetto a quello proposto dalla Legge. Lo si identifica nel dare pieno riconoscimento alla domanda di genitoria-

4 Si tratta della sent. n. 151/2009 in cui la Corte Costituzionale aveva già dichiarato illegittimi i comma 2 e 3 dell’art. 14 della L. 40/2004 e attraverso una decisione di tipo manipolativo aveva riscritto le norme.

5 La sent. n. 151/2009 eliminando il limite dei tre embrioni e individuando come cardine dell’iter sanitario la salvaguardia della salute della donna, consentendone l’interruzione ogni qualvolta potesse sussistere un pregiudizio per essa, trovava il giusto bilanciamento tra le esigenze della procreazione e il diritto alla vita dell’embrione, destinatario fino a quel momento di una tutela assoluta a discapito dei diritti – di pari rilevanza costituzionale – facenti capo agli altri soggetti coinvolti.

lità: «[...] deve essere innanzitutto ribadito che la scelta di tale coppia (sterile o infertile) di diventare genitore e di formare una famiglia con figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli art. 2, 3 e 31 Cost. [...]. Conseguentemente le limitazioni di tale libertà e in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificati dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pare rango». Anzi, si evidenzia che proprio in presenza di ostacoli e difficoltà di ordine sanitario, la protezione deve essere massima e non escludente poiché non è coercibile il desiderio della coppia sterile ad avere un figlio. Si aggiunge poi – anche con riferimento ad altre pronunce – come «il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione dei principi costituzionali, il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa». E qui sussiste a un passaggio importante; i giudici costituzionali affermano l'esistenza di limiti ma: «questi limiti, pur ispirati a considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur meritevoli di attenzione in un ambito così delicato, non possono consistere in un divieto assoluto, a meno che lo stesso non sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale».

Si tratta di un richiamo esplicito alla corretta collocazione tra il diritto e l'etica, entrambe necessarie ma aventi diverse funzioni e soprattutto – sembrerebbe dire la Corte – allo Stato e al Legislatore spetta l'onere di operare sul piano del diritto e del rispetto dei principi costituzionali e non su quello dell'etica.

3. Al centro della decisione è ovviamente la dichiarazione dell'illegittimità costituzionale del divieto presente nella Legge 40/2004 – normativa che disciplina il settore della procreazione medicalmente assistita – ma a tale declaratoria si aggiunge una vera e propria legittimazione delle tecniche di procreazione assistita quale strumento terapeutico per ovviare alla infertilità e alla sterilità.

Infatti se nella sentenza 151/2012, sempre in materia di procreazione assistita, la Corte riconosceva come le tecniche di PMA rappresentassero uno strumento per dare una risposta alle esigenze di procreazione, in questa ultima pronuncia chiarisce ulteriormente: se la determinazione di avere un figlio concerne la sfera più intima e intangibile della persona umana, tale

determinazione non può che essere incoercibile «anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere alla tecnica di PMA di tipo eterologo».

Innanzitutto, per i giudici della Corte non sussistono sufficienti ragioni per mantenere il divieto, poiché la pratica è da ritenere ammissibile, essendo rilevanti la protezione della salute e il rispetto del principio di determinazione nella sfera familiare. L'ammissibilità trova un'ulteriore motivazione in quanto risponde a richieste fondamentali e ineludibili legate all'esistenza delle persone. Va detto a tale proposito che la Corte si attiene strettamente a quanto richiesto dai giudici e in primo luogo alle coppie che hanno promosso i giudizi e quindi rimane nell'alveo di tali domande. La sentenza non «liberalizza» la fecondazione eterologa ma indica limiti e confini, specificando che l'eliminazione del divieto riguarda le coppie a cui è stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità e o infertilità assolute ed irreversibili⁶. Non concerne invece single o coppie omosessuali e non diventa un strumento alternativo per poter avere un figlio. Si rimane così – e ciò viene ribadito più volte – nel quadro costruito dalla Legge 40/2004 di cui tuttavia si evidenziano limiti e rigidità. In tale dichiarazione già emerge il contesto all'interno del quale è stata inserita la questione della fecondazione eterologa e cioè il bilanciamento tra diritti e interessi di più soggetti tra cui quello delle coppie e del nascituro nonché quello dei donatori. La Corte sceglie così un terreno concreto legato alla tutela dei soggetti destinatari ed evita di affrontare tematiche generali e – anche se certamente sottese, proprie più del dibattito in bioetica.

4. A tale proposito si potrebbe dire che il nuovo vaglio da parte della Corte Costituzionale della Legge 40/2004 non si può dire positivo, per la

6 Nel dispositivo della sent. 162/2014 si legge «la Corte Costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 comma 3 della l. 19 febbraio 2014 n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5, della medesima legge, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibile; dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 9 comma 1 della L. n. 40 del 2004, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4 comma 3»; dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 9 comma 3 della l. n. 40 del 2004, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4 comma 3; dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 12 comma 1 della l. n. 40 del 2004, nei limiti di cui in motivazione». Queste ultime norme riguardano i richiami al divieto presenti negli articoli legati al divieto di disconoscimento di paternità, all'assenza di relazioni giuridiche tra donatore e nato da fecondazione eterologa e alle sanzioni agli operatori.

normativa in oggetto. Se vengono mantenuti i confini – almeno per l’accesso alla fecondazione eterologa –, allo stesso tempo si rinnova il giudizio in merito a tutto l’impianto della legge che risulta essere inadeguato per l’eccessiva rigidità e astrattezza delle norme. Del resto, questo era stato anche l’esito dell’esame dei giudici dei Tribunali civili e amministrativi durante i dieci anni di vigore della Legge. Più di 32 giudizi⁷ che aveva-

7 L’elenco non è del tutto esaustivo ma può dare un’idea di quanto è avvenuto. Per sinteticità si richiamano i provvedimenti in ordine cronologico, secondo l’oggetto e l’esito: Ordinanza del Tribunale di Roma, febbraio 2004, su diagnosi pre-impianto, negativo; Ordinanza del Tribunale di Catania, maggio 2004, su diagnosi pre-impianto, negativo; Ordinanza del Tribunale di Roma, febbraio 2005, crioconservazione su ovociti fecondati, rigettata; Ordinanza del Tribunale di Cagliari, giugno 2004, riduzione embrionaria, accolta; Ordinanza del Tribunale di Cagliari, luglio 2005, su diagnosi pre-impianto, accolta; Sent. del Tribunale amministrativo del Lazio, maggio 2005, annullamento Linee guida del Ministero della Salute su diagnosi pre-impianto, rigetto; Ordinanza della Corte Costituzionale n. 369 del 2006, su diagnosi pre-impianto, inammissibilità; Ordinanza del Tribunale di Cagliari, settembre 2007, su diagnosi pre-impianto; accolta; Ordinanza del Tribunale di Firenze, dicembre 2007, su diagnosi pre-impianto, accolta; Sentenza del Tribunale amministrativo del Lazio, gennaio 2008, su limitazione diagnosi pre-impianto, accolta e rinvio alla Corte Costituzionale per l’art. 14; Ordinanza del Tribunale di Firenze, luglio 2008 su diagnosi pre-impianto e art. 14, accolta; Ordinanza del Tribunale di Firenze, agosto 2008, su diagnosi pre-impianto e art. 14, accolta e rinvio alla Corte Costituzionale su art. 14; Ordinanza del Tribunale di Milano, marzo 2009, su diagnosi pre-impianto e art. 14, accolta e rinvio alla Corte Costituzionale su art. 14; Ordinanza del Tribunale di Bologna, giugno 2009, su diagnosi pre-impianto e art. 14, accolta; Ordinanza del Tribunale di Salerno, gennaio 2010, su diagnosi pre-impianto per coppie fertili con problemi genetici, accolta; Ordinanza del Tribunale di Salerno, luglio 2010, su diagnosi pre-impianto per coppie fertili con problemi genetici, accolta; Ordinanza della Corte costituzionale, febbraio 2010, su art. 14 La Corte dichiara l’inammissibilità ritenendo di avere già deciso sulla materia e conferma esplicitamente l’impostazione della sentenza 151/2009; Ordinanza del Tribunale di Bologna, luglio 2010, su art. 14 e diagnosi pre-impianto, accolta; Ordinanza del Tribunale di Bologna, luglio 2010, (diverso giudice) su diagnosi pre-impianto e art. 14, accolta; Ordinanza del Tribunale di Firenze, settembre 2010 su eccezione di incostituzionalità per la fecondazione eterologa, accolta e invio alla Corte Costituzionale; Ordinanza del Tribunale di Catania, ottobre 2010, su eccezione di incostituzionalità per la fecondazione eterologa, accolta e invio alla Corte Costituzionale; Ordinanza del Tribunale di Milano, febbraio 2011, su eccezione di incostituzionalità per la fecondazione eterologa, accolta e invio alla Corte Costituzionale; Ordinanza della Corte Costituzionale n. 150, maggio 2012, su fecondazione eterologa con rinvio ai giudici a quo; Ordinanza del Tribunale di Cagliari, novembre 2012 su diagnosi pre-impianto, accolta anche in assistenza indiretta; Ordinanza del Tribunale di Firenze, dicembre 2012 su donazione embrioni per la ricerca scientifica, invio alla Corte Costituzionale; Ordinanza del Tribunale di Firenze, marzo 2013 su eccezione di

no avuto come risultato una diversa interpretazione delle norme; l'apertura verso tecniche che sembravano essere vietate, come la diagnosi pre-impianto; la priorità data al principio di autodeterminazione e alla tutela della salute della coppia; un diverso bilanciamento tra tutela della donna e tutela dell'embrione. Si può dire che l'operato dei giudici trovi riscontro anche nelle due sentenze della Corte Costituzionale e da questo profilo, la normativa appare ridimensionata e più attinente sia alle buone pratiche sanitarie sia al rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti destinatari. Come già menzionato, i limiti del Legislatore sono in più punti della sentenza richiamati quasi a motivare la necessità di intervento della Corte Costituzionale. Nell'eliminare il divieto, i giudici sono quasi costretti a richiamare alle proprie funzioni un Legislatore disattento e «pauroso», di cui permane tuttavia il ruolo ineludibile specie in materie hanno bisogno di una regolamentazione, modalità estranea al lavoro della Corte Costituzionale.

È bene evidenziare tali affermazioni contenute nella sentenza perché subito dopo il suo deposito e soprattutto da una parte della politica si è accusati la Corte di aver esautorato il Parlamento e di essersi arrogata la funzione di scrivere di nuovo le leggi emanate dal «legittimo organo legislativo». Si è detto anche che i giudici avrebbero stravolto la Costituzione. La realtà appare ben diversa e si consenta una digressione legata all'iter giudiziario: in più occasioni le coppie e le loro associazioni, i medici e le società scientifiche, gli avvocati e i giuristi hanno invocato un intervento di modifica del Parlamento. Ma ciò è rimasto senza ascolto, rimanendo solo l'imbarazzo di chi avrebbe potuto dare risposte efficaci e appropriati e ha abbandonato invece il campo. In questo senso, l'intervento della Corte – non certo di sostituzione ma semmai di integrazione – è stato fondamentale per restituire dignità alle persone e alle loro istanze.

5. Un ulteriore punto che appare rilevante della decisione della Corte Costituzionale, già peraltro anticipato dalla precedente pronuncia del

incostituzionalità per la fecondazione eterologa, accolta di nuovo e invio alla Corte Costituzionale; Ordinanza del Tribunale di Milano, marzo 2013 su eccezione di incostituzionalità per la fecondazione eterologa, accolta di nuovo e invio alla Corte Costituzionale; Ordinanza del Tribunale di Catania, aprile 2013 su eccezione di incostituzionalità per la fecondazione eterologa, accolta di nuovo e invio alla Corte Costituzionale; Sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, agosto 2012 su diagnosi pre-impianto per le coppie fertili ma portatrici di malattie genetiche, accolta e invito all'Italia alla modifica delle norme; Ordinanza del Tribunale di Roma, settembre 2013 su diagnosi pre-impianto per coppia fertile con malattia genetica, accolta; Ordinanza del Tribunale di Roma, gennaio 2014 su diagnosi pre-impianto per coppia fertile con malattia genetica, invio alla Corte Costituzionale.

2009, riguarda la qualità della legislazione e cioè del fatto che quest'ultima – al di là della impostazione generale – dovrebbe essere strettamente connessa con i dati della realtà e quindi attenta al mutamento del contesto sociale e antropologico, all'evoluzione della medicina, alle nuove possibilità legate alle tecnologie e alla scienza. Tale assunto era presente anche nella decisione della Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁸ ed è stata citata dai giudici che hanno per due volte sollevato la eccezione di incostituzionalità del divieto. In questo richiamo si avverte inoltre la doverosa attenzione nei confronti degli effetti e quindi dell'impatto che norme troppo rigide potrebbero determinare. Il divieto italiano di donazione di gamete – come hanno rilevato sia i giudici dei Tribunali che della Corte Costituzionale – ha infatti avuto conseguenze gravi come quella dell'aumento del cd turismo procreativo con la conseguente discriminazione delle coppie più deboli sia sotto il profilo sanitario che sotto il profilo economico; di incrementare un mercato estero, in particolare degli ovociti fuori da ogni controllo; l'impossibilità di accedere alle informazioni sanitarie per i nati da donazione dei gameti; «l'occultamento» dei nati da donazione dei gameti per le statistiche ufficiali (Registro sulla procreazione medicalmente assistita dell'Istituto superiore di sanità) impedendo la tracciabilità soprattutto sotto il versante sanitario. Con l'effetto paradossale che colui che si voleva proteggere era in realtà sguarnito di tutele. La norma è stata inoltre inutile poiché è stata «aggirata»: le prestazioni vietate in Italia erano al contrario ammesse in gran parte dell'Europa e nella legge 40/2004 non vi erano sanzioni per la coppia. La normativa italiana «sanava» in qualche modo la condizione delle famiglie e dei nati con il divieto di disconoscimento di paternità. Prevedendo infatti che il divieto non sarebbe stato rispettato, disciplinava tutte le conseguenze e in particolare conteneva tutte le norme per la tutela del nascituro, a partire dal riconoscimento dei nati come figli legittimi, nonché per il divieto di disconoscimento di paternità; nell'esclusione di qualsiasi rapporto e legame giuridico tra nato e donatore. Un'ulteriore indicazione rintracciabile nella pronuncia riguarda la necessità di suffragare con dati scientifici l'introduzione di norme. Si tratta di un punto essenziale perché tra le ragioni per il divieto di eterologa erano state adottate ragioni in ordine alla

8 Si tratta della decisione in merito alla fecondazione eterologa per il caso S. H. e altri c. Austria deciso dalla Grand Chambre della CEDU 3 novembre 2011 in cui esplicitamente si richiama la necessità che il legislatore di prendere atto dei mutamenti sociali e del consenso della società, nonché del progresso della medicina e della evoluzione scientifica.

sua pericolosità e in particolare per l'integrità psicofisica del nascituro. In realtà già dai lavori preparatori⁹ della Legge 40/2004, tali timori erano stati fugati nel corso delle audizioni con specialisti e ricercatori. Ma di ciò non si tenne conto, in nome di un principio di precauzione non suffragato da alcuna ricerca scientifica né si valutò l'impatto e gli effetti che poteva avere un divieto assoluto.

La Corte nel caso specifico – ma l'aveva già fatto con la sentenza 151 del 2009 che aveva dichiarato incostituzionale l'obbligo di creare solo tre embrioni e di trasferirli tutti in un unico e contemporaneo impianto – ha preso atto dell'insussistenza di danni o problemi nei nati da donazione di gameti dimostrata da studi condotti ormai da decenni in sede europea e internazionale e ha richiamato alla necessità di attenersi a risultati ed evidenze scientifiche. Le conclusioni sono state esplicite: il divieto di donazione dei gameti, *«impedendo alla coppia destinataria della legge n. 40 del 2004, ma assolutamente sterile o infertile, di utilizzare la tecnica di PMA eterologa, è privo di adeguato fondamento costituzionale»* e ancora: *«In definitiva, le norme censurate stabiliscono una disciplina che non rispetta il vincolo del minor sacrificio possibile degli altri interessi e valori costituzionalmente protetti, giungendo a realizzare una palese ed irreversibile lesione di alcuni di essi, in violazione dei parametri costituzionali»*. E ha aggiunto: 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»*.

In ultimo, ma la Corte lo afferma nella parte iniziale della decisione, si sgombrano dubbi e polemiche che pure sono state presenti in merito alla cd deriva eugenetica: *«la procreazione assistita di tipo eterologo mira a favorire la vita e pone problematiche (semmai) riferibili eminentemente al tempo successivo alla nascita ... dovendosi in radice escludere finalità illegittime o eugenetiche»*.

6. Con la decisione n. 162 del 2014, la Corte Costituzionale non ha affrontato il rapporto tra le Corti e quindi con la CEDU, peraltro invece ampiamente trattate dai giudici remittenti, e ha valutato la questione unica-

⁹ 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^o-bis.

mente riguardo ai parametri costituzionali interni. Il richiamo effettuato dai giudici ha avuto essenzialmente quale riferimento l'art. 8 della Convenzione Edu e a quella giurisprudenza che ha riconosciuto come il diritto di una coppia di concepire un figlio e di utilizzare la procreazione assistita fosse un diritto protetto appunto dall'art. 8 della Convenzione EDU, essendo espressione del diritto di libera determinazione nella vita privata e familiare: «ogni cittadino ha non solo il diritto di avere o meno un figlio ma anche quello di concepirlo mediante l'utilizzo delle tecniche di PMA». L'opera dei giudici si è soffermata, tuttavia, nell'esaminare la questione alla luce dei principi espressi dalla Grande Camera in ordine al margine di apprezzamento da parte degli stati e alla necessità di tenere conto della evoluzione della società e della innovazione scientifica, nonché sui rischi eventuali al nascituro e ai donatori a seguito di donazione dei gameti.

Per la verità un riferimento al versante europeo e internazionale sussiste. A dimostrazione della rilevanza assunta dal sistema di relazioni internazionali, la Corte si preoccupa di sottolineare come un tale divieto non si ponga in conflitto con alcun documento di rilevanza internazionale. Così, il divieto di fecondazione c.d. eterologa non viola i principi sanciti dalla Convenzione di Oviedo, né quelli introdotti dal suo Protocollo addizionale in tema di divieto di clonazione di esseri umani.

7. E si potrebbe aggiungere che la Corte tenga conto, senza tuttavia citarli, di principi e riflessioni ormai considerati come una sorta di patrimonio comune europeo. Il riferimento è alle diverse pronunce della Corte Europea dei diritti dell'uomo collegate con l'art. 8 della Convenzione EDU che hanno posto la rilevanza sul principio di autodeterminazione anche nella scelta procreativa. A questo riguardo si possono citare alcune pronunce come *Ternovszky c. Ungheria*¹⁰ o *Pretty c. Regno Unito*¹¹, o ancora altre pronunce più specifiche in tema di procreazione assistita¹².

10 *Ternovszky c. Ungheria*, [Seconda Sezione], n. 67545/09, 14.12.2010, 22 “ t] he notion of personal autonomy is a fundamental principle underlying the interpretation of the guarantees of Article 8 [...]. Therefore the right concerning the decision to become a parent includes the right of choosing the circumstances of becoming a parent”; *Sheffield e Horsham c. Regno Unito*, [Grande Camera], nn. 22985/93 23390/94, 30.07.1998.

11 *Pretty c. Regno Unito*, [Quarta Sezione], n. 2346/02, 29.04.2002, 61.

12 *Evans c. Regno Unito*. sent. n. 6339 del 2005; *Dickson c. Regno Unito*. sent. n. 44362 del 2004; *Odievre c. Francia* decisa il 13 febbraio 2003; *X e Y c. Paesi Bassi*, sentenza 26 marzo 1985; *Dudgeon c. Regno Unito* sentenza 22 ottobre 1981; *Christin Godwin c. Regno Unito* sent. n. 28957 del 1995.

D'altra parte, avendo lo sguardo sulla dimensione europea, la Corte ha dovuto in qualche modo tenere in considerazione come la tecnica della fecondazione eterologa era consentita in quasi tutti i paesi europei ad esclusione di Austria e Germania (anche se in questi paesi il divieto non era comunque assoluto). Allo stesso tempo, la Corte era ben consapevole di come la scelta per una legislazione rigida come quella effettuata dall'Italia non fosse in qualche modo corrispondente alle esigenze di continuo mutamento nell'opinione pubblica e in relazione alla evoluzione scientifica e, come al contrario di altri paesi, ciò rendesse irragionevoli e non proporzionali alcune impostazioni normative¹³. Può essere al riguardo rilevante citare la decisione della Corte Costituzionale austriaca del 10 dicembre 2013 sull'accesso alla fecondazione eterologa di una coppia omosessuale fondata sul fatto che il desiderio di un figlio rappresenta un aspetto di particolare importanza dell'esistenza e della identità personale. La Corte ha ritenuto che limitare l'accesso alla fecondazione assistita sulla base dell'orientamento sessuale rappresenta una inammissibile ingerenza nella vita familiare di cui all'art. 8 della Convenzione EDU e una violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 7 della Costituzione austriaca. La coppia era composta da una donna austriaca e dalla compagna tedesca, unite dal 2008 in *partnerariato* in base alla legge tedesca. La Corte tedesca ha evidenziato come il desiderio di avere un figlio rappresenti un aspetto di particolare importanza dell'esistenza e della identità personale e la nozione di vita familiare si estenda anche a persone dello stesso sesso con figli.

Può costituire un ulteriore riferimento utile il fatto che nelle ordinanze del Tribunale di Milano e di Catania del 2010, in cui per la prima volta sono state sollevate le questioni di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa¹⁴, venga citato anche l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Nell'ordinanza di Catania, in particolare si legge "Si ricordi, infatti che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000 – che ha la stessa efficacia dei Trattati istitutivi – all'art. 7 prevede che "ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare".

8. La pronuncia della Corte costituzionale si caratterizza quale decisione dichiarativa dell'incostituzionalità del divieto assoluto di fecondazione

13 Per uno sguardo alle modalità di disciplina e di approccio dei principali paesi europei cfr M. P. COSTANTINI, *La donazione dei gameti nel dibattito giuridico europeo* in A. BARENGHI, *Procreazione assistita e tutela della persona*, 2011, Cedam.

14 Il primo «blocco» di ordinanze di rimessione sono del Tribunale di Firenze, 1-13 settembre 2010; del Tribunale di Catania 21 ottobre 2010, del Tribunale di Milano 2 febbraio 2011

eterologa, come disciplinato ai sensi della legge n. 40 del 2004. Sul punto è importante immediatamente chiarire che la Corte ha potuto eliminare la norma in questione sia per il contenuto non vincolante della Legge (sebbene costituzionalmente necessaria¹⁵) sia per l'insussistenza di un vuoto normativo.

Come è specificato in più passaggi della decisione, la stessa Legge n. 40 del 2004 contiene norme di tutela di tutti i soggetti coinvolti per cui risultano già disciplinati *molti dei profili di più pregnante rilievo* e tra queste norme rilevano anche i cd «paletti» ossia i confini all'interno dei quali la donazione dei gameti è consentita.

Afferma infatti la Corte che permangono *«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 (art. 12, commi da 2 a 10, della legge n. 40 del 2004). Queste norme 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»*.

Di conseguenza, la donazione dei gameti è ammessa solo ai soggetti che posseggono i requisiti soggettivi di accesso alle tecniche di procreazione artificiale e sarà vietata a single, coppie omosessuali, a donne non in età fertile (art. 5); le procedure dovranno seguire le disposizioni in materia di consenso informato (art. 6); si conferma la regolamentazione dello *status* giuridico del nato da fecondazione di tipo eterologo (artt. 8 e 9), come la regola dell'anonimato del donatore.

La Corte costituzionale prosegue, precisando come, anche con riferimento ad alcuni aspetti peculiari e propri 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 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 [...])»*. Analogamente, vale per quanto attiene alla controversa questione del numero di donazioni.

Si applicano quindi le garanzie previste dal decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 191, recante, *Attuazione della direttiva 2004/23/CE sulla defi-*

15 Cfr. sent. n. 45 del 2005 si tratta della pronuncia di ammissione dei referendum abrogativi della L. 40/2004.

nizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umane.

In questo senso, ben possono essere utilizzare le Linee Guida, previste a norma dell'art. 7, l. n. 40 del 2004, in cui saranno contenute le direttive che devono essere emanate per l'esecuzione della disciplina e che dovranno recepire l'eliminazione del divieto.

9. Venendo ai profili di illegittimità costituzionale del divieto assoluto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, la Corte costituzionale ne sancisce, 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. *«La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, – afferma la Corte – 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».* Assicurare le giuste esigenze della procreazione – come richiamato dalla precedente e già richiamata sentenza n. 151/2009 – significa, allora, bilanciare il diritto della coppia, assolutamente sterile o infertile, di scegliere liberamente se avere dei figli e se avvalersi, a tali fini, delle tecniche di tipo eterologo, con gli ulteriori valori e interessi costituzionali in gioco. Il divieto assoluto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, viceversa, frustra irrimediabilmente la libertà della coppia di scegliere se diventare genitori; una libertà che la Corte costituzionale ha ribadito ricevere copertura costituzionale.

9.1. Si può affermare che tutta la decisione della Corte Costituzionale sia incentrata sul dare rilevanza al diritto alla salute. Appaiono quindi di rilievo anche per la innovatività alcune espressioni in essa contenute. Innanzitutto, il divieto assoluto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo si traduce in una lesione del diritto fondamentale alla salute, art. 32 Cost., da intendere, così come recepito dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, comprensivo tanto della salute fisica, quanto di quella psichica. Accogliendo una simile accezione di salute, non assumono alcun rilievo le differenze intercorrenti tra tecniche di fecondazione medicalmente assistita, di tipo omologo, da un lato, di tipo eterologo, dall'altro, in quanto è l'impossibilità procreativa stessa a riverberarsi negativamente sulla salute della coppia.

Sempre in relazione al diritto alla salute ed in linea con la sua giurisprudenza pregressa in materia, la Corte costituzionale avverte del fatto che il legislatore incontra il “limite del rispetto - nei casi di patologie produttive di una disabilità (come è il caso di chi ricorre alla PMA eterologa) - *«di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati»* e 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»*.

In tale ambito, pertanto e richiamando la sentenza 151/2009, *«la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali [...] Non 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»*.

9.2. Il divieto assoluto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo manca, quindi, 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»*.

La Corte costituzionale accerta, poi, la violazione dell'art. 3 Cost., sotto il profilo dell'irragionevolezza del divieto, precisando 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»*.

E afferma ulteriormente che – come già accennato – il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indi-

pendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione. La considerazione che quest'ultimo mira prevalentemente a garantire una famiglia ai minori (come affermato da questa Corte sin dalla sentenza n. 11 del 1981) rende, comunque, evidente che il *«dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa»*.

In linea con la legislazione vigente in materia di adozione e sebbene si sia infranto il dogma della segretezza dell'identità dei genitori, è opportuno considerare la peculiarità della materia della procreazione medicalmente assistita al fine di operare ragionevole bilanciamento di tutti gli interessi in gioco. A questo proposito, la Corte costituzionale richiama nella pronuncia in esame la sentenza n. 278 del 2013, in cui rivolgeva un invito al legislatore a introdurre disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta compiuta dalla madre naturale e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato.

9.3. Un ultimo profilo attiene, infine, alla c.d. discriminazione, lesiva dell'art. 3 Cost., fondata sulle capacità o possibilità economiche delle coppie. La Corte costituzionale richiama il fenomeno, tristemente noto come «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 ravvisa 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. *«Questa – rileva il Giudice costituzionale – 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»*.