

E' un diritto avere un figlio?

Autore: Maria Grazia Rodomonte

17 giugno 2014

1. Con la sent. n. 162 del 2014 cade un altro dei paletti posti dalla legge n. 40 del 2004 alla fecondazione medicalmente assistita, quello relativo cioè al divieto di fecondazione eterologa.

La legge, come è noto, è stata infatti già in passato oggetto di censure, anche da parte del giudice costituzionale, che hanno comportato interventi demolitori delle scelte all'epoca operate dal legislatore e sottoposte inoltre ad un referendum abrogativo che non raggiunse il quorum partecipativo costituzionalmente prescritto per la sua validità. Legge, infine, sulla quale pendono già altri ricorsi dinanzi alla Corte costituzionale e alla Corte europea dei diritti dell'uomo e per la quale non si può certo escludere che nuovi ricorsi verranno in futuro presentati determinando ulteriori amputazioni della normativa attualmente in vigore.

2. Con la sentenza depositata solo da pochi giorni cade dunque, come peraltro già noto a partire dallo scorso 9 aprile, il divieto di ricorrere alla pratica della cd. "fecondazione eterologa". La Corte infatti, con la sentenza n. 162 ha provveduto a dichiarare "l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3 della legge n. 40, nella parte in cui stabilisce 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 irreversibili" nonché, coerentemente alla dichiarazione di incostituzionalità del divieto, le correlate sanzioni previste.

Molte sono le riflessioni che induce la sentenza in oggetto, come molti sono d'altronde i valori costituzionali in gioco – come la stessa Corte riconosce – in una decisione che riguarda un tema "eticamente sensibile". In questa sede ci limiteremo tuttavia ad esaminare, in prima lettura, solo alcuni passaggi argomentativi tra quelli che, a nostro giudizio, sembrano sollevare i maggiori interrogativi.

3. In primo luogo, colpisce il fatto che la Corte – ancor prima di affermare che il divieto di fecondazione eterologa per la coppia assolutamente sterile o infertile "è privo di adeguato

fondamento costituzionale” – ritenga opportuno “contestualizzare” tale divieto, ricordando infatti che esso non costituisce il frutto di una scelta consolidata nel tempo, ma di una scelta introdotta solo a partire dalla legge n. 40 del 2004. Tale divieto, inoltre, non sarebbe conseguente neanche ad obblighi derivanti da atti internazionali.

A ben vedere non si comprende la ragione di tale premessa. Essa non vale infatti a sostenere, come affermato invece dalle ricorrenti, la possibile reviviscenza degli atti amministrativi preesistenti alla disciplina posta dalla legge n. 40/2004, poiché infatti la Corte espressamente la esclude. D’altro canto, pur a voler ammettere che il decennio trascorso dall’entrata in vigore della legge n. 40 del 2004 non sia un lasso di tempo sufficiente a far parlare di divieto consolidato nel tempo, tuttavia il mancato consolidamento appare inevitabile poiché, come è noto, l’intervento del legislatore, lungamente auspicato, interveniva in un contesto di assoluto vuoto normativo o, quanto meno, in un contesto privo di una organica disciplina di rango primario, a tal punto da aver indotto molti a parlare di *far west* procreativo.

L’assenza inoltre di obblighi internazionali appare del tutto ininfluyente ai fini della dichiarazione di incostituzionalità poiché essa certo non esclude la possibilità per il legislatore del singolo Stato di porre la disciplina che ritenga più opportuna, soprattutto quando si tratti di intervenire in ambiti, come già rilevato, “eticamente sensibili”.

4. Al di là di tale preliminare valutazione, in ogni caso, la dichiarazione di incostituzionalità del divieto si legittimerebbe, a detta della Corte, in relazione a due fondamentali assunti adottati a sostegno della dichiarazione di incostituzionalità.

In primo luogo, la scelta della coppia assolutamente sterile o infertile di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli “costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi”, una libertà che la Corte riconduce a parametri esclusivamente interni, e cioè gli artt. 2, 3 e 31 della Cost., senza espressamente giovare in questo caso del supporto eventualmente offerto dagli artt. 8 e 14 della CEDU quali norme interposte; inoltre, che la determinazione ad avere un figlio, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, “non può che essere incoercibile”. Nella cornice rappresentata dall’autodeterminazione si inserisce poi l’ulteriore esigenza di tutela della salute – nella duplice e ormai consolidata accezione di salute fisica e psichica – della coppia affetta dalla patologia della infertilità o sterilità assoluta. A detta del giudice infatti, l’impossibilità di formare una famiglia con figli potrebbe incidere negativamente “in misura anche rilevante, sulla salute della coppia, nell’accezione che al relativo diritto deve essere data” .

5. In merito a quanto rilevato dalla Corte possono essere fatte almeno due osservazioni.

In primo luogo, l'asserita incoercibilità del diritto della coppia di determinarsi nel senso di formare una famiglia con dei figli appare in palese contrasto con l'affermazione, anch'essa posta in premessa all'argomentazione della Corte, della necessità di operare un bilanciamento tra i molteplici interessi di rango costituzionale, bilanciamento che sia tale da assicurare un livello minimo di tutela legislativa ad ognuno di essi. Delle due infatti l'una: o il principio di autodeterminazione è incoercibile, cioè non suscettibile di limitazioni, e quindi refrattario a qualsiasi tentativo di bilanciamento oppure, al contrario, nessuno degli interessi in gioco si presenta come assoluto; solo in quest'ultima ipotesi, diviene quindi possibile operare un effettivo bilanciamento. La Corte costituzionale, pur non richiamando espressamente gli artt. 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come interpretati dalla relativa Corte EDU, sembra così in realtà accedere ad una lettura dell'autodeterminazione quale principio assoluto e quale fonte inesauribile di nuovi diritti dei singoli e della coppia – orientamento oggi prevalente proprio nella giurisprudenza della Corte EDU. Da questa lettura non può tuttavia che discendere l'inevitabile conseguenza che, pur affermandone la necessità, il bilanciamento operato dal nostro giudice costituzionale tra i diversi valori in gioco finisca con l'essere di fatto "sbilanciato" a favore delle esigenze della coppia di formare una famiglia con dei figli non venendo in rilievo, in alcun modo, l'interesse della parte "debole", cioè in questo caso del figlio concepito attraverso il ricorso alla tecnica di inseminazione eterologa, la cui tutela, ricorda la Corte, "non è comunque assoluta ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione" (sent. 151 del 2009). Da tale assolutezza del principio di autodeterminazione inoltre – declinato nell'ambito della famiglia e di un diritto di essere genitori che discenderebbe da un'interpretazione evolutiva del *favor familiae* di cui all'art. 31 Cost. – deriva infine una garanzia esclusiva accordata al diritto alla salute della coppia che si sia determinata ad avere un figlio.

6. Un'ultima annotazione riguarda infine il ruolo del legislatore così come definito dalla Corte – tralasciando in questa sede, come già abbiamo provveduto a rilevare, molti altri aspetti, tra i quali l'ulteriore questione relativa al vuoto normativo eventualmente determinato dalla censura della Corte e alla conseguente necessità di ridisciplinare o meno alcuni ambiti della materia. Argomentando nel merito della decisione la Corte evidenzia infatti, al punto n. 5 del considerato in diritto, che la ricerca del punto di equilibrio delle contrapposte istanze, nel rispetto della dignità della persona umana, "appartiene primariamente alla valutazione del legislatore". Tuttavia resta ferma la sindacabilità di tale valutazione, sindacabilità che – afferma la Corte – appare tesa a verificare se sia stato

realizzato “un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano”. In un’altra occasione la Corte torna sui limiti imposti al legislatore, questa volta non dalla ragionevolezza del bilanciamento, ma dalla scienza. Nel successivo punto n. 7 del considerato in diritto la Corte infatti ricorda come la discrezionalità del legislatore ordinario debba essere del tutto esclusa quando questa sia orientata ad operare scelte relative all’appropriatezza delle terapie da applicare, nel caso in esame a coppie nelle quali uno dei due *partner* sia affetto da sterilità o infertilità assoluta. La discrezionalità del legislatore, che già incontra quindi il limite della libertà di autodeterminarsi della coppia, deve recedere, a detta della Corte, di fronte alla scienza e al fatto che non al legislatore, ma al medico stesso spetti operare le scelte più opportune in quanto idonee a garantire la tutela del diritto alla salute fisica e psichica dei componenti la coppia.

In definitiva, non può non evidenziarsi la riconduzione del ruolo del legislatore in un ambito di intervento che si fa fatica a delineare, stretto com’è tra il rispetto dell’autodeterminazione della coppia, le conquiste della scienza e le decisioni in merito alla razionalità della legge, queste ultime esclusivo appannaggio della Corte costituzionale.

Un legislatore dunque, ridotto quasi al silenzio se non fosse che il suo intervento è richiesto, forse, a posteriori, dopo cioè che la decisione del giudice costituzionale ha provveduto così a tracciarne il futuro percorso.