

LA FECONDAZIONE ETEROLOGA E IL DIRITTO DI PROCREARE DELLE COPPIE STERILI O INFERTILI

Sommario: 1. Il vuoto legislativo sulle questioni di inizio vita e il suo superamento. – 2. Il divieto assoluto di accedere alla fecondazione eterologa previsto dalla legge n. 40 del 2004 e il fallimento della consultazione referendaria del 2005. – 3. La sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014 e il riconoscimento alle coppie sterili o infertili del diritto di provare a vivere l'esperienza della genitorialità, ricorrendo alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. – 4. L'inutilità di una nuova legge in materia di fecondazione eterologa e la necessità che il diritto alla procreazione venga rapidamente garantito alle coppie sterili o infertili.

1. La procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo è una tecnica che consente di avere un figlio tramite l'utilizzo di gameti provenienti da donatori esterni alla coppia¹. Grazie ad essa, quindi, possono provare a vivere l'esperienza della procreazione anche le coppie che hanno gravi problemi di sterilità o infertilità².

Come è noto, nel nostro Paese la tecnica in parola è in uso sin dagli anni ottanta del secolo passato, ma è soltanto dal 2004 che è stata disciplinata dal legislatore statale³. Non sfugge, infatti, che, prima dell'entrata

1 A giudizio di C. FLAMIGNI, *Il secondo libro sulla sterilità. La fecondazione assistita*, Torino, 2008, 468 ss., per definire più correttamente la tecnica in esame si dovrebbe utilizzare l'espressione "donazione di gameti".

2 In proposito v., fra gli altri, A. DE SANTIS, *La fecondazione eterologa nel quadro legislativo e giurisprudenziale italiano*, in M. De Tilla, L. Militeri, U. Veronesi (a cura di), *Fecondazione eterologa*, Torino, 2015, 208.

3 Secondo F. PASTORE, *Il diritto di procreare: orientamenti di giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 1/2017, 6, «la difficoltà di pervenire all'approvazione di norme legislative nella materia in esame dipende principalmente da due ragioni: il confronto parlamentare su materie di stretta coscienza come quella in esame si presta a generare confronti dialettici serrati e talvolta aspri, difficilmente riconducibili a logiche di schieramento, sicché la maggioranza preferisce spesso rinviare le decisioni per evitare spaccature al suo interno; il frequente ricorso alle elezioni anticipate ostacola la conclusione di procedimenti legislativi che richiedono ampi e approfonditi dibattiti».

in vigore della legge n. 40 del 2004⁴, i riferimenti normativi in tema di fecondazione eterologa erano unicamente costituiti da talune circolari ministeriali⁵ e dal Codice di deontologia medica⁶.

In assenza di una legge in materia, è stata, dunque, la giurisprudenza a svolgere un'attività "creativa" del diritto⁷ e a riuscire, in più occasioni, a sopperire ai vuoti di tutela e alle urgenze del corpo elettorale⁸.

A ben guardare, nelle situazioni di carenza legislativa è proprio il giudice a dover ricavare dall'ordinamento le regole da applicare al caso concreto, al fine di tutelare i beni costituzionali coinvolti⁹. Va, però, considerato che l'attivismo del giudice non può mai compensare in maniera efficace l'assenza di disciplina legislativa¹⁰ perché, ogni qual volta un'autorità giurisdizionale individui una sua regola da applicare al caso concreto, può ben capitare che la stessa regola venga «miconosciuta da altra autorità giurisdizionale»¹¹. In altre parole, in un sistema di *civil law* come il nostro, non si può investire i giudici del ruolo di decisori

4 Su tale legge v., fra i tanti, M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. dir.*, 2004, 453 ss.; C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della Legge 40/2004, recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 501 ss.; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2004, 523 ss.

5 Le circolari del ministro della sanità utilizzate come normativa in tema di fecondazione eterologa erano tre: quella del 1° marzo 1985, quella del 27 aprile 1987 e quella del 10 aprile 1992.

6 Il Codice di deontologia medica preso in considerazione era quello del 1988.

7 Al riguardo v. A. DE SANTIS, *op. cit.*, 210 ss. Sulla giurisprudenza antecedente alla legge n. 40, ma relativa alle diverse tecniche di procreazione medicalmente assistita v., fra i tanti, P. VIPIANA, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di procreazione medicalmente assistita, prima e dopo la legge n. 40/2004*, in R. Balduzzi (a cura di), *Cittadinanza, Corti e salute*, Padova, 2007, 279 ss.

8 In tal senso M. SALVETTI, *La fecondazione eterologa in Europa: un'analisi comparata*, in M. De Tilla, L. Militeri, U. Veronesi (a cura di), *Fecondazione eterologa*, cit., 110.

9 Particolarmente chiara, sul punto, è stata la Corte costituzionale nella sentenza n. 347 del 1998. Non sfugge, infatti, che in tale pronuncia ha sottolineato che, in una situazione di carenza legislativa, spetta all'autorità giurisdizionale ricercare nel sistema normativo l'interpretazione capace di assicurare la protezione dei beni costituzionali coinvolti.

10 Sul punto v., fra gli altri, C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *BioLawJournal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, 84 ss.

11 In questi termini si è espresso A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016, 35-36.

politici¹², perché questi non sono istituzionalmente in grado di garantire la certezza del diritto, la parità di trattamento e la tutela del nucleo essenziale delle libertà fondamentali coinvolte¹³.

Si può, allora, sostenere che, con l'approvazione della legge n. 40, i parlamentari hanno avuto il merito di colmare un vuoto legislativo sulle questioni di inizio vita¹⁴ e non desta alcuno stupore che la Corte costituzionale abbia sottolineato la natura "costituzionalmente necessaria" di tale legge¹⁵, ricordando che la stessa rappresenta la prima legislazione organica relativa ad un settore molto delicato, che «coinvolge una pluralità di interessi costituzionali»¹⁶.

2. Abbiamo visto che, con l'approvazione della legge n. 40, è finalmente venuta meno la totale incertezza del diritto sulle questioni dell'inizio vita. È sotto gli occhi di tutti, però, che l'entrata in vigore di tale legge ha danneggiato in maniera significativa le persone che avevano più necessità di ricorrere alla fecondazione eterologa¹⁷. Non si può, infatti, ignorare che l'articolo 4, comma 3 della legge ha espressamente vietato a tutti l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo e, così facendo, ha impedito di provare a vivere l'esperienza della procreazione alle coppie totalmente sterili o infertili¹⁸.

12 Cfr. M. DOGLIANI, *I diritti fondamentali*, in M. Fioravanti (a cura di), *Il valore della Costituzione*, Roma-Bari, 2009, 57.

13 COSÌ A. PATRONI GRIFFI, *op. cit.* 35. Del medesimo avviso paiono essere anche A. D'ALOIA, *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, in Id. (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, XVI e C. TRIPODINA, *op. ult. cit.*, 84-85.

14 In tal senso A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in www.rivistaaic.it, n. 3/2015, 28.

15 Questa valutazione è stata fatta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 45 del 2005. Su tale pronuncia v. G. MONACO, *Il referendum per l'abrogazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita di fronte al limite delle "leggi costituzionalmente necessarie"*, in *Giur. cost.*, vol. I, 2005, 351 ss. ed E. LAMARQUE, *Referendum sulla procreazione assistita: l'inammissibilità del quesito totale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2005, 382 ss.

16 Corte costituzionale, sentenza n. 45 del 2005, punto 6 del considerato in diritto.

17 Cfr. P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in www.forumcostituzionale.it, 13.

18 Aderendo a quanto acutamente rilevato da C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confrontocostituzionali.eu, 1, va tenuto presente che, dal combinato disposto degli articoli 1 e 4, sembra quasi che, per accedere alla fecondazione eterologa, «era necessario essere sterili sì, ma non troppo».

Occorre, poi, segnalare che quest'atteggiamento di chiusura del nostro legislatore emerge anche dall'impianto sanzionatorio che ha predisposto a corredo del divieto di cui all'articolo 4¹⁹. Ciò risulta evidente ove si consideri che l'articolo 12 della legge ha previsto, a carico del medico che pratici la fecondazione eterologa, il pagamento di una sanzione pecuniaria la cui entità è davvero rilevante²⁰.

È chiaro, insomma, che il decisore politico del 2004 ha osteggiato l'accesso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo e, così facendo, ha dimostrato di aver aderito ad una concezione esclusivamente biologica della filiazione²¹ e di aver fatto propria la teoria – invero mai dimostrata – in base alla quale il ricorso alla tecnica in parola lederebbe l'integrità psico-sociale del nascituro²².

Non può, inoltre, sfuggire che, con le sue scelte, il legislatore non ha considerato il diritto di procreare come un diritto costituzionalmente rilevante, che può essere tutelato anche grazie all'utilizzo delle diverse soluzioni mediche fornite dalla scienza²³, ma lo ha delineato alla stregua di un mero interesse, destinato a ricevere tutela normativa solo se non in

19 In proposito si rinvia a E. DOLCINI, *Il divieto di fecondazione assistita "eterologa" in attesa di giudizio*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 353.

20 Bisogna, infatti, ricordare che la disposizione in esame ha previsto il pagamento di una sanzione pecuniaria che va dai 300000 ai 600000 euro, sanzione che, oltre tutto, è di gran lunga superiore a quella comminata a quanti adoperano le tecniche di procreazione medicalmente assistita in assenza dei presupposti codificati.

21 Così A. DE SANTIS, *La fecondazione eterologa nel quadro legislativo e giurisprudenziale italiano*, cit., 217. Secondo l'autore, il legislatore del 2004 sembra quasi aver riportato l'ordinamento giuridico italiano ad una concezione della filiazione che da molti era ritenuta superata in virtù dell'entrata in vigore della legge n. 184 del 1983 sull'adozione. Non sfugge, infatti, che, quella in parola è una legge «che tende alla parificazione della posizione giuridica del figlio adottato rispetto a quella rivestita dal figlio naturale». Sul punto v. anche F. BUZZI, G. TASSI, *La procreazione medicalmente assistita. Normativa, giurisprudenza e aspetti medico legali*, Milano, 2011, 157.

22 Al riguardo v., fra gli altri, M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della cd. fecondazione eterologa*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, 15.

23 Agendo in questo modo, il legislatore non ha tenuto conto del fatto che, nella sentenza n. 332 del 2000, la Corte costituzionale aveva già riconosciuto il diritto di procreare come diritto fondamentale dell'uomo. Su tale decisione e, più in generale, sul rilievo costituzionale del diritto di procreare v. F. PASTORE, *Il diritto di procreare: natura, titolarità e limiti*, in V. Baldini (a cura di), *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, Torino, 2004, 159 ss.

contrasto «con ulteriori interessi ritenuti preminenti in base ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico»²⁴.

Va, tuttavia, ricordato che il divieto di ricorrere alla fecondazione eterologa è stato, sin da subito, fortemente criticato dalla dottrina maggioritaria²⁵ e che la previsione di questo e di altri divieti assoluti e generali ha spinto vari studiosi a considerare parecchie disposizioni della legge n. 40 troppo marcate ideologicamente ed in contrasto con l'impianto pluralista accolto in Costituzione²⁶.

Bisogna, poi, tener presente che, nei mesi successivi all'entrata in vigore della legge, sono state presentate cinque richieste di referendum abrogativi²⁷ – una totale e quattro parziali – e che una di esse ha riguardato proprio il divieto di accedere alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, considerato dai promotori referendari una inaccettabile ingerenza dello Stato in scelte riservate al singolo, peraltro fondata su argomentazioni prive di supporto scientifico²⁸.

Come è noto, il referendum in parola è stato dichiarato ammissibile dalla Corte costituzionale che, con la sentenza n. 49 del 2005, ha pure chiarito che l'eventuale eliminazione del divieto di fecondazione eterologa non avrebbe determinato alcun vuoto normativo²⁹.

24 In questo modo si è espresso A. DE SANTIS, *op. cit.*, 222.

25 P. VERONESI, *op. ult. cit.*, 1, ha, inoltre, osservato che la previsione di un simile divieto non è presente negli ordinamenti giuridici della maggior parte dei Paesi membri dell'Unione Europea. Su tale argomento v. C. NARDOCCI, *La fecondazione di tipo eterologo e le soluzioni accolte in alcuni ordinamenti giuridici di Stati membri dell'Unione Europea*, in M. D'Amico, M.P. Costantini (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto di "fecondazione eterologa"*, Milano, 2014, 337 ss. e M. SALVETTI, *La fecondazione eterologa in Europa: un'analisi comparata*, *cit.*, 114 ss.

26 Tra i diversi studiosi che hanno manifestato tali perplessità ricordiamo A. CELOTTO, *Legge sulla procreazione medicalmente assistita: quanti dubbi di costituzionalità*, in www.forumcostituzionale.it, 1 ss.; M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, *cit.*, 453 ss.; C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della Legge 40/2004, recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, *cit.*, 501 ss.

27 Su tali richieste e sull'intera vicenda referendaria relativa alla legge n. 40 del 2004 si rinvia al lavoro di M. Ainis (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, Milano, 2005.

28 Cfr. A. DE SANTIS, *La fecondazione eterologa nel quadro legislativo e giurisprudenziale italiano*, *cit.*, 223.

29 In particolare, in tale sentenza il giudice delle leggi ha sottolineato che, con l'eventuale abrogazione delle disposizioni oggetto della consultazione referendaria, non si sarebbero create lacune nell'ordinamento e non sarebbe venuto meno «il livello minimo di tutela costituzionalmente necessario».

La consultazione referendaria è, tuttavia, fallita per il non raggiungimento del *quorum* strutturale, data la mancata partecipazione al voto della maggior parte degli aventi diritto³⁰.

Per le coppie totalmente sterili o infertili la compressione del diritto alla procreazione è stata, dunque, confermata dal voto popolare³¹ e solo le coppie dotate di mezzi economici non trascurabili hanno potuto continuare a coltivare la speranza di diventare genitori, recandosi in quei Paesi nei quali l'accesso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo era lecito³².

3. Dopo l'esito del referendum, il dibattito sul divieto assoluto di accedere alla fecondazione eterologa non si è esaurito e, nel corso degli anni, sono stati presentati più disegni di legge diretti a far venir meno il divieto in parola³³. Nessuna di tali iniziative legislative ha, però, avuto successo e, per diverso tempo, a tante coppie è stato impedito di provare a vivere l'esperienza della procreazione³⁴.

Come sappiamo, a questa situazione ha posto rimedio la Corte costituzionale che, con la sentenza n. 162 del 2014, ha dichiarato illegittime le disposizioni della legge n. 40 che vietano l'accesso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo anche alle coppie alle quali «sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili»³⁵.

30 Sulle cause del mancato raggiungimento del *quorum* v., per tutti, C. FLAMIGNI, M. MORI, *La fecondazione assistita dopo dieci anni di legge 40*, Torino, 2014, 68 ss.

31 Cfr. M. CASINI, C. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'adozione per la nascita*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, 136.

32 Secondo P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, cit., 13, il legislatore del 2004, ammettendo che le coppie potevano praticare altrove quanto vietato in Italia, suggeriva come oltrepassare i divieti da esso stesso previsti.

33 Su tali iniziative legislative si rinvia a M. D'AMICO, *op. cit.*, 16.

34 Cfr. A. COSSIRI e G. DI COSIMO (a cura di), *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, Roma, 2013.

35 Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014, punto 13 del considerato in diritto. Diversi sono i contributi dedicati alla pronuncia in esame. In questa sede ci limitiamo a segnalare quelli di A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *www.giurcost.org*, 1 ss.; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *www.forumcostituzionale.it*, 1 ss.; A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa, ma chiude, dopo averlo preannunciato, al "dialogo" con la Corte Edu*, in *www.forumcostituzionale.it*, 1 ss.; G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo:*

Nella pronuncia in esame la Corte, dopo aver fatto presente che la fecondazione eterologa incide su più interessi di rango costituzionale che necessitano tutti di un minimo di tutela legislativa³⁶, ha sottolineato che il divieto assoluto di utilizzarla non è compatibile con il nostro testo fondamentale³⁷. A suo giudizio, infatti, tale divieto si pone in contrasto con l'esigenza di tutelare due diritti costituzionalmente rilevanti: quello di provare a diventare genitori e formare una famiglia con figli, che è un'espressione della libertà di autodeterminarsi ed è riconducibile agli articoli 2, 3 e 31 del testo fondamentale³⁸ e quello alla salute sia fisica che psichica dell'individuo, che è previsto dall'articolo 32 della Costituzione³⁹.

Con riferimento al primo dei diritti lesi dal divieto, il giudice delle leggi ha chiarito che la determinazione di avere o meno un figlio riguarda la sfera più intima della persona e, per questa ragione, è incoercibile anche per le coppie assolutamente sterili o infertili che decidono di provare a vivere l'esperienza della genitorialità ricorrendo alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo⁴⁰.

Relativamente al secondo dei diritti sacrificati dal divieto, la Corte, dopo aver ricordato che, per l'articolo 32 della Costituzione, il diritto alla salute è comprensivo anche della salute psichica, ha fatto presente che l'impossibilità di formare una famiglia con figli attraverso la

come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014, in www.giurcost.org, 1 ss.

36 Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014, punto 5 del considerato in diritto. Secondo M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della cd. fecondazione eterologa*, cit., 23, da questa premessa emerge l'impostazione laica accolta dalla Corte, che si pone «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».

37 Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014, punto 6 del considerato in diritto.

38 A giudizio di S. PENASA, *op. cit.*, 4, rispetto a tale diritto «risulta di particolare rilievo la assonanza argomentativa con l'approccio della Corte EDU, che utilizza la medesima espressione (qualificandola esplicitamente in termini di "diritto di diventare genitori") al fine di ricondurre la sfera procreativa al concetto di "vita privata e familiare" protetto dall'articolo 8 CEDU».

39 Cfr. C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, cit., 1.

40 Secondo A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, cit., 21, il giudice delle leggi ha ritenuto che l'accesso alla fecondazione eterologa rientra «nel contenuto della libera determinazione di procreare della coppia ed è espressione della libertà di autodeterminazione della stessa». Sulla configurabilità dell'autodeterminazione come diritto costituzionale v., fra gli altri, S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in www.forumcostituzionale.it, 1 ss.

procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo può incidere in maniera significativa sulla salute dei membri della coppia⁴¹. A suo giudizio, infatti, dato che la sterilità e l'infertilità assolute possono determinare gravi problemi di tipo psicologico, vietare l'accesso all'unica tecnica che potrebbe risolvere tali problemi equivale a ledere la salute del soggetto interessato⁴².

Nella sentenza in esame sono stati, dunque, individuati i diritti costituzionali sui quali va ad incidere il divieto di accedere alla fecondazione eterologa, ma il giudice della legge ha precisato che, per considerare illegittimo tale divieto, bisogna anche verificare «se l'assolutezza che lo connota sia l'unico mezzo per garantire la tutela di altri valori costituzionali coinvolti dalla tecnica in esame»⁴³.

Secondo la Corte, il solo interesse che potrebbe giustificare l'assolutezza del divieto è quello della persona nata grazie alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, perché potenzialmente danneggiata dal rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale e dall'eventuale mancata tutela del diritto a conoscere la propria identità genetica⁴⁴.

Quanto al possibile rischio di danno alla salute psichica dei nati da eterologa, nella pronuncia non si dice alcunché. È noto, però, che l'unico studio promosso in materia dall'Organizzazione Mondiale della Sanità ha dimostrato che la cd. frattura delle figure parentali non ha mai causato disturbi di natura psico-sociale nei bambini venuti alla luce attraverso il ricorso alla tecnica in questione⁴⁵.

41 Su quest'orientamento della Corte v. A. VALLINI, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 835.

42 Cfr. C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, cit., 81-82.

43 Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014, punto 8 del considerato in diritto. Al riguardo v., fra gli altri, P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, cit., 8-9.

44 Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014, punto 10 del considerato in diritto. A giudizio di A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, cit., 123, nella sentenza vi poteva essere un riferimento anche agli embrioni umani che sono appositamente creati ai fini della fecondazione eterologa. Secondo l'autore, infatti, la considerazione dello specifico interesse dell'embrione a proseguire il suo processo vitale «non giustifica di per sé un divieto assoluto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, ma è idoneo a costituire fondamento del divieto legislativo in altri casi e per altre finalità che non rispondono alla tutela del diritto alla salute o di altri diritti e interessi costituzionali».

45 In proposito v. M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della cd. fecondazione eterologa*, cit., 15.

Maggiore attenzione il giudice delle leggi ha, invece, dedicato al diritto a conoscere la propria identità genetica⁴⁶. Nella sentenza si è, infatti, ricordato che tale diritto è stato già oggetto di regolazione nel nostro ordinamento, in quanto la legge n. 184 del 1983 in materia di adozione ha stabilito che la segretezza dell'identità dei genitori biologici non è un requisito imprescindibile per la coesione della famiglia adottiva⁴⁷ ed ha precisato che, nei casi e nei modi previsti dal legislatore, i genitori adottivi e la persona adottata possono ottenere informazioni sull'identità dei genitori biologici⁴⁸.

Va, tuttavia, considerato che i donatori di gameti sono difficilmente assimilabili ai genitori naturali dell'adottato⁴⁹ e che, anche per la legge n. 40, non hanno alcuna relazione giuridica parentale con il nato da eterologa⁵⁰. Esclusa, dunque, una qualsiasi forma di responsabilità del donatore nei confronti di chi viene alla luce grazie alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, risulta evidente che il diritto di quest'ultimo a conoscere le proprie origini genetiche debba essere disciplinato in modo diverso «rispetto ai casi in cui ci sia stata una effettiva separazione dai genitori naturali»⁵¹ e non possa determinare il totale sacrificio della *privacy* del donatore⁵².

A questo riguardo, la Corte ha opportunamente fatto presente che, in assenza di una normativa specifica, una regolamentazione equilibrata dei

46 Come è noto, tale diritto è sicuramente un diritto fondamentale, previsto come tale dall'articolo 7 della Convenzione internazionale dei diritti del fanciullo. Va, però, tenuto presente che nel medesimo articolo si è opportunamente precisato che il diritto in questione va protetto «nella misura del possibile».

47 Tale previsione è contenuta nell'articolo 28, comma 5 della legge n. 184 del 1983.

48 Questa precisazione è presente nell'articolo 28, comma 4 della legge n. 184 del 1983, così come modificato dall'articolo 100, comma 1, lettera p del decreto legislativo n. 154 del 2013. Occorre, poi, ricordare che, in sintonia con la riforma del 2013, la Corte costituzionale ha chiarito, nella sentenza n. 278 del 2013, che l'anonimato del genitore naturale può sempre essere rimosso. Su tale sentenza v. E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra CEDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in www.rivistaaic.it, 1 ss.

49 Così A. MUSUMECI, «*La fine è nota*». Osservazioni a prima lettura alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa, in www.rivistaaic.it, 8.

50 Sul punto si rinvia a quanto stabilito dall'articolo 9, comma 3 della legge 40 del 2004.

51 In questi termini si è espressa A. MUSUMECI, *op. cit.*, 8.

52 Come ha osservato P. VERONESI, *op. ult. cit.*, 11, anche il diritto del nato da eterologa a conoscere le proprie origini genetiche non è illimitato e «va dunque calibrato in rapporto agli altri diritti con i quali può venire in collisione».

diritti del donatore di gameti e del nato da eterologa è desumibile dal decreto legislativo n. 191 del 2007⁵³. Tale decreto, infatti, nel disciplinare la donazione dei tessuti e delle cellule, ha stabilito che al donatore deve essere garantito il pieno anonimato, ma ha anche previsto che è sempre possibile accedere alle sue informazioni mediche e ciò soprattutto se sussiste un concreto pericolo per la vita o la salute del nato⁵⁴.

Non sorprende, allora, che i giudici della Consulta siano arrivati alla conclusione che il divieto assoluto di accedere alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo va annullato non soltanto perché è lesivo della fondamentale libertà della coppia destinataria della legge n. 40 di formare una famiglia con figli, ma anche perché la sua assolutezza non è giustificata da esigenze di tutela del nato che sono già garantite in modo congruo ed è unicamente il risultato di un bilanciamento tra interessi del tutto irragionevole⁵⁵.

4. Abbiamo osservato che, con la sentenza n. 262 del 2014, la Corte costituzionale ha chiarito che il diritto di procreare è un diritto inviolabile della persona riconducibile agli articoli 2, 3, 31 e 32 del testo fondamentale e che, quindi, di tale diritto non possono non esserne titolari anche i componenti di coppie che soffrono di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili.

Con la decisione in esame le disposizioni della legge n. 40 sulla fecondazione eterologa sono state, dunque, ricondotte nell'alveo della Costituzione⁵⁶ ed è stato eliminato un palese elemento di irrazionalità interno alla legge stessa⁵⁷, ove si consideri che quest'ultima intendeva «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dall'infertilità umana»⁵⁸, ma, al medesimo tempo, impediva la formazione di una famiglia con figli proprio alle coppie affette dalle patologie più gravi⁵⁹.

53 Con il decreto in parola è stata data attuazione alla direttiva CE n. 23 del 2004, che ha definito le 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.

54 Al riguardo v., fra gli altri, A. MUSUMECI, *“La fine è nota”. Osservazioni a prima lettura alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa*, cit., 9.

55 Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014, punto 13 del considerato in diritto.

56 Così, fra i tanti, M. D'AMICO, *op. cit.*, 34.

57 In proposito v., fra gli altri, C. TRIPODINA, *op. ult. cit.*, 82-83.

58 Legge n. 40 del 2004, articolo 1, comma 1.

59 Abbiamo già visto che tale previsione è contenuta nell'articolo 4, comma 3 della legge in questione.

Dalla lettura della pronuncia pare, poi, evidente che l'annullamento del divieto assoluto di accedere alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo non ha determinato alcun vuoto normativo⁶⁰, perché sono vigenti diverse disposizioni che disciplinano «molti dei profili di più pregnante rilievo»⁶¹. Non si può, infatti, ignorare che i giudici della Consulta hanno fatto presente che sono utilizzabili per la fecondazione eterologa sia i principi discendenti dal decreto legislativo n. 191 del 2007 sull'anonimato del donatore e la gratuità della donazione, sia numerose disposizioni della legge 40⁶². In particolare, con riferimento a queste ultime, la Corte ha ritenuto sicuramente utilizzabili per l'eterologa la disposizione che considera possibile ricorrere alla procreazione medicalmente assistita solo se non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità e solo se sia stato accertato il carattere assoluto delle stesse⁶³; la disposizione che riserva l'accesso alle tecniche di fecondazione artificiale alle sole coppie maggiorenni ed eterosessuali, che siano coniugate o conviventi e che abbiano un'età potenzialmente fertile⁶⁴; la disposizione che si occupa di consenso informato⁶⁵ e quella sulle strutture autorizzate a praticare la procreazione assistita⁶⁶; le disposizioni a tutela del nato che vietano il disconoscimento di paternità e l'anonimato della madre⁶⁷ e quella che stabilisce che il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuri-

60 A. DE SANTIS, *La fecondazione eterologa nel quadro legislativo e giurisprudenziale italiano*, cit., 257-258, ha puntualmente ricordato che l'Avvocatura dello Stato aveva sostenuto l'incoercibilità del divieto di accedere alla fecondazione eterologa, sottolineando che il suo abbattimento avrebbe provocato pericolosi vuoti normativi, non colmabili dalla giurisprudenza costituzionale, ma «soltanto tramite il concreto dispiegarsi della discrezionalità legislativa, inevitabilmente destinata a sprigionarsi entro il dibattito parlamentare tra maggioranza e minoranza».

61 Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014, punto 11 del considerato in diritto.

62 Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014, punti 11 e 12 del considerato in diritto. Non va, inoltre, dimenticato che, subito prima di soffermarsi sulle diverse disposizioni attualmente utilizzabili per l'eterologa, la Corte ha chiarito che il potere di dichiarare l'incostituzionalità delle leggi non può essere ostacolato da una carenza legislativa derivante dall'esercizio di tale potere. Diversamente, infatti, si determinerebbe «una lesione intollerabile per l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato, soprattutto quando risulti accertata la violazione di una libertà fondamentale, che non può mai essere giustificata con l'eventuale inerzia del legislatore ordinario».

63 Cfr. legge n. 40 del 2004, articolo 1, comma 2.

64 Cfr. legge n. 40 del 2004, articolo 5, comma 1.

65 Cfr. legge n. 40 del 2004, articolo 6.

66 Cfr. legge n. 40 del 2004, articolo 10.

67 Cfr. legge n. 40 del 2004, articolo 9, commi 1 e 2.

dica parentale con chi viene alla luce grazie alla fecondazione artificiale e «non può far valere nei suoi confronti alcun diritto»⁶⁸.

Non vi è dubbio, allora, che la sentenza del 2014 ha chiarito che non vi è alcun bisogno di un nuovo provvedimento legislativo in materia di fecondazione eterologa, perché la legislazione vigente già impone di assicurare l'immediato accesso alla tecnica in parola⁶⁹ e perché, a giudizio della Corte, i problemi non affrontati a livello legislativo, il più importante dei quali attiene al numero di donazioni da consentire, possono essere tranquillamente risolti con un aggiornamento delle Linee guida o con l'adozione di decreti ministeriali⁷⁰.

Va, tuttavia, segnalato che, subito dopo la pronuncia della sentenza, il Ministro della salute Beatrice Lorenzin ha presentato un progetto di decreto legge volto a disciplinare alcuni aspetti dell'accesso all'eterologa ritenuti non coperti dalla legislazione in vigore⁷¹. Agendo in questo modo, l'esponente dell'Esecutivo ha dimostrato di non voler tener conto della giurisprudenza costituzionale e se è vero che l'approvazione del suo decreto è stata bloccata in seno al Consiglio dei Ministri, è pur vero che anche quest'ultimo ha preferito ignorare i contenuti della sentenza n. 162, ritenendo che su una materia tanto caratterizzata da un punto di vista etico «si dovesse pronunciare il Parlamento»⁷².

Il nostro Governo non si è, quindi, preoccupato del fatto che i giudici della Consulta avevano escluso la sussistenza di un vuoto normativo in tema di accesso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo e, rimettendo alle Camere la regolamentazione della materia, ha impedito alle coppie sterili o infertili di esercitare, in tempi rapidi, il loro diritto a cercare di formare una famiglia con figli nel nostro Paese⁷³.

68 Cfr. legge n. 40 del 2004, articolo 9, comma 3.

69 Sul punto v., per tutti, M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della cd. fecondazione eterologa*, cit., 34.

70 Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014, punto 12 del considerato in diritto. Per un diverso e discutibile orientamento v. M. CASINI, C. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'adozione per la nascita*, cit., 140.

71 Sui contenuti del decreto si rinvia a M. D'AMICO, *op. cit.*, 33. A suo giudizio, l'utilizzo di un simile strumento normativo destava parecchie perplessità, ma l'impostazione del decreto e i suoi contenuti «erano da valutarsi molto positivamente».

72 In questi termini si è espresso P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, cit., 15.

73 L'Esecutivo ha, dunque, costretto le coppie totalmente sterili o infertili a continuare a recarsi all'estero per poter accedere all'eterologa e, così facendo, ha dimostrato di voler ignorare anche quella parte della sentenza del 2014 che contestava alla

Di fronte a questa situazione, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome ha predisposto un documento di indirizzo sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa particolarmente attento a quanto stabilito dalla Corte⁷⁴. Non sfugge, infatti, che l'obiettivo dichiarato del documento di indirizzo è stato quello di rendere immediatamente esigibile in tutto il territorio nazionale il diritto delle coppie sterili o infertili a provare a vivere l'esperienza della procreazione⁷⁵.

Per raggiungere tale obiettivo la Conferenza, oltre ad aver sottolineato l'urgente necessità che tutte le tecniche di procreazione assistita vengano inserite nel decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri di adeguamento dei livelli essenziali di assistenza⁷⁶, ha disciplinato alcuni aspetti dell'eterologa non coperti da previsioni normative⁷⁷. In particolare, ha fissato dei criteri per la selezione dei donatori⁷⁸, ha chiarito che la donazione dei gameti è un atto volontario e gratuito⁷⁹, ha vietato ai pazienti di scegliere le caratteristiche fenotipiche del donatore onde evitare illegittime selezioni eugenetiche⁸⁰ e, non da ultimo, ha indicato un limite alle donazioni effettuabili, prevedendo che ogni donatore non possa determinare più di dieci nascite⁸¹.

legge n. 40 di trattare in modo indiscriminatamente più favorevole le coppie con maggiori possibilità economiche.

74 Come è noto, la Conferenza ha utilizzato, come modello del suo documento di indirizzo, una delibera della Toscana del 28 luglio 2014, con la quale tale Regione aveva regolato i vari aspetti della procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo non ancora disciplinati a livello legislativo.

75 Così A. DE SANTIS, *op. cit.*, 262.

76 Su tale necessità cfr. F. PASTORE, *Il diritto di procreare: orientamenti di giurisprudenza costituzionale*, cit., 20-21.

77 Per una puntuale ricostruzione del documento di indirizzo e dei suoi contenuti si rinvia a R. VILLANI, *La caduta del divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo: le ragioni della sua incostituzionalità e i successivi "indirizzi operativi" della Conferenza delle Regioni*, in *Studium iuris*, 2014, 1252 ss.

78 In proposito va ricordato che la Conferenza ha precisato che possono donare propri gameti soltanto gli uomini che abbiano un'età compresa tra i diciotto e i quaranta anni e soltanto le donne che abbiano un'età compresa tra i venti e i trentacinque anni.

79 Nel documento di indirizzo si legge, infatti, che l'unico scopo della donazione dei gameti è quello di giovare alla salute riproduttiva di un'altra coppia.

80 La Conferenza ha, tuttavia, segnalato che, «in considerazione del fatto che l'eterologa si pone per la coppia come un progetto riproduttivo di genitorialità per mezzo dell'ottenimento della gravidanza», bisogna «ragionevolmente assicurare la compatibilità delle principali caratteristiche fenotipiche del donatore con quelle della coppia ricevente».

81 Nel documento di indirizzo è stata, però, individuata un'eccezione a tale regola. Si è, infatti, stabilito che una coppia che abbia già avuto un figlio tramite la procreazione

A ben guardare, il documento di indirizzo non è stato recepito dalla totalità delle Regioni e solo alcune di esse hanno garantito l'avvio degli interventi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo nelle strutture del proprio territorio⁸². Nonostante ciò, l'operato della Conferenza è da valutare positivamente perché questa, in coerenza con la giurisprudenza costituzionale, ha dimostrato in modo efficace l'inutilità di un nuovo intervento legislativo in tema di accesso all'eterologa ed è riuscita a portare sulle sue posizioni anche il Ministro della salute⁸³.

Concludendo, dalla sentenza del 2014 e dall'insieme delle disposizioni prese in considerazione risulta evidente che alle coppie totalmente sterili o infertili debba essere al più presto garantita la possibilità di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

Non vi è dubbio, allora, che nel nostro ordinamento il diritto alla procreazione delle coppie in parola sia già ampiamente tutelato e che l'approvazione di una nuova legge in materia avrebbe senso solo se, con essa, si riuscisse ad ampliare la platea dei titolari del diritto di formare una famiglia con figli, riconoscendo la possibilità di accedere all'eterologa anche ad altri soggetti deboli, come i *single*, le coppie omosessuali e le coppie fertili, ma portatrici di malattie genetiche o sessualmente trasmissibili⁸⁴.

assistita di tipo eterologo ha la possibilità di averne un altro dal medesimo donatore.

82 Cfr. P. VERONESI, *op. ult. cit.*, 16-17.

83 Sul punto v. R. VILLANI, *op. cit.*, 1256. Occorre, poi, sottolineare che è anche merito della Conferenza se, nell'anno in corso, l'Esecutivo ha finalmente inserito nei livelli essenziali di assistenza le varie tecniche di fecondazione artificiale e si è, così, dimostrato consapevole del fatto che il diritto di procreare è un diritto sociale, che va garantito in tutto il territorio della Repubblica. Su quest'ultimo aspetto v. F. PASTORE, *op. ult. cit.*, 23.

84 A conclusioni non dissimili è arrivata M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della cd. fecondazione eterologa*, cit., 35. La studiosa ha infatti ritenuto che, una volta risolti i problemi pratici connessi all'avvio della procreazione assistita di tipo eterologo, sarebbe auspicabile l'adozione di un nuovo testo legislativo che, oltre a riscrivere quello vecchio alla luce delle indicazioni della Corte, affronti i problemi ancora aperti, compreso quello di consentire l'utilizzo della fecondazione eterologa alle persone cui è attualmente vietato.