



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2015 FASC. I

(ESTRATTO)

MATTEO TRAPANI

**DICOTOMIE TRA SCIENZA E DIRITTO E TRA
DISCREZIONALITÀ E RAGIONEVOLEZZA ALLA LUCE
DELLE MAGLIE STRETTE DELLA DIGNITÀ UMANA
(A MARGINE DELLA SENT. N. 162 DEL 2014 DELLA CORTE
COSTITUZIONALE)**

23 MARZO 2015

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Matteo Trapani

Dicotomie tra scienza e diritto e tra discrezionalità e ragionevolezza alla luce delle maglie strette della dignità umana (a margine della [sent. n. 162 del 2014 della Corte costituzionale](#))

SOMMARIO: 1. La [sentenza 162 del 2014](#) e le minori chances – 2. La dignità includente: scienza e diritto – 3. La dignità escludente: discrezionalità e ragionevolezza – 4. Note finali: la salute contesa.

1. La [sentenza 162 del 2014](#) e le minori chances. – Con la [sentenza 162 del 2014](#) la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità degli artt. 4, comma 3; 19, comma 1 e 3, e 12 comma 1 della legge 40 del 2004 nella parte in cui si stabiliva il divieto alle coppie affette da patologie irreversibili di sterilità di poter accedere alle tecniche di procreazione assistita di tipo eterologa.

La procreazione medicalmente assistita ha conosciuto nel tempo una copiosa giurisprudenza che, senza dubbio, la ha resa una delle questioni più interessanti giuridicamente da approfondire.

L'Italia si è dotata di una disciplina in materia di procreazione artificiale solo nel 2004 (con la legge n. 40), quando già altri ordinamenti ne possedevano una da anni¹, e da subito fu fortemente contestata.

La Corte costituzionale, con la [sentenza n. 162 del 2014](#), ha affrontato alcuni temi che erano rimasti estranei alla [sentenza n. 151 del 2009](#)², sempre sulla procreazione medicalmente assistita³. La Corte costituzionale, quindi, con la [pronuncia del 2009](#), adotta una decisione di accoglimento parziale attirandosi alcune critiche nella parte in cui è sì vero che dichiara illegittimo il limite fisso di embrioni utilizzabili in un unico e contemporaneo impianto, ma, nello stesso tempo, lascia in piedi il limite del numero degli embrioni impiantabili quantificabile, di volta in volta, con “lo stretto necessario”. Questa pronuncia della Corte è molto interessante per tre motivi sinteticamente identificabili nella preminenza del diritto alla salute⁴, nella centralità dell'evoluzione tecnico

¹ Solo per citare le più importanti possiamo affermare che la Spagna aveva regolamentato la procreazione medicalmente assistita nel 1988, la Francia nel 1994 e la Germania nel 1990.

² Tale impostazione è stata rilevata da G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014* (http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wpcontent/uploads/2013/05/0028_nota_162_2014_damico.pdf).

³ Per una panoramica sulle premesse e sui temi che hanno portato la Corte alla [sentenza 162 del 2014](#), si può fare riferimento a A. COSSIRI – G. DI COSIMO (a cura di) *La fecondazione vietata* in www.aracneeditrice.it e G. CASABURI *Procreazione medicalmente assistita: quel che resta della legge n. 40 del 2004* in www.foroitaliano.it, 2013, I, 2498.

⁴ Il giudice è maggiormente propenso ad affidarsi alla scienza nell'applicazione del diritto nei casi in cui l'etica (o, quantomeno, l'etica che storicamente pare essere quella maggiormente condivisa) si allontana dalla società. Quando

scientifica e della responsabilità del medico e nella necessità della analisi pre-impianto, che ritorna ad avere un propria utilità⁵. Le maglie troppo strette non tutelano il diritto alla “vita buona”⁶, né del nascituro, né dei genitori.

A chiosa di un contributo in dottrina, in occasione del commento della [sentenza del 2009](#), veniva affermato che *“dato tecnico e dato comparatistico potrebbero essere utili e fungere da ausilio nella definizione della prossima questione legislativa ora indirizzata dal forte riferimento giurisprudenziale adottato”*, che, potremmo aggiungere, riprendendo una formula adottata dall'autore, non mirava in modo ragionevole a tutelare le *“minoranze”* ossia coloro che hanno *“minori chances”*⁷. Sætta previsa vien più lenta.

La [sentenza n. 162 del 2014](#) è molto complessa ed articolata sul piano del merito. Sono ravvisabili infatti molti spunti argomentativi frutto della *ubris* interpretativa che la Consulta manifesta ogni qual volta i temi risultano eticamente e socialmente complessi.

La questione perviene alla Corte costituzionale tramite tre diverse ordinanze sollevate rispettivamente dal Tribunale ordinario di Milano, dal Tribunale ordinario di Catania ed, infine, dal Tribunale ordinario di Firenze.

I casi pendenti davanti al giudice *a quo* attengono tutti e tre a situazioni fattuali molto simili ove, in estrema sintesi, uno dei due componenti della coppia è affetto da sterilità medicalmente documentata (azoospermia per i ricorrenti ai Tribunali di Milano e Firenze e di sterilità da menopausa precoce nel caso dei ricorrenti al Tribunale di Catania), la coppia versa nella condizione prevista dagli artt. 1, comma 2, e 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004, in virtù dei quali il ricorso alla PMA è consentito «qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause

regole morali di convivenza tendono a creare uno iato, se avvicinate all’evolvere del vivere sociale, quindi alla società, in quel preciso istante, il diritto ha il dovere morale di intervenire, cercando fonti esogene che lo legittimino ancor di più nel suo esser nottola di Minerva.

Nel [2009](#) la Corte afferma il principio portante, secondo cui il legislatore gode di una discrezionalità orientata e vincolata: vincolata dai principi costituzionali (tutela della salute, tutela dei diritti personali, tutela delle libertà personali, principio di uguaglianza e ragionevolezza) e orientata dalla “scelta migliore possibile”, che può essere presa da chi è tenuto ad applicare la legge alla luce dei principi sopra detti (il medico, in questo caso; altre figure, in altri casi). Il legislatore deve guidare la propria azione nel massimo rispetto dell’evoluzione scientifica della civiltà, seppur si constati che, talvolta, nemmeno la scienza possa suggerire soluzioni più certe ed obiettive e possa, invece, assumere solo il ruolo di tecnica strumentale alla discrezionalità del legislatore. In proposito, G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita* (www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2009/0002_nota_151_2009_di_genio.pdf).

⁵ Per un’attenta trattazione dei tre profili, si rimanda integralmente a L. TRUCCO, [Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di \(almeno in parte\) decidere](#) in questa [Rivista](#), 2009 (15.VII.09), e a S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale* (http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2009/0017_nota_151_2009_agosta.pdf).

⁶ Il concetto di “vita buona” viene ripercorso da CARNEVALE A. - HENRY B., *Vita buona, vita vulnerabile*, in STRADELLA E. (a cura di) *Diritto alla salute e alla vita buona nel confine tra il vivere e il morire*, Edizioni Plus, Pisa 2011, 42 e ss.

⁷ G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*, cit.

di sterilità o infertilità» e sia «accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico», rispettano pienamente i requisiti stabiliti dall'art. 5 della legge n. 40 del 2004 ossia quelli di essere viventi, coniugi, maggiorenni ed in età parzialmente fertile e, il perseverare di tale situazione, non solo ha comportato *stress* e danno alla salute ma ha altresì condotto alcuni dei ricorrenti a cercare tutela del proprio diritto presso centri medici stranieri.

Vengono così sollevate questioni di costituzionalità da parte del Tribunale di Milano, del Tribunale di Firenze e del Tribunale di Catania in riferimento agli artt. 3 (tutte e tre le ordinanze), 2, 31 e 32 Cost. (la prima e la terza ordinanza). Il Tribunale di Milano ha espresso dubbi di costituzionalità anche in riferimento agli artt. 29 e 117.1, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

La Corte ha così dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 4, comma 3, 9, commi 1 e 3, 12, comma 1, della legge 40 del 2004 in riferimento agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 della Costituzione.

La Corte affronta il problema del diritto alla salute⁸, dell'autodeterminazione, della segretezza della genitorialità, della famiglia e dell'adozione. Ripercorre le circolari ministeriali e la convenzione di Oviedo; cerca di dare una forma al concetto di dignità umana e inizio vita.

In questo intreccio di tematiche i due principali fili conduttori che legano la trattazione sono il rapporto tra scienza e diritto, da una parte, e tra discrezionalità legislativa e ragionevolezza, dall'altra: il legislatore deve guidare la propria azione nel massimo rispetto dell'evoluzione scientifica della civiltà, seppur si constati che, talvolta, nemmeno la scienza possa suggerire soluzioni più certe ed obiettive e possa, invece, assumere solo il ruolo di tecnica strumentale alla discrezionalità del legislatore.

Due filoni che, quasi a voler riprendere la dialettica hegeliana, trovano la loro sintesi nella dignità, dopo aver creato una forte tensione tra i due momenti principali della triade.

La scienza ed il diritto possono dialogare, secondo la Corte, solo se hanno come fine ultimo la dignità della persona umana.

Tutta l'argomentazione della Corte si basa sul diritto alla salute della donna e sul diritto alla genitorialità per dimostrare che questi ultimi sono diritti strumentali alla tutela e alla integrazione della dignità umana che non può trovare limite nella scelta discrezionale del legislatore.

⁸ Sul concetto di diritto alla salute e libertà di disposizione del proprio corpo, v. AA.VV., *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte costituzionale* (atti del convegno), in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU185_principi.pdf, 45 e ss., F. MINNI-A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana* in rivista AIC n. 3/3013 e L. ISOLANI *La libertà di disporre del proprio corpo ed i suoi limiti: brevi note in tema di procreazione e scelte di fine vita* in S. PANIZZA - R. ROMBOLI (a cura di) *Temi e questioni di attualità costituzionale*, Cedam, Padova 2009, 144 ss.

La dignità umana quindi ha carattere includente, ossia tiene insieme, quando si confrontano scienza e diritto ma, nello stesso tempo, ha anche una funzione escludente quando si bilanciano discrezionalità del legislatore e ragionevolezza.

La dignità⁹ ha quindi una doppia funzione, una tesi ed una antitesi, la cui sintesi non può che essere il frutto di una legislazione che tenga di conto sia le innovazioni scientifiche e che la tecnica potendo escludere la discrezionalità là dove arriva la ragionevolezza.

2. *La dignità includente: scienza e diritto.* – La tutela dell'embrione ha trovato nel tempo, e con il progredire della ricerca scientifica, nuova linfa sia in dottrina che nelle scelte di diritto positivo¹⁰.

La stessa scienza è contraddittoria nell'indicare il momento preciso dell'inizio-vita (sempre che non vi sia un *continuum*) e questa contraddittorietà viene ereditata dallo stesso diritto che, se da una parte stabilisce che l'inizio della vita umana coincide con la nascita¹¹, dall'altra, in tema di aborto e diritti delle lavoratrici, anticipa il momento della tutela ben prima della nascita.

Non aiuta il giurista nemmeno la comparazione con altri ordinamenti o con il diritto eurounitario, poiché *“starebbero tendenzialmente a confermare che la decisione di legiferare o meno sopra tale scivolosa materia ...omissis... è dunque una scelta che, a tutt'oggi, solo il singolo ordinamento statale può compiere...”*¹² conclude poi lo stesso autore *“perché possa essere sul serio convenzionale- frutto di un patto convenzionalmente raggiunto e culturalmente accettato da tutti i (recte, dalla major pars dei) consociati- siffatta decisione dovrebbe il più possibile rifuggire da qualsivoglia colorazione ideologica”*.

Scienza e diritto, quando si occupano di descrivere in prospettiva critica le dimensioni giuridiche relative alle c.d. scienze della vita e della cura della salute umana, prendono il nome di biodiritto¹³.

Il biodiritto, con l'avanzare delle scoperte scientifico-tecnologiche, ha ripreso con forza la propria centralità e, di conseguenza, la propria importanza nel disciplinare temi etici.

Tuttavia, il biodiritto presenta due aspetti problematici, che, connessi, rendono la sua interpretazione ed attuazione difficoltosa e, a tratti, rapsodica. Infatti, se da una parte il biodiritto è

⁹ Per una panoramica sul concetto di dignità si veda P. PASSAGLIA – M. BELLOCCI (a cura di), *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale* (http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_196_La_dignita.pdf), V. BALDINI, *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze applicative* (http://www.dirittifondamentali.it/unicas_df/attachments/article/112/dignit%C3%A0%20umana_baldini.pdf), e F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Giappichelli, Torino 2011.

¹⁰ Si veda S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione – Tomo I: Le scelte esistenziali di inizio vita*, Giuffrè, Milano 2012, 49 e ss. in particolare sia per quanto riguarda il dibattito sulle incertezze della medicina e le certezze convenzionali del diritto sia per quanto riguarda il concetto di scelte esistenziali e Costituzione.

¹¹ Cod. civ. art. 1.

¹² S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione – Tomo I: le scelte esistenziali di inizio vita*, cit., 68.

¹³ *“Scienza e diritto, quando si occupano di descrivere in prospettiva critica le dimensioni giuridiche relative alle c.d. scienze della vita e della cura della salute umana, prendono il nome di biodiritto”* così C. CASONATO in *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino 2012, 7 e ss.

fisiologicamente in ritardo (stretto nella morsa tra progresso scientifico e discussione etico-politica), dall'altra, proprio in ragione della difficile individuazione del terreno ricoperto dal concetto di dignità umana e dalle concezioni differenti che i vari Paesi hanno di “vita umana” e “persona”, si presenta sotto forma di due modelli, quello astensionista e quello interventista, che rende difficoltosa anche la sola individuazione delle fonti.

Nel nostro ordinamento il modello adottato è quello interventista a tendenza impositiva (come negli U.S.A. e nel Regno Unito), secondo cui l'individuo è titolare di un diritto costituzionalmente garantito al rifiuto di ogni terapia (individuo considerato come agente morale tendenzialmente libero e responsabile), a meno che questa non sia resa obbligatoria da un atto legislativo che rispetti la persona umana¹⁴.

Così il concetto di dignità, che la stessa Corte pone alla base di molte sue argomentazioni, necessita, per la sua effettiva applicazione, del dialogo costante e profondo tra le tecniche scientifiche e le tecniche giuridiche, tra il *quid* ed il *quomodo*: si interpreta la dignità al di fuori dalle eterogenee teorie che ne delineano la natura e la si utilizza come il fulcro per la stadera, ovvero come un punto fisso con il quale è possibile misurare la rilevanza dei principi in discussione.

La persona e i diritti umani conoscono continue trasformazioni al progredire della conoscenza scientifica e della coscienza civile ed il rapporto tra persona e scienza non è univoco ma biunivoco, potendo superare quella concezione, ormai minoritaria, che vedrebbe la scienza al servizio della persona e dei suoi diritti e non, al contrario, i diritti e la persona dipendenti dalla scienza e dalla tecnica. In dottrina si è sostenuto che il primato della scienza porta addirittura a “*porre in radicale contestazione tutti i valori fondamentali su cui poggia la Costituzione*”¹⁵. Quello tuttavia che rimane uguale, e sul quale il progredire scientifico non può incidere in modo significativo, sono le esigenze di tutela dell'ordinamento e i principi e valori che si possono leggere nella costituzione e nella sua effettiva attuazione nella vita sociale.

In verità, la stessa Corte, seppur basi le proprie argomentazioni sulle evidenze scientifiche in suo possesso, anche utilizzando molti studi di settore, liquida il rapporto intercorrente tra scienza e diritto in poche righe, per poi concentrarsi sulla ragionevolezza e sul “*vuoto normativo*”.

Così la Corte, quando delinea il diritto alla salute, afferma che “*le scelte del legislatore non possono nascere solo da valutazioni politiche ma devono adeguarsi alla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite derogando questa valutazione al medico che deve rispettare solo il consenso del paziente*” e, ribadisce come nell'intenzione di fugare ogni dubbio, che “*non si tratta di soggettivizzare la nozione di salute ... spiegando la tecnica a fini*

¹⁴ C. CASONATO, *op. cit.*, 121 e ss.

¹⁵ A. MORRONE, [*Ubi scientia ibi iura*](#), in questa [Rivista](#), 2014 (13.06.14).

*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*¹⁶.

La Corte inizia la propria trattazione di diritto affermando che *“Le questioni toccano temi eticamente sensibili, in relazione ai quali l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene «primariamente alla valutazione del legislatore» (sentenza n. 347 del 1998), ma resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano”*.

Così la Corte riesce a tenere insieme scienza e diritto mediante la ricerca di bilanciamento tenendo come parametro la dignità (vista come insieme di diritti), che solo l'operato del medico, il consenso del paziente e la cornice costituzionale possono rendere effettiva e completa.

3. *La dignità escludente: discrezionalità e ragionevolezza.* – La dignità che include, che quindi è il parametro di bilanciamento tra l'operato della scienza e le norme del diritto, ha però anche, di conseguenza, una funzione escludente, che, nella fattispecie, non può essere derubricata a semplice conseguenza fattuale ma rappresenta, a pieno titolo, una peculiarità eguale e contraria della dignità prima trattata.

La dignità includente è, infatti, tale solo se riportata entro le possibilità della scelta legislativa e i limiti della ragionevolezza.

La Corte, dopo aver fissato il concetto di dignità e chiarito il suo rapporto con scienza e diritto, applica il criterio della ragionevolezza prendendo proprio a parametro la dignità come limite oltre il quale la discrezionalità del legislatore non può addentrarsi.

La stessa Corte, dopo aver sostenuto che, seppur sia fondata una legittimazione del legislatore ad operare (*“primariamente alla valutazione del legislatore”*) in tema di procreazione medicalmente assistita (*“coinvolge plurime esigenze costituzionali”*), tuttavia questa legittimazione è affievolita da un forte controllo sociale e, come ve ne fosse bisogno di ribadirlo, della stessa Corte il cui compito è quello di verificare la realizzazione di un ragionevole bilanciamento.

Lo stesso concetto di dignità (come insieme di diritti costituzionalmente garantiti) è letto alla stregua dei molti “studi” e “documenti” che la Corte e le parti, perpetrando una sorta di prassi sviluppatasi negli ultimi anni, secondo cui le decisioni della Consulta tengono di conto ogni

¹⁶ Sulla responsabilità medica dopo le recenti modifiche è possibile leggere P. SIRENA, *La responsabilità medica alla luce della legge Balduzzi* in www.altalex.com, 2013.

contributo scientifico in materia, richiamano più volte nelle proprie argomentazioni¹⁷.

Così la Corte, da subito, ripercorrendo le linee guida ministeriali emanate negli anni, afferma che il divieto di fecondazione eterologa non solo non è la conseguenza di obblighi derivanti da atti internazionali, giustificandone quindi una sua (eventuale) eliminazione¹⁸, ma è addirittura privo di fondamenti costituzionali.

L'argomentazione passa, così, ad intrecciare il diritto alla autodeterminazione (derivante dallo stesso principio personalista) ed il diritto alla salute (correlato allo stesso principio di eguaglianza), che non solo pongono le basi della questione ma specificano, altresì, il concetto di famiglia.

Infatti, afferma la Corte, non è possibile limitare la libertà di autodeterminazione, nella quale trova il proprio riconoscimento anche quella di avere figli, se non per tutelare interessi di eguale rango, a seguito quindi di un bilanciamento. Così sia le coppie sterili che quelle fertili hanno il diritto ad avere figli, costruire una famiglia, vedere riconosciuti i propri diritti che, seppur influenzati da argomentazioni di tipo etico, non possono mai cedere se non davanti a valori costituzionali superiori.

La Corte afferma, altresì, che la *“Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli [omissis] nondimeno, il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico”*. Questa affermazione lascia intuire come si possano aprire ancora molti spazi su temi che, seppur trattati spesso con argomentazioni etiche, potrebbero portare in un futuro la stessa Corte ad affermare che il diritto all'autodeterminazione non può affievolirsi, se non davanti ad altri interessi di pari rango, come potrebbe avvenire nel caso di matrimonio di coppie omosessuali.

Uscendo da questa breve, ma necessaria, divagazione, la Corte applica lo stesso ragionamento anche riguardo al diritto alla salute sia psichica che fisica: *“gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, devono ritenersi leciti, sempre che non siano lesi altri interessi costituzionali”*.

Così cade ogni tesi difensiva di chi antepone l'etica alla norma. La dignità dell'uomo è anteposta a qualsiasi altra volontà del legislatore e ove vi è dignità la discrezionalità del legislatore¹⁹ cede il

¹⁷ Un'interessante osservazione sul metodo che riprende anche A. FIERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, Giappichelli, Torino 2012, 63 e ss. Solo a titolo esemplificativo è utile richiamare quanto scritto nella sentenza [162 del 2014](#), 14 (Relazione della XII Commissione permanente alla Camera dei deputati sui centri che nel 1997 praticavano la fecondazione eterologa), 15 (Nozione di “salute” fornita dall' Organizzazione Mondiale della Sanità nel 1946), 16 (richiama gli studi e le evidenze scientifiche).

¹⁸ La Corte richiama così la Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, che vieta solamente la procreazione medicalmente assistita ai soli fini eugenetici.

¹⁹ Sul tema è molto interessante il contributo di S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2014/0025_nota_162

passo alla ragionevolezza. La dignità stessa ha questo ruolo escludente.

Lo conferma la stessa Corte, quando afferma che la questione del diritto all'identità genetica si era già posta in relazione all'adozione, ed era stata risolta da una legislazione attenta a disciplinarne gli aspetti principali a seguito della rottura *“del dogma della segretezza dell'identità dei genitori biologici quale garanzia insuperabile della coesione della famiglia adottiva, nella consapevolezza dell'esigenza di una valutazione dialettica dei relativi rapporti”*²⁰.

In effetti la discrezionalità, in questo caso, esternata nella sua assolutezza, ha creato una forte disuguaglianza proprio per coloro i quali, con minori *chances*, dovrebbero essere garantiti da questa normativa²¹. Le coppie che accedono alla tecnica della fecondazione eterologa sono, infatti, quelle affette da una più grave patologia e che, *de facto*, sono obbligate a rivolgersi a centri stranieri con una evidente limitazione delle opportunità (dato dai costi economici) e della stessa eguaglianza. Non viene, quindi, garantito il vincolo del minor sacrificio possibile, poiché vengono sacrificati diritti e valori costituzionali, affidandosi ad una normativa rigida e assoluta, che non tiene di conto il bilanciamento dei valori che, ha dimostrato la Corte, *“esula dalla costante esigenza di conformità dell'ordinamento a valori di giustizia ed equità”*.

Così, nel pieno diritto del legislatore di limitare la fecondazione ai soli casi in cui siano presenti sia i requisiti oggettivi (grave malattia che non permette la fecondazione) e soggettivi (coppia maggiorenne di sesso differente sposata o convivente, in età fertile ed entrambi viventi), la discrezionalità deve lasciare il passo alla ragionevolezza, dalla quale essa stessa è limitata sia nel momento costitutivo che nel successivo momento applicativo, per effetto della tutela della dignità della persona.

4. *Note finali: la salute contesa.* – Già nelle more del deposito della motivazione della sentenza, avvenuto ben oltre i due mesi, si era acceso un intenso dibattito sulla effettiva immediata applicabilità della normativa di risulta e sulla necessità di un intervento da parte del legislatore.

Negli ultimi giorni di luglio, la polemica si è riaperta a seguito di una delibera di Giunta con la quale la Regione Toscana ha emanato, anticipando sul tema sia il Ministero competente che la conferenza Stato-Regioni, le linee guida per rendere operativa da subito la tecnica di fecondazione eterologa nei centri pubblici e privati. Di conseguenza, da subito, è intervenuto il Governo, tramite la Ministra Lorenzin, il quale ha da subito dichiarato la volontà di approvare una norma primaria (da subito decreto legge e, successivamente, legge ordinaria), al fine di riempire un vuoto normativo

²⁰ 2014_penasa.pdf.

²⁰ La Corte richiama anche la [sentenza 278 del 2013](#) con la quale veniva rimossa la norma che vietava l'accesso alle informazioni nei confronti della madre che avesse dichiarato alla nascita di non voler essere nominata.

²¹ Interessante lo stesso richiamo della Corte al dichiarato scopo della legge 40 *“di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana”*.

che non permetterebbe alle Regioni di adempiere ai propri obblighi.

Lo stesso Presidente della Corte costituzionale ribadiva in una intervista che, a seguito della sentenza in commento, non risultasse un vuoto normativo e che i centri di fecondazione assistita potevano già praticare l'eterologa²².

La dottrina si è approfonditamente espressa su tale questione e, ai fini della nostra trattazione, preme segnalare come, mentre la Corte ha cercato di invitare il legislatore a tenere ben distinte le argomentazioni etiche da quelle giuridiche, il Governo si era in un primo momento espresso per una nuova discussione in seno proprio all'organo parlamentare. Ovviamente, il legislatore è sovrano ed ha pieno diritto di modificare la legge 40/2004 (che, per inciso, non è stata certamente dichiarata incostituzionale *in toto*), ma se, da una parte, deve rispettare i principi dettati dalla Corte, dall'altra, non può permettersi di perpetrare ancora il danno alla salute che, ad oggi, risulta dalla sentenza della Corte chiaramente sancito. Sarebbe, infatti, esiziale pensare ad un “*confronto sulle questioni etiche*”, come alcuni esponenti politici hanno affermato. *In primis*, perché la componente etica sul tema è già stata ampiamente trattata; inoltre, se è vero che il Parlamento può decidere di adottare una differente normativa, è pur vero che questa non potrà essere contraria a quanto affermato dalla Corte.

Dalla lettura della sentenza è chiaro come non esista alcun vuoto normativo. Tutto ciò è ben ravvisabile dal fatto che la principale tesi difensiva dell'avvocatura di Stato era stata proprio quella di un possibile vuoto e di una specie di zona d'ombra in tale materia “*costituzionalmente necessaria*”²³.

La Corte afferma subito che il sindacato non può essere limitato dalla carenza legislativa²⁴ e, successivamente, chiarisce che “*la ritenuta fondatezza delle censure non determina incertezze in ordine all'identificazione dei casi nei quali è legittimo il ricorso alla tecnica in oggetto ...omissis... Nessuna lacuna sussiste in ordine ai requisiti soggettivi, poiché la dichiarata illegittimità del*

²² Così “I centri di fecondazione assistita autorizzati possono praticare già ora l'eterologa, purché rispettino tutti quei paletti che la legge 40 ha fissato per la procreazione medicalmente assistita in generale e tutti i meccanismi di controllo pubblico previsti e magari talvolta insufficienti ...omissis... d'altra parte, la Corte si è limitata ad affermare l'incompatibilità del divieto di eterologa con la Costituzione e che il vuoto normativo non c'era, se non su un punto di un certo rilievo, il numero delle donazioni, da colmare eventualmente con un aggiornamento delle linee guida o con norma primaria”, in www.ilmessaggero.it del 10 agosto 2014 “Fecondazione, Tesoro: non c'è alcun vuoto normativo, l'eterologa si può già fare”.

²³ Il tema era tuttavia già stato affrontato dalla Corte costituzionale con la [sentenza 45 del 2005](#) nella quale si statuiva, affermando l'ammissibilità del referendum abrogativo della legge 40 del 2004, che “*va escluso che le disposizioni di legge oggetto del quesito possano ritenersi a contenuto costituzionalmente vincolato o necessario, così da sottrarsi alla possibilità di abrogazione referendaria. La proposta riguarda, infatti, aspetti specifici della disciplina della procreazione medicalmente assistita che rientrano nell'ambito della discrezionalità legislativa, cosicché la loro abrogazione non comporta il venir meno di una tutela costituzionalmente necessaria*”. Per un ulteriore approfondimento sul tema, si veda A. RUGGERI, *Tutela minima di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita*, in www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/old_pdf/345.pdf

²⁴ Si veda la [sent. n. 1 del 2014](#).

divieto non incide sulla previsione recata dall'art. 5, comma 1, di detta legge, che risulta ovviamente applicabile alla PMA di tipo eterologo ...omissis... Siffatta considerazione permette, poi, di ritenere che le norme di divieto e sanzione non censurate [...] 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”²⁵.

Chiarissimo questo passaggio: la l. 40/2004 è pienamente applicabile nella parte non censurata ed i relativi divieti e limiti, propri della fecondazione omologa (che, per inciso, era stata presa come termine di paragone nel test di proporzionalità), sono perfettamente applicabili in forza degli ordinari canoni ermeneutici.

Non a caso viene richiamata successivamente la [sentenza n. 278 del 2013](#), ove la Corte invitava, questa volta sì, il legislatore ad *“introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale...”*.

Così, secondo la Corte, le Regioni hanno il dovere, anche per la competenza loro spettante, di mettere subito in pratica una normativa (che è in vigore e non può certamente essere disattesa), mentre rimane di competenza statale, auspicabile per disciplinare alcuni aspetti organizzativi, la possibilità di aggiornare le linee guida o di adottare differente normativa, senza che, però, quest'ultima o la sua *vacatio* incida sul diritto di esercizio di tale tecnica e sui diritti dell'individuo connessi.

Tuttavia è necessario interrogarsi se la materia della fecondazione eterologa ricada in tutto o solo in parte nelle competenze regionali o concorrenti. Se è infatti vero che la salute risulta essere di competenza concorrente è altresì vero che, secondo l'art. 117 Cost., lo *“stato civile”*, *“l'ordine pubblico”* e *“la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali”* risultano essere di competenza esclusiva statale. Proprio nella fecondazione eterologa risulta necessaria una normativa in tema di *privacy*, di genitorialità e di livelli essenziali di prestazioni che, quindi, ricadrebbero in competenze dello Stato.

Nei mesi che sono intercorsi dal deposito delle motivazioni ad oggi la Conferenza delle Regioni ha approvato all'unanimità le linee guida (indirizzi operativi regionali) indicando i requisiti per l'accesso e le analisi prodromiche a tale tecnica, la gratuità delle donazioni, la modalità di scelta dei centri operativi specializzati e la forbice entro la quale fissare il costo per i pazienti²⁶.

La volontà di voler uniformare gli standard e i requisiti delle varie regioni è stato senza dubbio necessario per cercare di arginare una possibile regionalizzazione poiché solo alcuni cittadini avrebbero potuto godere delle prestazioni nelle regioni di appartenenza con standard alti e costi

²⁵ [Sent. n. 162 del 2014](#).

²⁶ Le *Linee guida* sono consultabili all'indirizzo www.regioni.it/home_art.php?id=986.

contenuti mentre altri sarebbero stati costretti a sostenere costi maggiori o praticare un turismo sanitario non più internazionale ma nazionale.

Permangono tuttavia varie problematiche legate da una parte alla tardiva approvazione da parte delle varie giunte regionali delle linee guida uscite dalla Conferenza e, dall'altra, dalla stessa non omogeneità dei servizi offerti dalle stesse Regioni anche a seguito delle linee guida.

Risulta altresì necessario porsi il problema dell'esigenza di includere tale tecnica nei LEA (livelli essenziali di assistenza) dato che è auspicabile garantire in modo omogeneo tale diritto in tutto il territorio, fissare livelli minimi per la tutela dei diritti in questione e garantire un riconoscimento nazionale della tutela della salute di chi ha necessità di accedere a tale tecnica dato che, ogni diritto sociale, ha un costo (o un investimento) che deve essere sostenuto.

La stessa istituzione del registro dei donatori, disciplinato al comma 298 della legge di stabilità 2015, risulta essere un primo ma importante passo verso un superamento di alcune problematiche legate alla tracciabilità dei donatori, al controllo del numero di donazioni, al monitoraggio dello stato di salute, alla stessa regionalizzazione dei diritti.

In verità, ad oggi, molte altre sono le questioni aperte che rischiano di ostacolare l'effettività della tutela dei diritti sanciti dalla Corte nella sentenza in esame. *In primis* è necessario incentivare la donazione di gameti partendo dal concetto di gratuità della donazione, predisporre banche dati che garantiscano la *privacy* e la segretezza, contrastare ancor più fortemente ogni fenomeno illecito legato alla commercializzazione e alla scelta eugenetica che potrebbe ledere altrettanti diritti fondamentali, diminuire ancor di più il *gap* di assistenza sanitaria ancora presente tra le regioni.

Bisogna altresì rilevare, come giustamente è stato affermato in dottrina²⁷, che “*d'altra parte, la Corte, nella pronuncia in esame, non ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del generale divieto di ricorrere a tecniche di tipo eterologo, limitandosi ad eliminare dalla originaria previsione il caso delle coppie assolutamente infertili sterili, e, di conseguenza, escludendo per quest'ultima ipotesi la sanzionabilità delle relative condotte (ex art. 12, co. 1). La scelta – questa sì – politica di vietare in generale il ricorso alla donazione di gameti è rimasta fuori dal sindacato di costituzionalità. Non pare, quindi, che possa rimproverarsi al Giudice delle leggi la colpa dell'Ulisse dantesco, condannato per aver osato seguire, al di là dei limiti dettati dall'etica, la sua sete di conoscenza*”. Mi permetterei solo di aggiungere che se, tuttavia, fosse il legislatore a decidere di perseguire la *ubris* propria di Ulisse, rischierebbe di trovarsi come davanti al canto delle sirene: qualcuno sordo dalla cera e qualcun altro legato dalle corde.

²⁷ G. D'Amico, *op. cit.*