

17 GIUGNO 2015

I “correttivi” alla legge n. 40 del 2004
in materia di procreazione
medicalmente assistita ad opera della
giurisprudenza costituzionale

di Luca Varrone

Magistrato addetto all'ufficio del ruolo e del massimario della Corte di Cassazione e
assistente di studio della Corte costituzionale

I “correttivi” alla legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita ad opera della giurisprudenza costituzionale^{*}

di Luca Varrone

Magistrato addetto all’ufficio del ruolo e del massimario della Corte di Cassazione e
assistente di studio della Corte costituzionale

Sommario: **1.** La natura necessaria dal punto di vista costituzionale della legge n. 40 del 2004. **2.** Il bilanciamento della tutela dell’embrione con altri beni e valori costituzionali e in particolare con la tutela della salute «fisica» della donna. **3.** Il progressivo superamento dei problemi legati ai limiti soggettivi di accesso alle tecniche di PMA e alla diagnosi reimpianto. **4.** L’incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa. **5.** Segue... la sua irragionevolezza intrinseca. **6.** Conclusioni.

1. La natura necessaria dal punto di vista costituzionale necessaria della legge n. 40 del 2004

La legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante “*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*” è una delle più controverse leggi approvate dal Parlamento negli ultimi 20 anni.

Nel corso dell’*iter* della sua approvazione sono state innumerevoli le polemiche, i dubbi e le critiche che hanno caratterizzato il dibattito dal punto di vista politico-sociale. Polemiche e critiche che, anche dopo la definitiva approvazione, sono continuate in modo particolarmente acceso, convertendosi in interpretazioni volte all’utilizzo di tutti gli strumenti giuridici che l’ordinamento offre per opporsi ad una legge ritenuta errata o incostituzionale.

^{*} Articolo sottoposto a referaggio. Il presente contributo è in corso di pubblicazione sulla rivista dell’AIAF (Associazione Italiana Avvocati Familiaristi).

Dapprima sono stati proposti cinque quesiti referendari¹, di cui quattro per l'abrogazione di alcuni degli articoli che disciplinavano i punti più controversi della riforma e uno per l'abrogazione dell'intera legge.

A seguito del fallimento dei referendum, l'interpretazione delle questioni controverse si è trasferita nelle aule di giustizia e, segnatamente, in quelle della Corte Costituzionale e della Corte dei diritti dell'Uomo, oltre che nelle aule dei Tribunali mediante lo strumento, sempre più in espansione, dell'interpretazione adeguatrice.

Oggi, dopo poco più di un decennio, è possibile trarre un primo bilancio complessivo della legge n. 40 del 2004. In primo luogo deve evidenziarsi che si tratta della prima disciplina organica che nel nostro paese regola la complessa materia della procreazione medicalmente assistita; materia che, indubbiamente, coinvolge una pluralità di interessi costituzionali particolarmente rilevanti, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento in grado di assicurare un livello minimo di tutela legislativa, tanto più che la materia è soggetta a una continua evoluzione correlata allo sviluppo della ricerca e delle tecniche mediche.²

Oggi certamente si può affermare che è stato in parte superato l'impianto originario caratterizzante la legge che si fondava sulla equiparazione dell'embrione alla "persona già nata" e sulla conseguente predisposizione di una tutela tale da sacrificare ogni altro bene o valore coinvolto, anche se di rilievo costituzionale.

L'«eccesso di tutela» rigida e non «bilanciabile» dell'embrione aveva oggettivamente determinato, alla prova dei fatti, risultati negativi e irragionevoli.

I punti più controversi della legge erano stati quasi tutti individuati già al momento della formulazione dei requisiti referendari e riguardavano 1) i limiti di accesso alle tecniche e in particolare l'esigenza di garantire la fecondazione assistita non solo alle coppie sterili ma anche a

¹ M. D'Amico, *I diritti contesi*, Milano, 2008, 50 e ss

² Come sottolinea la stessa Corte Costituzionale analoghe finalità di bilanciamento e di tutela sono affermate a livello internazionale, in particolare con alcune disposizioni della Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 (*Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina. Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina*) e del relativo Protocollo addizionale stipulato a Parigi il 12 gennaio 1998 (*Sul divieto di clonazione di esseri umani*), testi sottoscritti anche dalla Comunità europea e di cui il legislatore nazionale ha autorizzato la ratifica e determinato l'esecuzione tramite la legge 28 marzo 2001, n. 145 (*Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina: Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, fatta a Oviedo il 4 aprile 1997, nonché del Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani*), nonché con alcuni contenuti dell'art. 3 (*Diritto all'integrità della persona*) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata nel 2000, in tema di consenso libero e informato della persona interessata, di divieto di pratiche eugenetiche, di divieto di clonazione riproduttiva degli esseri umani.

quelle affette da patologie geneticamente trasmissibili (la questione attualmente pende dinanzi alla Corte Costituzionale anche se sembra scontata una pronuncia di fondatezza) e l'eliminazione del limite di accesso alle tecniche costituito dall'impossibilità di ricorrere ad altri metodi terapeutici sostitutivi; 2) la possibilità di garantire la scelta delle opzioni terapeutiche più idonee ad ogni individuo e la conseguente possibilità per il medico di stabilire il numero di embrioni da impiantare; 3) la possibilità di rivedere il proprio consenso all'atto medico in ogni momento; 4) il divieto di fecondazione eterologa.

Come si è detto, quasi tutti i sopracitati aspetti sono stati superati o sono in procinto di esserlo mediante la meritevole ed insostituibile opera della nostra Corte Costituzionale e la spinta propulsiva che sempre più frequentemente proviene dalla Corte dei diritti dell'uomo.

Una legge di così rilevante portata richiede necessariamente un periodo di tempo per assestarsi nell'ordinamento, anche mediante lo sviluppo di prassi applicative, di interpretazioni adeguatrici e di rilievi di costituzionalità che ne rendano possibile l'armonizzazione con le restanti disposizioni che con tale disciplina necessariamente interferiscono.

Tuttavia, tenuto conto del continuo evolversi della ricerca scientifica e delle soluzioni che essa offre per il superamento delle patologie legate alla sterilità, l'assetto di tale disciplina non potrà mai dirsi definitivamente concluso, anche per l'infinita varietà di casi che possono verificarsi.

L'eliminazione delle forzature e degli eccessi di «tutela» rende oggi possibile riconoscere l'opportunità, anzi, la necessità dell'intervento legislativo in una materia così complessa, in grado di incidere su molteplici diritti fondamentali della persona e inscindibilmente connessa a scelte etiche individuali.

Tale opinione trova il conforto della sentenza della Corte Costituzionale n. 45 del 2005 con la quale, nel dichiarare inammissibile il quesito referendario volto all'abrogazione dell'intera legge n. 40, si è attribuita alla stessa la natura di legge c.d. «costituzionalmente necessaria»³.

³ Cavana P., *Appunti sulla l. 40/2004 e sui quesiti referendari*, in DIR.FAMIGLIA, 2005, num. 2, pag. 418; Drago F., *Le implicazioni connesse alla prassi del "plurireferendum"*, in in www.federalismi.it; Duranti S., *Vecchie incertezze e nuovi timori in tema di ammissibilità referendaria: spunti dalle ultime sentenze della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it; Fusco M., *I quesiti e la consultazione popolare: quanti strappi alla sentenza Paladini*, in DIRITTO E GIUSTIZIA, 2005, num. 0, pag. 74; Lamarque E., *Ammissibilità dei 'referendum': un'altra occasione mancata*, in www.Forumcostituzionale.it; Lamarque E., *'Referendum' sulla procreazione assistita: l'inammissibilità del quesito totale*, in QUAD. COST., 2005, pag. 994; Monaco G., *Il referendum per l'abrogazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita di fronte al limite delle "leggi costituzionalmente necessarie"*, in GIUR.COSTITUZ., 2005, num. 1, pag. 351; Penasa S., *L'ondivaga categoria delle leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato"*, in www.forumcostituzionale.it; Pugiotto A., *E' ancora ammissibile un referendum abrogativo totale?*, in QUAD. COST., 2005, num. 3, pag. 545; Ruggeri A., *Tutela minima di beni costituzionalmente protetti e 'referendum' ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita*, in www.Forumcostituzionale.it; Satta V., *Scompare definitivamente la distinzione tra leggi costituzionalmente necessarie e*

La Corte, in tale occasione, ha avuto modo di ricordare che esistono due distinte categorie di leggi costituzionalmente necessarie che non possono essere oggetto di richieste di abrogazione referendaria. Una prima categoria è quella delle «leggi ordinarie che contengono l'unica necessaria disciplina attuativa conforme alla norma costituzionale, di modo che la loro abrogazione si tradurrebbe in lesione di quest'ultima» ([sentenza n. 45 del 2005](#), [sentenza n. 26 del 1981](#) e [sentenza n. 16 del 1978](#)). La seconda comprende «le leggi ordinarie la cui eliminazione ad opera del referendum priverebbe di una tutela minima situazioni che tale tutela esigono secondo la Costituzione».

Secondo la Corte, inoltre, il referendum è inammissibile anche quando la legislazione oggetto della richiesta referendaria garantisce il «nucleo costituzionale irrinunciabile» di tutela di un principio costituzionale. In tali casi le leggi, in quanto dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona, una volta venute ad esistenza possono essere dallo stesso legislatore modificate o sostituite con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela precedentemente concessa, pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento⁴.

Ne consegue che, per quanto singoli aspetti della legge possano essere abrogati per via referendaria, modificati per via parlamentare o dichiarati contrari a costituzione o a norme sovranazionali, resta comunque necessaria una legge che regolamenti la materia non essendo possibile un vuoto di tutela o una totale libertà nelle scelte individuali, soprattutto rispetto alla coscienza etica che deve accompagnare la scienza medica. In altri termini si può discutere, e lo si è fatto, se sia giusto o meno vietare la fecondazione eterologa, ma non si può prescindere da una disciplina dello stato giuridico del nato dalle tecniche di PMA, così come, si può discutere se sia possibile una diagnosi preimpianto o se questa debba essere riservata solo alle coppie sterili, ma nessuno può mettere in discussione il divieto di *clonazione di esseri umani* o il divieto di compiere la selezione eugenetica degli embrioni.

leggi a contenuto costituzionalmente vincolato? Uno sguardo d'insieme alle sentenze sui referendum del 2005, in www.amministrazioneincammino.luiss.it

⁴ Corte Cost. n.45 del 2005

2. Il bilanciamento ad opera della Corte costituzionale della tutela dell'embrione con altri beni e valori costituzionali e in particolare con la tutela della salute «fisica» della donna.

Come si è detto la legge n. 40 del 2004 ha comunque subito una trasformazione ad opera della giurisprudenza costituzionale europea e di merito. Una graduale e continua metamorfosi della disciplina quale risultato di plurimi tentativi di bilanciamento tra opposte esigenze di rilievo costituzionale.

Si è anche detto che alcune prescrizioni erano apparse subito poco ragionevoli⁵, come l'obbligo di impiantare in un'unica operazione un numero massimo di tre embrioni. L'art. 14 della legge n. 40 del 2004, infatti, testualmente prevedeva *«Le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall'articolo 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre. Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile»*.

Al divieto di soppressione e di crioconservazione degli embrioni si affiancava il divieto di creazione di embrioni c.d. soprannumerari al fine di scongiurare un loro eventuale sacrificio, a quest'ultimo divieto si associava poi l'obbligo di un unico e contemporaneo impianto. L'autorizzazione alla crioconservazione rappresentava un'ipotesi eccezionale, configurabile esclusivamente nel caso di impossibilità di trasferimento degli embrioni a causa di gravi motivi di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna, comunque imprevedibile al momento della fecondazione⁶.

In effetti il divieto assoluto di creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, e comunque superiore a tre determinava in alcuni casi la necessità della moltiplicazione dei cicli di fecondazione, poiché non sempre i tre embrioni eventualmente prodotti risultavano in grado di dare luogo ad una gravidanza.

Paradossalmente erano i casi più gravi di sterilità che la legge si prefiggeva di «curare» ad essere particolarmente compromessi dipendendo le possibilità di successo dell'intervento oltre che dalle caratteristiche degli embrioni, dalle condizioni soggettive delle donne che si sottoponevano alla procedura di procreazione medicalmente assistita, e, ovviamente dalla loro età.

⁵ C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, 539.

⁶ P. SANFILIPPO, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita in diritto penale contemporaneo*. (www.dirittopenalecontemporaneo.it)

In tali casi si rendeva necessario, a causa del divieto legislativo, di ripetere numerose volte l'intero procedimento con il ricorso reiterato a cicli di stimolazione ovarica con il conseguente aumento dei rischi di insorgenza di patologie che a tale iperstimolazione sono collegate.

Gli effetti irragionevoli del divieto riguardavano anche i casi meno gravi di infertilità perché laddove erano maggiori le possibilità di attecchimento, l'obbligo di impiantare contemporaneamente tutti gli embrioni prodotti (nel numero massimo di tre) dava luogo a gravidanze plurime e a parti plurigemellari con seri rischi per le gestanti oltre che per i nascituri.

Risultava evidente, dunque, l'irragionevole bilanciamento operato dal legislatore della tutela dell'embrione rispetto alle esigenze di tutela della salute della donna oltre all'intrinseca irragionevolezza della norma rispetto al principio della gradualità e della minore invasività della tecnica di procreazione assistita affermato dall'art. 4, comma 2, della stessa legge⁷.

La Corte costituzionale, investita di tali problematiche, dopo alcuni iniziali tentennamenti, con la sentenza n. 151 del 2009 ha inciso profondamente sull'impianto dell'intera legge⁸, affermando, prima di tutto, che da essa stessa deve desumersi che la tutela dell'embrione non si configura

⁷ Sulla necessità del bilanciamento dei valori M. D'Amico, *La fecondazione "eterologa" ritorna davanti alla Corte costituzionale*, *Corriere Giur.*, 2013, 6, 745.

⁸ Agosta S., *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale*, in www.forumcostituzionale.it; Busnelli F.D., *Costa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *RIV.DIR.CIV.*, 2011, num. 4, parte I, pag. 459; Cartabia M., *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *QUAD. COST.*, 2012, num. 2, pag. 455; Casaburi G., *nota a Corte costituzionale; sent. n. 151 del 2009*, in *FORO IT.*, 2009, parte I, pag. 2302; Casini M., *La sentenza costituzionale 151/2009: un ingiusto intervento demolitorio della legge 40/2004*, in *DIR.FAMIGLIA*, 2009, num. 3, pag. 1033; Costantini M. P., *Prime osservazioni al dispositivo della sentenza della Corte costituzionale che dichiara l'illegittimità costituzionale parziale della legge n. 40 /2004 in materia di procreazione medicalmente assistita*, in www.federalismi.it; D'Avack L., *La Consulta orienta la legge sulla P.M.A. verso la tutela dei diritti della madre*, in *DIR.FAMIGLIA*, 2009, num. 3, pag. 1021; Di Genio G., *Il primato della scienza sul diritto (ma non su i diritti) nella fecondazione assistita*, in www.forumcostituzionale.it; Dogliotti M., *La Corte costituzionale interviene con autorevolezza sul trasferimento di embrioni e tutela della salute della donna*, in *FAMIGLIA DIR.*, 2009, num. 8-9, pag. 764; Gambino A. - Nicolussi A., *Alcuni rilievi sulle interpretazioni della sentenza della Corte costituzionale sulla legge 40/2004*, in www.forumcostituzionale.it; Manetti M., *La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, in www.costituzionalismo.it, 2009, num. 1; Razzano G., *L'essere umano allo stato embrionale e i contrappesi alla sua tutela. In margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 151/2009 e all'ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009*, in *GIUR.IT.*, 2010, num. 2, pag. 295; Salanitro U., *Principi e regole, contrasti e silenzi: gli equilibri legislativi e gli interventi giudiziari in tema di procreazione assistita*, in *FAMIGLIA, PERSONE E SUCCESSIONI*, 2010, num. 2, pag. 85; Tonolo S., *Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni*, in *RIV.DIR.INT.*, 2014, num. 4, pag. 1123; Villani R., *Procreazione assistita e Corte costituzionale: presupposti e conseguenze (dirette ed indirette) dal recente intervento della Consulta sulla disciplina della l. n. 40/04*, in *N.LEG.CIV.*, 2009, num. 3-4, pag. 475

come assoluta ma che può essere limitata in relazione alla necessità di bilanciarla con le esigenze della procreazione.

Partendo da questa premessa, con la citata sentenza, vengono evidenziati gli effetti negativi che l'art. 14 produce rispetto al bene costituzionalmente tutelato della salute della donna giungendo alla conclusione che sia del tutto irragionevole non riconoscere «al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto».

Si ribadisce dunque che un risultato positivo della procreazione medicalmente assistita dipende sia dalle caratteristiche degli embrioni, sia dalle condizioni delle donne che si sottopongono alle procedure e che l'individuazione di un limite legislativo alla creazione e all'impianto di embrioni finisce per *aggravare*, e non agevolare, le procedure di fecondazione assistita. Quanto minori saranno le probabilità di attecchimento embrionale, tanto maggiore sarà il rischio di dover esporre la donna a ulteriori e reiterati cicli di fecondazione e all'insorgenza conseguente di sindromi da iperstimolazione ovarica così come, nell'ipotesi inversa l'esito totalmente positivo dell'impianto condurrà a gravidanze plurime, considerate alla luce dei dati di esperienza e dalla letteratura scientifica come gravidanze a rischio per potenziali complicazioni e pregiudizi sia per la salute della donna che dei nascituri.

La predisposizione di un limite fisso e massimo di tre embrioni impiantabili, dunque, oltre a violare il principio della gradualità e della minore invasività della tecnica di procreazione assistita il cui rispetto è richiesto dall'art. 4, comma 2, ha risvolti negativi nella prassi, determinando un'inaccettabile sperequazione dei diritti della donna rispetto a quelli dell'embrione

In conclusione secondo la Corte la norma, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita, si pone in contrasto con l'art. 3 Cost., riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza, in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili; nonché con l'art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna - ed eventualmente, come si è visto, del feto - ad esso connesso.

Deve sottolinearsi che, nel caso di specie, il pregiudizio alla salute della donna non è inteso come salute psichica secondo quella nozione di salute corrispondente a quella sancita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità e accolto dalla nostra giurisprudenza costituzionale

(sentenza n. 251 del 2008; analogamente, sentenze n. 113 del 2004; n. 253 del 2003), ma è la salute fisica della donna ad essere gravemente compromessa dalla irragionevolezza della normativa.

Questa considerazione dovrebbe servire a convincere anche i più strenui sostenitori dell'originario impianto della legge n. 40 del 2004 della necessità dell'intervento della Corte costituzionale per ripristinare un corretto bilanciamento dei valori in gioco, non potendosi ammettere rischi così gravi per la salute della futura gestante.

Va comunque detto che l'intervento demolitorio della Corte costituzionale mantiene salvo il principio secondo cui le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, secondo accertamenti demandati, nella fattispecie concreta, al medico, ma esclude la previsione dell'obbligo di un unico e contemporaneo impianto e del numero massimo di embrioni da impiantare.

Ulteriore effetto della sentenza n. 151 del 2009 è quello di statuire implicitamente anche il riconoscimento della piena liceità – e non più il divieto – della crioconservazione degli embrioni che sono stati prodotti ma non impiantati tutti contemporaneamente, in virtù della scelta del medico orientata a garantire sia l'efficacia della terapia che la salvaguardia della salute della donna.

3. Il progressivo superamento dei problemi legati ai limiti soggettivi di accesso alle tecniche di PMA e alla diagnosi preimpianto

La possibilità per il medico di decidere il numero di embrioni da produrre per il buon fine della fecondazione e la possibilità di un impianto graduale degli stessi con conseguente possibilità di crioconservazione degli embrioni prodotti e non ancora impiantati ha implicitamente risolto anche un altro dei punti più controversi della legge n. 40 ovvero il divieto della c.d. diagnosi preimpianto⁹.

Su tale problematica, infatti, si era aperta un'altra diatriba legale per gli effetti irragionevoli che la norma produceva. Il problema in estrema sintesi era il seguente: le coppie sterili e dunque con accesso alle tecniche di procreazione assistita, che fossero anche portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, avrebbero voluto riconosciuta, in primo luogo, la possibilità di

⁹ Falletti E., *La diagnosi genetica preimpianto: una ricostruzione di dottrina e di giurisprudenza nazionale ed europea*, in CORR.GIUR., 2013, num. 2, pag. 234; La Rosa S., *La diagnosi genetica preimpianto: un problema aperto*, in FAMIGLIA DIR., 2011, num. 8, pag. 839; Liberali B., *La diagnosi genetica preimpianto fra interpretazioni costituzionalmente conformi, disapplicazione della legge n. 40 del 2004, diretta esecuzione delle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e questioni di legittimità costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.rivista.it, 2014, num. 2; Scalera A., *Il problema della diagnosi pre-impianto*, in GIUR.MERITO, 2013, num. 5, pag. 1029.

effettuare un esame degli embrioni prodotti per la fecondazione tramite il prelevamento di una o più cellule prima del loro impianto nell'utero in modo da accertare, mediante l'analisi genetica dei materiali del nucleo delle cellule prelevate, se uno di questi fosse portatore di (gravi) malattie genetiche, e, in secondo luogo, nel caso del verificarsi di tale sfortunata circostanza, si chiedeva di non impiantare l'embrione portatore della malattia a favore degli altri embrioni che fossero risultati sani.

Naturalmente la possibilità di selezionare l'embrione malato non era possibile in presenza del più volte citato art. 14 che obbligava ad un unico e contestuale impianto di tutti gli embrioni prodotti nel numero massimo di tre e che prevedeva, quale unica ipotesi di mancato trasferimento nell'utero della donna dell'embrione prodotto, una sua grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute e non prevedibile al momento della fecondazione. In tale caso la norma consentiva la crioconservazione dell'embrione ma solo fino alla data del trasferimento da realizzare non appena possibile.

Ancora prima, tuttavia, si discuteva della possibilità stessa di una diagnosi sull'embrione perché le operazioni necessarie avrebbero potuto danneggiarlo irrimediabilmente. Sulla questione intervennero le *«Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita»*, adottate dal Ministro della salute con decreto del 21 luglio 2004, ai sensi dell'art. 7, comma 1, della legge n. 40 del 2004, le quali, proibiscono ogni diagnosi preimpianto per finalità eugenetiche e stabilirono che le indagini relative allo stato di salute degli embrioni creati in vitro potessero essere solo di tipo «osservazionale».

Sul punto si aprì un'aspra disputa per l'irragionevolezza di una norma che costringeva una donna ad impiantarsi un embrione potenzialmente «malato», consentendole, tuttavia, nella fase della gravidanza un'interruzione della stessa. Infatti era lampante la contraddizione tra la protezione «assoluta» dell'embrione nella sua fase iniziale e la possibilità, successiva, per la donna di poter ricorrere alla scelta dell'aborto terapeutico, ammessa dalla legge n. 194 del 1978.

Sulla base di tali considerazioni, i Tribunali ordinari, dopo un tentativo di sottoporre la questione alla Corte costituzionale non riuscito perché giudicato inammissibile, hanno ritenuto di disapplicare le suddette linee guida del 2004 nella parte in cui prescrivevano il limite «osservazionale» dell'embrione, consentendo il prelievo di cellule per verificare la sussistenza o

meno della malattia geneticamente trasmissibile, mediante un'interpretazione costituzionalmente orientata della legge¹⁰.

In particolare il Tribunale di Cagliari e quello di Firenze, per la prima volta affermano la legittimità dell'indagine genetica preimpianto, evidenziando la necessità di assicurare adeguata tutela al diritto alla salute della donna e al diritto dei genitori ad essere informati sullo stato di salute degli embrioni prodotti. I giudici ritengono dunque illegittime e, quindi, disapplicabili per eccesso di potere le Linee guida ministeriali del 22 luglio 2004.

Il definitivo annullamento delle suddette Linee guida si deve al Tar Lazio che nel 2008 annulla, per eccesso di potere, il provvedimento ministeriale e rimette la legge 40 al giudizio della Consulta, invocandone la sospetta incostituzionalità¹¹.

Sulla spinta di questa giurisprudenza vengono così emanate nel 2008 nuove Linee guida, le quali, con riferimento alla DGP, ne dispongono la legittimità attraverso l'eliminazione dei commi delle precedenti Linee guida che limitavano la possibilità di indagine a quella osservazionale.

Ulteriore e connesso problema riguarda i limiti soggettivi all'accesso alle tecniche di procreazione assistita, in quanto anche le coppie non affette da patologie legate alla sterilità e quindi fertili, possono essere, invece, portatrici di malattie geneticamente trasmissibili.

In relazione a tali situazioni si pone il problema dell'illegittimità del divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, e quindi alla connessa possibilità di una diagnosi preimpianto dell'embrione prodotto al fine di una sua crioconservazione senza impianto.

¹⁰ Naturalmente la disapplicazione è stata possibile trattandosi di un decreto ministeriale. A questo proposito, infatti, è utile ribadire che qualora si fosse trattato di una fonte normativa primaria non sarebbe stata possibile alcuna disapplicazione anche in presenza di un contrasto con la C.E.D.U. Infatti in conformità alla giurisprudenza ormai pacifica della Corte costituzionale la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non può essere assimilata al diritto comunitario perché non crea un ordinamento giuridico sopranazionale ma costituisce un modello di diritto internazionale pattizio, idoneo a vincolare lo Stato ma improduttivo di effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da legittimare i giudici nazionali a disapplicare le norme interne ritenute contrastanti con quelle della CEDU. Tale situazione, inoltre, non è mutata per effetto della ratifica del Trattato di Lisbona in quanto la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non ha modificato - in linea con quanto affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 80 del 2011 - la propria posizione nel sistema delle fonti, ed il rinvio operato dall'art. 6, par. 3, del Trattato alla Convenzione non consente al giudice nazionale, nelle materie estranee al diritto dell'Unione europea ed in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta Convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa.

¹¹ Tar Lazio, sez. III quater, 21 gennaio 2008, n. 398, in *Famiglia e Diritto*, 2008, 499, con nota di A. Figone, *Illegittimo il divieto di indagini preimpianto sull'embrione?*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 495, con nota di S. Penasa, *Tanto tuonò e ne piovve: l'illegittimità parziale delle Linee Guida e la questione di costituzionalità della l. n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita*.

nell'utero qualora fosse risultato eventualmente portatore della malattia. Si è in attesa della sentenza della Corte costituzionale cui è stata rimessa la questione¹².

Deve notarsi che la soluzione del problema nel caso di malattie sessualmente trasmissibili è meno complessa perché in tal caso è sufficiente superare i limiti soggettivi all'accesso alle tecniche di PMA e non ci sono successive implicazioni circa la possibilità della finalizzazione della diagnosi alla crioconservazione dell'embrione malato senza che lo stesso venga impiantato nell'utero della donna, in quanto la malattia non si trasmette all'embrione.

Per questo motivo è stato possibile trovare una soluzione per via amministrativa, e infatti, nel 2008 il Ministero della salute, nell'approvare le nuove linee guida, ha previsto tale possibilità.

4. L'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa

Si ha fecondazione eterologa quando il seme maschile o l'ovulo femminile non appartengono ad uno dei componenti della coppia ma ad un donatore esterno alla stessa.

In altri termini, si deve ricorrere alla fecondazione eterologa quando la patologia di infertilità che affligge uno dei componenti della coppia o entrambi, è tale da non poter essere risolta ricorrendo alle tecniche di procreazione medicalmente assistita con materiale genetico della coppia stessa ma è necessario l'apporto di un terzo soggetto per poter portare a compimento il processo riproduttivo.

¹² La questione ha ad oggetto: a) la violazione dell'art. 3 Cost., inteso come principio di ragionevolezza (quale corollario del principio di uguaglianza), poiché l'esclusione dalla PMA comporterebbe la conseguenza irragionevole di costringere le medesime coppie, desiderose di avere un figlio non affetto da patologie genetiche, a dover affrontare l'esito incerto di una gravidanza naturale e dover, poi, ricorrere – ove rimanesse comprovata la trasmissione al feto di una tale malattia – alla, pur sempre dolorosa, scelta dell'aborto terapeutico, ammessa dalla legge n. 194 del 1978, invece evitabile ove fosse consentito legittimamente procedere alla diagnosi genetica preimpianto degli embrioni (con la possibilità di dar luogo ad una gravidanza); b) la violazione dell'art. 3 Cost., per la discriminazione che il suddetto divieto determina tra la condizione delle coppie fertili, portatrici di malattie genetiche trasmissibili, e quella delle coppie sterili o infertili (o in cui l'uomo risultasse affetto da malattie virali contagio; c) la violazione dell'art. 32 Cost. per la lesione del diritto alla salute della donna che per realizzare il desiderio di procreare un figlio non affetto da una patologia trasmissibile ereditariamente, sarebbe costretta a dover affrontare una gravidanza naturale per, poi, dover, eventualmente, ricorrere ad un aborto terapeutico (nel caso di accertata trasmissione della malattia genetica), con la configurazione di un concreto aumento dei rischi per la sua salute fisica e per la sua integrità psichica, in assenza di un adeguato bilanciamento tra la tutela; d) l'art. 117, comma 1, Cost., in relazione alla norma interposta di cui all'art. 8 della CEDU, poiché consentire l'aborto terapeutico nell'eventualità appena riferita – che avrebbe conseguenze ben più gravi nella sfera psico-fisica della donna (aspirante madre) rispetto alla diagnosi genetica preimpianto – escluderebbe la funzionalità del divieto imposto dall'art. 4, comma 1°, della legge n. 40 del 2004, che si risolverebbe nell'incoraggiamento del ricorso all'aborto del feto, rispetto allo scopo perseguito dalla citata legge, consistente nella tutela del nascituro, traducendosi, in particolare, in una indebita ingerenza nella vita privata e familiare delle anzidette coppie, che dovrebbe ritenersi non proporzionale.

Prima del divieto introdotto dalla legge n. 40 del 2004 la fecondazione eterologa era ammessa nel nostro ordinamento¹³, e l'assenza di una disciplina aveva determinato alcune storiche pronunce.

Una prima della Corte costituzionale che con la sentenza n. 347 del 1998¹⁴, nel dichiarare inammissibile la questione di costituzionalità sollevata in relazione all'art. 235 cod. civ. che disciplina l'istituto del disconoscimento di paternità, affermò che tale norma «riguarda esclusivamente la generazione che segua ad un rapporto adulterino» e non disciplina quella sostanzialmente diversa del figlio nato da fecondazione assistita.

La seconda pronuncia, della Corte di Cassazione, Sezione I civile, 16 marzo 1999 n. 231 che, confermando l'interpretazione del giudice delle leggi, stabilì che «Il marito che abbia validamente concordato o comunque manifestato il proprio preventivo consenso alla fecondazione eterologa non ha azione per il disconoscimento della paternità del bambino nato in seguito a tale fecondazione».¹⁵

La *ratio* del divieto introdotto dal legislatore nel 2004 sembra doversi individuare nel diritto del nascituro a una famiglia che abbia il suo patrimonio genetico o biologico.

Il legislatore del 2004 ha valutato come un disvalore la nascita di un figlio biologicamente e geneticamente appartenente ad uno solo dei componenti della coppia. In tal caso, appunto, si è ritenuto esserci un interesse primario del figlio ad un'identità familiare e alla certezza biologica della genitorialità come «condizione prioritaria per la strutturazione della sua identità personale»,

¹³ Anteriormente, l'applicazione delle tecniche di fecondazione eterologa era lecita ed ammessa senza limiti né soggettivi né oggettivi. Nell'anno 1997 era praticata da 75 centri privati (Relazione della XII Commissione permanente della Camera dei deputati presentata il 14 luglio 1998 sulle proposte di legge n. 414, n. 616 e n. 816, presentate nel corso della XII legislatura). Tali centri operavano nel quadro delle circolari del Ministro della sanità del 1° marzo 1985 (Limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del Servizio sanitario nazionale), del 27 aprile 1987 (Misure di prevenzione della trasmissione del virus HIV e di altri agenti patogeni attraverso il seme umano impiegato per fecondazione artificiale) e del 10 aprile 1992 (Misure di prevenzione della trasmissione dell'HIV e di altri agenti patogeni nella donazione di liquido seminale impiegato per fecondazione assistita umana e nella donazione d'organo, di tessuto e di midollo osseo), nonché dell'ordinanza dello stesso Ministero del 5 marzo 1997, recante «Divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani» (avente efficacia temporalmente limitata, poi prorogata per ulteriori novanta giorni da una successiva ordinanza del 4 giugno 1997).

¹⁴ Con nota di M. Morelli, Ancora una nuova tipologia di decisione costituzionale: la «interpretativa di inammissibilità» (a proposito della sentenza n. 347 del 1998, sulla azione di disconoscimento di figlio nato mediante inseminazione eterologa), in Giust. civ., 1998, I, 2410

¹⁵ Deve notarsi, a tal proposito, che negli anni 90 la ricerca scientifica aveva ottenuto ottimi risultati nella conservazione del seme maschile mentre solo in un periodo più recente gli stessi risultati si sono ottenuti anche per l'ovulo femminile. In ogni caso deve ulteriormente evidenziarsi che la donazione dell'ovulo femminile è molto più difficile di quella del seme maschile e richiede una procedura complessa e dolorosa per la donatrice.

perché altrimenti sarebbe destinato a vivere in contesti familiari deteriori rispetto a quelli nati attraverso processi riproduttivi tradizionali.

Si è, dunque, in presenza di una problematica di tipo diverso rispetto a quella che caratterizza la disciplina della procreazione medicalmente assistita, in quanto non vi è alcuna necessità ulteriore di tutela dell'embrione rispetto alla fecondazione omologa mentre quel che viene in rilievo è la tematica della famiglia e, in particolare, il diritto del nascituro ad avere due genitori biologici e a conoscere le proprie origini.

Prima di commentare la sentenza n. 162 del 2014¹⁶ vale la pena di ripercorre le fasi che l'hanno preceduta. Infatti, per gli studiosi di diritto costituzionale, è particolarmente interessante il percorso che ha portato alla citata sentenza, soprattutto in relazione al c.d. «dialogo tra le Corti» e al rapporto tra le pronunce della Corte dei diritti dell'Uomo e la Corte costituzionale¹⁷.

Il primo scossone al divieto di eterologa viene da Strasburgo allorché, nell'aprile del 2010, la Prima Sezione della Corte Edu ritenne il divieto di fecondazione eterologa contrastante con gli artt. 8 e 14 della convenzione.

Secondo il giudice europeo, nonostante l'ampio margine di discrezionalità degli Stati, qualora sia disciplinata la PMA, la relativa regolamentazione deve essere coerente e considerare adeguatamente i differenti interessi coinvolti, in accordo con gli obblighi derivanti dalla Convenzione, con conseguente irragionevolezza del divieto assoluto delle tecniche di

¹⁶ Berti de Marinis G., *Il ruolo della giurisprudenza nell'evoluzione della disciplina in tema di procreazione medicalmente assistita*, in RESP. CIV E PREV., 2014, num. 5, pag. 1716, collocazione A.50; Carbone V., *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*, in FAMIGLIA DIR., 2014, num. 8-9, pag. 761 Casaburi G., *"Requiem" (gioiosa) per il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa: l'agonia della l. 40/04*, in FORO IT., 2014, parte I, pag. 2343; Casonato C., *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confronticostituzionali.eu, 2014; Ciervo A., *Una questione privata (e di diritto interno). La Consulta dichiara incostituzionale il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in www.diritticedu.unipg.it, 2014; D'Amico G., *La sentenza sulla fecondazione "eterologa": il peccato di Ulisse*, in QUAD. COST., 2014, num. 3, pag. 663; D'Avack L., *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, in DIR.FAMIGLIA, 2014, num. 3, pag. 1005, D'Amico M., *Sull'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa fra i principi costituzionali ed europei*, in M. D'Amico - B. Liberali (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, 2012, 18 e ss.; Morrone A., *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in www.forumcostituzionale.it, 2014; Porracciolo A., *Un divieto non giustificabile dall'ordinamento se ostacola la realizzazione della genitorialità*, in GUIDA AL DIRITTO, 2014, num. 27, pag. 27; Romboli R., *Nota a Corte cost., sent. 162/2014*, in FORO IT., 2014, parte I, pag. 2324; Ruggeri A., *La sentenza sulla fecondazione "eterologa": la Consulta chiude al "dialogo" con la Corte EDU*, in QUAD. COST., 2014, num. 3, pag. 659; Veronesi P., *La legge sulla procreazione assistita perde un'altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in www.forumcostituzionale.it, 2015; Violini L., *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it, 2014

¹⁷ Murgo, *Il giudizio di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa dopo la decisione della Grande Chambre della corte di Strasburgo* (Nota a Corte cost., ord. 7 giugno 2012, n. 150, S. B.), Nuova giur. civ., 2012, I, 870

procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo e lesione delle citate disposizioni convenzionali, dal momento che lo stesso non costituirebbe l'unico mezzo possibile per evitare il rischio di sfruttamento delle donne e di abuso di tali tecniche e per impedire parentele atipiche, non costituendo il diritto del bambino a conoscere la sua discendenza effettiva un diritto assoluto.

La sentenza della Corte di Strasburgo determinò il consequenziale effetto di trasferire la questione alla Corte costituzionale secondo il noto schema affermatosi a partire dalle c.d. «sentenze gemelle» n. 348 e 349 del 2007.

Furono ben tre Tribunali (Milano, Catania e Firenze) che sollevarono la questione di costituzionalità in relazione alla violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. in relazione agli art. 8 e 14 CEDU. Tuttavia, si verificò un imprevisto: successivamente alle ordinanze di rimessione e nelle more del giudizio costituzionale, la Grande Camera della Corte di Strasburgo – alla quale, ai sensi dell'art. 43 della CEDU, è stato deferito il caso deciso dalla Prima Sezione – con la sentenza del 3 novembre 2011, S.H. e altri c. Austria, si pronunciò nel senso opposto a quello che aveva indotto i Tribunali rimettenti a sollevare la questione di costituzionalità¹⁸.

La sentenza della Grande Camera, per la verità non è chiarissima e si presta a diverse interpretazioni. La Corte europea dopo avere osservato, tra l'altro, che ad essa non spetta «considerare se il divieto della donazione di sperma e ovuli in questione sarebbe o meno giustificato dalla Convenzione», ma spetta, invece, decidere «se tali divieti fossero giustificati», ha affermato che «il legislatore austriaco non ha all'epoca ecceduto il margine di discrezionalità concessogli né per quanto riguarda il divieto di donazione di ovuli ai fini della procreazione artificiale né per quanto riguarda il divieto di donazione di sperma per la fecondazione in vitro» ed ha escluso la denunciata violazione dell'art. 8 della Convenzione, reputando che non vi fosse «alcuna ragione di esaminare separatamente i medesimi fatti dal punto di vista dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 della Convenzione».

Di fronte a questa nuova pronuncia, la Corte costituzionale, con ordinanza n. 150 del 2012¹⁹, decise di restituire gli atti ai rimettenti per una nuova valutazione in ordine al parametro evocato

¹⁸ Murgo, La grande chambre decide sulla fecondazione eterologa e la rimette all'apprezzamento degli stati contraenti (Nota a Corte europea diritti dell'uomo, 3 novembre 2011, S. H. c. Gov. Austria), Nuova giur. civ., 2012, I, 233 – Nicosia, Il divieto di fecondazione eterologa tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale (Nota a Corte europea diritti dell'uomo, 3 novembre 2011, S. H. c. Gov. Austria), Foro it., 2012, IV, 219

¹⁹ Nicolussi e Renda, Fecondazione eterologa: il pendolo fra corte costituzionale e corte Edu (Nota a Corte cost., ord. 7 giugno 2012, n. 150, S. B.), Europa e dir. privato, 2013, 212

dell'art. 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 8 CEDU che tenesse conto anche della motivazioni della sentenza della Grande camera.

Questa decisione è stata molto criticata dalla dottrina perché la Corte era investita della questione di costituzionalità del divieto di fecondazione eterologa anche in relazione ad altri parametri costituzionali. In tal modo, si è vista, da parte di alcuni studiosi, un'implicita subalternità dei parametri interni rispetto a quello della convenzione dei diritti dell'uomo.

Tuttavia deve osservarsi che la Corte costituzionale aveva spiegato le ragioni della restituzione degli atti affermando che anche in relazione agli altri parametri la sentenza della Corte Edu dovesse ritenersi rilevante perché era espressamente richiamata dai rimettenti a supporto della motivazione della non manifesta infondatezza anche sotto tale diverso profilo.

I Tribunali rimettenti sollevarono nuovamente la questione di costituzionalità, questa volta però solo sulla base di parametri costituzionali interni e, tranne il Tribunale di Milano, senza invocare la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost..

Secondo i rimettenti l'art. 4, comma 3, nel vietare il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, si porrebbe in contrasto con l'art. 3 Cost., in quanto, avendo la legge n. 40 del 2004 lo scopo di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana», il divieto dallo stesso stabilito realizzerebbe un diverso trattamento delle coppie affette da sterilità o da infertilità, nonostante esse versino in situazioni sostanzialmente omologhe e, quindi, meritevoli di avere l'eguale possibilità di ricorrere alla tecnica più utile di PMA, al fine di porre rimedio alla patologia dalla quale sono affette.

La norma citata recherebbe un *vulnus* anche agli artt. 2, 29 e 31 Cost., in quanto – benché il primo di detti parametri riconosca e tuteli il diritto alla formazione della famiglia (oggetto anche del secondo parametro) – non garantirebbe alle coppie colpite da sterilità o infertilità assoluta ed irreversibile il diritto fondamentale alla piena realizzazione della vita privata familiare e di autodeterminazione in ordine alla medesima, con pregiudizio per le coppie colpite dalla patologia più grave, del diritto di formare una famiglia e costruire liberamente la propria esistenza.

Il divieto di fecondazione eterologa violerebbe gli artt. 3 e 32 Cost. anche perché pone in pericolo l'integrità fisica e psichica di dette coppie mentre in materia di pratica terapeutica la regola dovrebbe essere l'autonomia e la responsabilità del medico, il quale, con il consenso del paziente, deve effettuare le necessarie scelte professionali. Sotto un ulteriore profilo sarebbero lesi gli artt. 2 e 31 Cost. poiché la soluzione dei problemi riproduttivi della coppia sarebbe riconducibile al diritto fondamentale alla maternità/paternità e le norme censurate avrebbero realizzato un irragionevole bilanciamento del diritto alla salute della madre biologica e della madre genetica, del

diritto costituzionalmente protetto alla formazione della famiglia e dei diritti del nascituro, anche in considerazione del carattere ipotetico dell'eventuale sofferenza psicologica provocata dalla mancata conoscenza della propria origine genetica e dell'esistenza di un istituto quale l'adozione, che ammette le relazioni parentali atipiche.

La Corte ha ritenuto che lo scrutinio delle censure dovesse essere effettuato, avendo riguardo congiuntamente a tutti questi parametri, poiché la procreazione medicalmente assistita coinvolge plurime esigenze costituzionali e, conseguentemente, la legge n. 40 del 2004 incide su una molteplicità di interessi di tale rango. Questi, nel loro complesso, richiedono un bilanciamento tra gli stessi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa.

Il punto di partenza è lo stesso della sentenza n. 151 del 2009 sopra citata ovvero che la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione e con altri beni costituzionali.

Ciò premesso, il ragionamento della Corte si sviluppa in più punti. La scelta della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare. Conseguentemente, le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango. La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera.

La Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli (come è deducibile dalle sentenze n. 189 del 1991 e n. 123 del 1990). Tuttavia, il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione. La considerazione che tale istituto mira prevalentemente a garantire una famiglia ai minori rende evidente che il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa.

Secondo la Corte, è certo che l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura

anche rilevante, sulla salute psichica della coppia. Diritto alla salute, che, secondo la costante giurisprudenza costituzionale, va inteso *«nel significato, proprio dell'art. 32 Cost., comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica»* e *«la cui tutela deve essere di grado pari a quello della salute fisica»*.

Si può eliminare in radice il pericolo che si ricorra a tali tecniche per fini eugenetici perché la possibilità di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo vale solo per le coppie in relazione alle quali sia stata accertata l'esistenza di una patologia irreversibile di sterilità o infertilità assolute.

Premesso quali sono gli altri valori costituzionali coinvolti la Corte ribadisce che la PMA di tipo eterologo mira a favorire la vita e pone problematiche riferibili eminentemente al tempo successivo alla nascita. L'unico interesse di rango costituzionale nel quale trova giustificazione il divieto di fecondazione eterologa è quello della lesione del diritto del nascituro ad una genitorialità naturale, e alla possibilità di conoscere la propria identità genetica.

Risulta palese, quindi, la sproporzione tra i valori in campo e l'irragionevole bilanciamento dei beni e interessi di rilievo costituzionale. Infatti, nella sentenza sono preliminarmente richiamati i principi da sempre utilizzati in materia di irragionevolezza e, in applicazione degli stessi, si afferma che proprio alla luce dello scopo della legge n. 40 del 2004 dichiarato all'art. 1, comma 1, *«di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana»*, la preclusione assoluta di accesso alla PMA di tipo eterologo introduce un evidente elemento di irrazionalità, poiché la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, alla formazione della famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute, è stabilita in danno delle coppie affette dalle patologie più gravi, in contrasto con la stessa *ratio legis* e senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato.

La Corte individua un ulteriore profilo di incostituzionalità della legge n. 40 perché, nel regolamentare gli effetti della PMA di tipo eterologo praticata al di fuori del nostro Paese, realizza un ingiustificato diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi.

5. Segue... la sua irragionevolezza intrinseca

Sul tema della regolamentazione della pratica di aggiramento del divieto di fecondazione eterologa mediante il c.d. turismo procreativo si impone un'ulteriore riflessione.

La Corte, in questo caso, parla di un ingiustificato diverso trattamento delle coppie afflitte da una patologia di sterilità tale da dover ricorrere alla fecondazione eterologa sulla base della loro capacità economica.

In altri termini si dice che è inammissibile l'idea che il divieto di fecondazione eterologa possa essere facilmente eluso da parte di coloro che dispongono dei mezzi necessari per sottoporsi al trattamento in Stati ove lo stesso sia consentito, senza alcuna conseguenza, mentre le coppie senza mezzi economici adeguati devono subire interamente le conseguenze della legislazione italiana.

Secondo la Corte in tal modo la disponibilità economica assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale e non come inconveniente di fatto, bensì come diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole.

A nostro avviso la Corte non sviluppa fino in fondo il suo ragionamento assolutamente corretto nelle premesse. Naturalmente si tratta solo di un ulteriore motivo di irragionevolezza che si aggiunge a quelli sopra riportati. Se, infatti, il divieto introdotto dal legislatore con l'art. 4, comma 3, della legge n.40 del 2009 si fonda sull'esigenza di tutela del nascituro che vedrebbe lesa il suo diritto alla genitorialità naturale e alla conoscenza del suo patrimonio biologico, ciò si pone in evidente e insanabile contraddizione con quanto previsto dall'art. 9 della medesima legge che introduce il divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre.

L'ultima norma citata prevede che qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice. Così come la madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396. Infine, sempre in caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi.

Si tratta indubbiamente di una disciplina dettata allo scopo di offrire la miglior tutela possibile al nato. Ma è proprio su questo punto che diventa evidente la contraddizione in cui cade il legislatore e l'intrinseca irragionevolezza del divieto..

Se, infatti, l'esigenza del divieto era mossa dal bisogno di genitorialità naturale del nascituro e dal diritto di conoscere le proprie origini, risulta allora palesemente irragionevole che il legislatore, sempre a tutela del nato, introduca delle norme di segno completamente opposto nei casi in cui il divieto sia stato violato.

Se il nascituro ha bisogno dei suoi veri genitori, non si comprende la ragione per la quale gli si nega questa possibilità, affermando che il donatore (ovvero il suo genitore biologico) non assume alcuna relazione parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto ma soprattutto non può essere titolare di alcun obbligo.

Sembra evidente che il legislatore da un lato introduce il divieto a tutela del nascituro, e dall'altro adotta una disciplina (in linea con gli Stati dove la fecondazione eterologa è ammessa) dalla quale emerge che, nel caso di violazione del divieto, la miglior tutela possibile per il nato è proprio quella che si determina dalla fecondazione eterologa vietata.

Non si può non vedere, l'irragionevolezza di una siffatta regolamentazione che da un lato proibisce la fecondazione eterologa e dall'altro "premia" chi aggira il divieto, assicurandogli esattamente quella tutela che ci si aspetterebbe da una legislazione permissiva.

6. Conclusioni

Come si è detto in premessa, la disciplina dei fenomeni legati alla procreazione medicalmente assistita è assolutamente necessaria per scongiurare i rischi di uso a fini eugenetici delle conquiste della scienza medica, e anche, ad avviso di chi scrive, per evitare il fiorire di un mercato estremamente redditizio di materiale genetico.

Nel dichiarare incostituzionale il divieto di eterologa, infatti, la Corte costituzionale ha chiarito che le disposizioni in materia di requisiti soggettivi, modalità di espressione del consenso e documentazione medica necessaria ai fini della diagnosi della patologia e della praticabilità della tecnica, nonché a garantire il rispetto delle prescrizioni concernenti le modalità di svolgimento della PMA ed a vietare la commercializzazione di gameti ed embrioni e la surrogazione di maternità (art. 12, commi da 2 a 10, della legge n. 40 del 2004) sono applicabili direttamente (e non in via d'interpretazione estensiva) a quella di tipo eterologo.

Tuttavia è evidente che la varietà dei casi e delle situazioni che possono verificarsi unitamente ai progressi della ricerca scientifica richiedono un continuo adattamento della disciplina.

Volendo gettare lo sguardo verso il futuro è già possibile prevedere che ulteriori questioni si porranno all'attenzione del giudice delle leggi o della Corte dei diritti dell'Uomo.



È prevedibile che nuove questioni saranno sollevate con riferimento ai limiti soggettivi all'accesso alle tecniche. La sentenza n. 162 del 2014, infatti, prudentemente, ha parlato solo di famiglia e di coppia e ha affermato che «l'illegittimità del divieto non incide sulla previsione recata dall'art. 5, comma 1, di detta legge, che risulta ovviamente applicabile alla PMA di tipo eterologo (come già a quella di tipo omologo); quindi, alla stessa possono fare ricorso esclusivamente le «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi».

Probabilmente, sulla base delle stesse motivazioni della sentenza n. 162 del 2014, presto la Corte sarà chiamata a valutare la ragionevolezza o meno del divieto di accesso alle tecniche anche per la donna single.