

La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte

Autore: **Carlo Casonato**

17 giugno 2014

La sentenza 162 del 9 aprile 2014, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo il divieto assoluto di fecondazione cd. eterologa disposto dalla legge 40, è una decisione importante, che proietta il proprio significato anche oltre lo specifico tema affrontato. Ne vorrei proporre un'analisi sintetica, trattando di tre profili che mi paiono interessanti anche come visione di insieme: il problema di fondo affrontato, i principi costituzionali confermati e rafforzati, alcune conseguenze in tema di biodiritto.

1. Spesso non si considera come, nella legge 40, il divieto assoluto di fecondazione cd. eterologa (utilizzando cioè gameti provenienti da donatori esterni alla coppia) fosse accompagnato dalla previsione secondo cui l'unica finalità per cui è possibile il ricorso alla procreazione medicalmente assistita (PMA) è quella di «rimuovere le cause di sterilità o infertilità» (art. 1.2).

Il significato di tale combinato disposto portava, da un lato, ad escludere l'accesso alla prestazione per le coppie che non presentassero problemi di sterilità, e dall'altro, ad impedire la PMA alle coppie in cui uno dei componenti fosse stato totalmente sterile. In quest'ultimo caso, infatti, sarebbe stato illegittimo procurarsi ed utilizzare sperma o ovuli che non prevenissero dalla coppia, proprio a fronte del divieto di fecondazione eterologa (assistito fra l'altro da una sanzione pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro). Il problema di fondo su cui è intervenuta la Corte è quindi riassumibile nella formula secondo cui per accedere alla PMA era necessario **essere sterili sì, ma non troppo**.

Non è difficile a questo punto rendersi conto di quanto la legge prevedesse una disciplina perlomeno eccentrica nel garantire l'accesso alla prestazione ai malati non gravi, e nel negarla invece a chi di quella stessa disfunzione soffriva in forma più severa. Anziché che di PMA, procreazione medicalmente assistita, si poteva fondatamente parlare di PGO: **procreazione giuridicamente ostacolata**.

2. Tale paradosso costituisce lo sfondo su cui la Corte costituzionale si muove nel considerare la legittimità del divieto di fecondazione eterologa. Dopo aver richiamato come tale proibizione non sia il «frutto di una scelta consolidata nel tempo» (e nemmeno nello spazio, si potrebbe aggiungere, atteso che fra gli ordinamenti a noi vicini solo Lituania e Turchia la condividono) la Corte ricorda come la Costituzione comprenda una «fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi» di cui la scelta di «diventare genitori e di formare una famiglia» costituisce una delle espressioni.

Tale passaggio pare rilevante per più di un profilo.

Si ricorda anzitutto come l'art. 31 della Costituzione attribuisca alla Repubblica il compito di agevolare «con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi». Anche alla luce del più generale principio personalista e della garanzia dei diritti inviolabili, quindi, la Corte può dimostrare come la determinazione di avere o meno figli interessi la «**sfera più intima ed intangibile della persona umana**... anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo».

Un secondo profilo attiene all'ormai consueto riconoscimento della salute in termini psichici oltre che fisici. E su queste basi, è un dato di esperienza comune, ancor prima che giuridico-costituzionale, il fatto che l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, possa «incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla **salute della coppia**».

Una volta precisata la libertà di autodeterminarsi in ambito familiare e riconosciuto un diritto alla salute potenzialmente compromesso, la Corte ricorda, in terzo luogo, un principio che dovrebbe essere la regola in ogni forma di Stato di derivazione liberale: quello secondo cui per imporre divieti o limiti ai diritti delle persone, il Parlamento (la maggioranza) debba dare prova dell'esistenza di **interessi contrapposti di rango perlomeno equivalente**. Si tratta del principio fondante secondo cui un divieto assoluto nei confronti di una condotta riconducibile alla sfera

dell'autodeterminazione individuale debba potersi configurare quale «l'unico mezzo per garantire la tutela di altri valori costituzionali coinvolti». Nel momento in cui si adotti una legge che porta a comprimere diritti o interessi tutelati dalla Costituzione, in questi termini, il legislatore deve dare prova di perseguire obiettivi di natura costituzionale e di aver scelto, tra le misure appropriate, quelle che impongono il «**minor sacrificio**» e «**oneri non sproporzionati** rispetto al perseguimento di detti obiettivi» (principio di proporzionalità).

Nell'applicare tale principio alla disciplina sulla fecondazione eterologa, la Corte passa in rassegna tre interessi a favore del relativo divieto, concludendo per la loro non equivalenza rispetto alle posizioni individuali in questo modo compromesse (libertà di autodeterminazione familiare e diritto alla salute). Il diritto fondamentale alla salute (art. 32 Cost.) e la libertà altrettanto fondamentale della coppia di formare una famiglia (desumibile dagli art. 2 e 31) prevalgono così sia sul rischio psicologico del figlio, concepito attraverso fecondazione eterologa, di vedersi attribuita una «genitorialità non naturale» che sulla possibile compressione del suo diritto di conoscere la propria identità genetica. E d'altro canto, una disciplina al riguardo è già dettagliatamente prevista per le adozioni (art. 28 della legge n. 184 del 1983 come modificato nel dicembre 2013, fra l'altro).

Dopo i possibili traumi da genitorialità non naturale e l'interesse a conoscere le proprie origini genetiche, il terzo elemento che la Corte prende in considerazione riguarda il rischio di un vuoto normativo conseguente all'accoglimento della questione di legittimità costituzionale. Dopo aver ricordato il contenuto «non costituzionalmente vincolato» della legge 40 (sent. 49 del 2005) e ribadito che anche il rischio di un eventuale vuoto normativo non potrebbe impedire alla Corte di svolgere la propria funzione di garante della legittimità costituzionale dell'ordinamento, la sentenza ricostruisce gran parte della disciplina di risulta utilizzando l'analogia con una serie di normative non troppo distanti dalla PMA. In questo modo, i giudici dimostrano come sia già possibile trovare riferimenti applicabili e sufficientemente precisi in tema di requisiti soggettivi dei donatori, di consenso informato, di criteri per l'autorizzazione delle strutture e di stato giuridico del nato. E per gli altri ambiti non coperti dall'interpretazione analogica, come ad esempio il numero massimo di donazioni, sarà sufficiente l'adozione di un decreto ministeriale di aggiornamento delle linee guida «anche alla luce delle discipline stabilite in altri Paesi europei».

Ricordando quindi come il divieto di fecondazione eterologa conduca ad una disparità di trattamento basata sulla gravità della disfunzione delle coppie, oltre che sulla loro capacità economica riferita ai costi del cd. turismo procreativo («non un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto delle disposizioni in esame»), i giudici concludono per un giudizio di incostituzionalità per irragionevole sproporzione del divieto di fecondazione eterologa: «le norme censurate, pur nell'obiettivo di assicurare tutela ad un valore di rango costituzionale, 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».

3. Nel confermare questi principi, che ricordano al legislatore i criteri di necessaria ragionevolezza, razionalità e proporzionalità della sua attività, la Corte rivolge un monito autorevole al Parlamento italiano che negli ultimi anni, anche sul terreno del biodiritto, si è fatto indurre da tentazioni di prepotenza e di svilimento dei diritti della persona estranee ad uno stato pluralista e costituzionale. Oltre alle norme in materia di PMA, basti qui solo citare le vicende legate al conflitto fra poteri sorto in occasione del caso di Eluana Englaro o la «quasi-approvazione» del cd. disegno di legge Calabrò in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate.

Andando a disciplinare la pratica medica e in generale le scienze della vita, il biodiritto tratta di un oggetto che tipicamente coinvolge la **struttura morale** più profonda di ognuno di noi e, con essa, il significato stesso di concetti antropologicamente delicati e moralmente divisivi come quelli di salute, di malattia, di vita, di morte, di dignità, fino alla stessa definizione di essere umano. Trovare un accordo sulla relativa disciplina giuridica, indicare diritti e doveri, limiti e divieti è quindi attività che richiede una straordinaria dose di attenzione ai dati scientifici, di equilibrio, di sensibilità, di capacità di dialogo e di sintesi fra posizioni anche molto distanti. Su materie come quelle

disciplinate dal biodiritto, non si può procedere a colpi di maggioranza, ma è necessario attivare percorsi di presa in carico degli interessi di volta in volta coinvolti, nella consapevolezza che i singoli casi presentano sempre sfaccettature diverse e particolari.

Per questo, le scienze della vita invocano un biodiritto che non può assumere i caratteri del fondamentalismo, ma che deve tendere all'apertura e alla **mitezza**. Tali caratteristiche non vanno confuse con indecisione e debolezza ma anzi, impongono che la soluzione legislativa prescelta sia il frutto di un bilanciamento di interessi attento, ragionevole e proporzionato, all'interno di una logica costituzionale come quella italiana che pone al centro della propria azione lo sviluppo e la promozione dei diritti e il rispetto – lo dico al plurale – delle persone.

All'interno del solco tracciato, non è da escludere che la Corte costituzionale possa prendere in esame altre normative che paiono porre limitazioni all'autodeterminazione individuale non sufficientemente giustificate da altri interessi o valori costituzionali. La disciplina dei limiti attualmente posti alle scelte di fine-vita da parte di persone capaci e consapevoli, colpite da malattie gravissime e dolorose, potrebbe ricadere all'interno di questi scenari futuri.