



Data pubblicazione 15.09.2014

Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la la PMA di tipo eterologo
(ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014).
di

Vincenzo Baldini

1. Il diritto fondamentale ad essere genitori assume sempre nuove e più articolate caratterizzazioni, in ragione tanto del progresso scientifico quanto dell'evoluzione del contesto sociale sempre di più connotato da un pluralismo delle forme di stabile convivenza (unioni di fatto, unioni omosessuali) che si affiancano al tradizionale modello di famiglia. Da tempo, peraltro, è acceso il dibattito, tanto dottrinale quanto politico, sulla procreazione medicalmente assistita come forma di esercizio del diritto alla genitorialità, che in Italia ha trovato un primo esito, dopo una lunga fase di gestazione parlamentare, nella l. n. 40/2004 *. Tra le peculiarità di tale legge, oltre all'accesso consentito alle sole coppie eterosessuali (art. 5) era il divieto del ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo (art.4, comma 3), con seme od ovulo di donatore/donatrice.

Ora la Corte costituzionale, con la sentenza n. 162/14, ha dichiarato l'incostituzionalità per contrasto con una serie di parametri costituzionali (artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost.)¹ dell' art. 4, comma 3 della legge in parola, con l' esito di estendere la possibilità di ricorso alla PMA anche alle coppie affette da patologie più gravi (come ad es., la azoospermia completa del coniuge maschile o la sterilità assoluta causata da menopausa precoce, del coniuge femminile), che rendevano impossibile l' impiego della tecnica fecondativa di tipo omologo.

¹ Peraltro, l'interesse e le molteplici aspettative -di tipo giuridico e politico-sociale- intorno a tale questione trovano un qualche riscontro, oltre che nella molteplicità dei giudici *a quibus* (Tribunale ordinario di Milano, Tribunale ordinario di Firenze, Tribunale ordinario di Catania) anche nella vivacità del dibattito che ha preceduto l'emissione della sentenza.

2. La sentenza in commento riveste certamente una portata storica in quanto abbatte in modo definitivo un divieto imposto dal legislatore rappresentativo a tutela di interessi concorrenti, aprendo così la strada ad un utilizzo pieno delle tecniche di PMA. Così, all'interrogativo se il diritto alla genitorialità legittimi il ricorso ad ogni soluzione medica, di tipo terapeutico o sostitutivo, in grado di soddisfarne la correlativa pretesa la Corte costituzionale sembra aver dato una risposta affermativa che va ben oltre le preoccupazioni espresse all'epoca dal legislatore in merito alle tecniche di PMA di tipo eterologo.

Le argomentazioni poste a base di tale decisione possono sintetizzarsi nei seguenti punti essenziali: il diritto a voler essere (o non voler essere) genitori rappresenta un'espressione essenziale della libertà di autodeterminazione di cui al combinato disposto degli artt. 2, 3 e 31 C.. Tale diritto non può, dunque, subire pregiudizi che non siano giustificabili nell'ottica del bilanciamento con diritti concorrenti. In tema di tecniche di PMA, il divieto assoluto di alcuna di esse non si legittima se non quando esso rappresenti il solo mezzo possibile a disposizione del legislatore ordinario per tutelare interessi e valori concorrenti. Il divieto di PMA di tipo eterologo non rivela siffatta consistenza e non regge ad una verifica di razionalità. Né, in senso contrario, vale il richiamo alle problematiche che investono unicamente la fase successiva all'espletarsi della PMA di tipo eterologo (es. diritto all'identità biologica dei figli nati con tale metodo), le quali, come tali, non possono giustificare una dichiarazione di inammissibilità delle questioni sollevate dai giudici remittenti.

Preliminarmente, la Corte muove dalla considerazione circa la natura recente del divieto di PMA di tipo eterologo, introdotto per la prima volta dalla citata l. n. 40/2004, che ha posto termine ad una pratica consueta fino a quel momento di impiego della tecnica ora vietata, da parte delle strutture sanitarie autorizzate. Ciò, a dimostrazione che tale tecnica non rappresenta una novità nel campo dell'esperienza medica. Il giudice delle leggi considera poi che la determinazione della volontà di diventare (o non diventare) genitori, anche ricorrendo alla PMA di tipo eterologo, appare incoercibile allorquando non implichi vulnerazione di valori ed interessi paralleli, così che la sua limitazione in termini di divieto assoluto andrebbe "ragionevolmente e congruamente" giustificata unicamente in ragione dell'impossibilità di prestare in modo diverso una tutela giuridica ad interessi "di pari rango". Tanto, sul presupposto,

peraltro, che l'ordinamento giuridico statale considera favorevolmente la realizzazione di un progetto di famiglia con figli, come dimostra tra l'altro la normativa in materia di adozione la quale, in ultima analisi, ribadisce il valore marginale assunto, a tale riguardo, dal requisito della "provenienza genetica" dei figli stessi.

La disciplina oggetto del sindacato manifesta anche un'incidenza negativa sul diritto alla salute" quale comprensivo "della salute psichica oltre che fisica", frustrando l'aspettativa alla genitorialità, costituzionalmente tutelata, di coppie non in grado diversamente di poterla realizzare². Del resto, interventi "sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza" non possono ragionevolmente fondarsi esclusivamente su valutazioni di tipo politico ma impongono di "tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite".

La Corte, in particolare, rileva come la PMA di tipo eterologo miri a "favorire la vita" senza implicare per la salute dei donanti e dei donatari rischi che eccedono "la normale alea insita in qualsiasi pratica terapeutica ...". In ogni caso, la disciplina legislativa dei soggetti legittimati a ricorrere alle tecniche di PMA, già vigente per il ricorso a tecniche di fecondazione di tipo omologo, esclude in principio "un'eventuale utilizzazione della stessa ad illegittimi fini eugenetici". Di conseguenza, il campo delle problematiche costituzionali inerenti la PMA di tipo eterologo viene conchiuso alla sola fase successiva all'impiego di tale tecnica attenendo, nello specifico, alla lesione di interessi costituzionalmente rilevanti del nato, a partire dal "rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale". A risultare violato sarebbe, inoltre, il suo diritto alla conoscenza della propria identità genetica. All'obiezione della difesa erariale³, secondo cui l'accoglimento delle censure prospettate dai giudici *a quibus* avrebbe finito per aprire "incolmabili «vuoti normativi»" in ordine a profili non marginali della disciplina applicabile, venendo in rilievo "«una questione politica e di tecnica legislativa»" che avrebbe richiesto esclusivamente scelte di opportunità, come

² Su questo punto, peraltro, cfr. le considerazioni di G. Rocchi (con particolare riguardo all'ord.za di rimessione del giudice di Milano del 02.2.2011, *Il divieto di fecondazione eterologa viola il diritto alla salute?* in *Rivista AIC*, n. 2/2012.

³ In proposito, la Corte ha richiamato il proprio indirizzo consolidato in tema di dichiarazione illegittimità costituzionale di una norma, che, in presenza di un'accertata violazione di un diritto fondamentale, non può essere comunque limitato dal timore dell'inerzia del legislatore.

tali riservate alla discrezionalità del legislatore ordinario, la Corte replica precisando che nell'ordinamento già vi sono disposizioni che regolano "molti dei profili di più pregnante rilievo" (con riguardo, ad es., ai soggetti legittimati al ricorso, casi in cui è utilizzabile tale tecnica, allo status giuridico dei figli nati, etc.). In merito alla questione dell'identità genetica, si evidenzia il sostanziale superamento 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 (art. 28, c. 5, l. n. 184/83)".

Lo scrutinio di proporzionalità in senso stretto attiene, in generale, al giudizio circa la necessità ed idoneità della norma rispetto allo scopo legittimamente perseguito che sussiste solo quando "tra le misure appropriate", sia prescritta quella "meno restrittiva dei diritti a confronto", che stabilisca "oneri non sproporzionati" rispetto all'obiettivo da conseguire. Non si mostra tale, nella specie, il divieto assoluto di PMA di tipo eterologo che, invece, realizza "la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, alla formazione della famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute" a danno di quelle coppie "affette da patologie più gravi", in contrasto con la stessa *ratio* della legge n. 40/2014⁴. Tale divieto appare allora il "risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco", lesivo anche di un canone di razionalità svincolato da uno specifico paradigma normativo di riferimento ma declinato come esigenza "di conformità dell'ordinamento a valori di giustizia e di equità" [...] ed a criteri di coerenza logica, teleologica e storico-cronologica, che costituisce un presidio contro l'eventuale manifesta irrazionalità o iniquità delle conseguenze della stessa (sent. n. 87 del 2012) ". Un siffatto limite non sarebbe giustificabile "neppure richiamando l'esigenza di intervenire con norme primarie o secondarie per stabilire alcuni profili della disciplina della PMA di tipo eterologo".

A risultare violata è così la fondamentale libertà della coppia "destinataria della legge n. 40 del 2004" di formare una famiglia con figli "senza che la sua assolutezza sia

⁴ Né, secondo quel giudice, potrebbe assumere rilevanza la non perfetta assimilabilità delle fattispecie poste in comparazione -diritti politici e diritti personali sostanziali- "sia perché ciò è influente in relazione al canone di razionalità della norma, sia perché «il principio di cui all'art. 3 Cost., è violato non solo quando i trattamenti messi a confronto sono formalmente contraddittori in ragione dell'identità delle fattispecie, ma anche quando la differenza di trattamento è irrazionale secondo le regole del discorso pratico, in quanto le rispettive fattispecie, pur diverse, sono ragionevolmente analoghe» (sent. n. 1009 del 1988)".

giustificata dalle esigenze di tutela del nato, le quali devono ritenersi congruamente garantite”.

La censura di irrazionalità consegue anche alla considerazione della praticabilità di tale tecnica di PMA in altri Paesi, con l’ esito del determinarsi di “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”. Quanto detto non si pone soltanto come una realtà di fatto bensì come un effetto diretto delle disposizioni impugnate.

3. La decisione del giudice costituzionale risente immancabilmente -quanto meno sul piano del metodo- dell’ influenza dell’ autorevole precedente rappresentato dalla nota sentenza della I sezione della Corte di Strasburgo nella questione *SH e altri c/ Austria*, del 1.4.2010⁵ a cui ha fatto seguito, poi, la sentenza “riformatrice” della Grande Camera, del 3.11.2011⁶. In effetti, le conseguenze tratte dal giudice europeo in tema di valutazione della non proporzionalità delle misure adottate dal legislatore austriaco sono state sostanzialmente acquisite *mutatis mutandis* dal giudice nazionale, portando, in fine, alla censura del divieto di PMA di tipo eterologo.

Ma la decisione della Corte costituzionale appare a chi scrive meno convincente tenendosi conto tanto della varietà delle soluzioni normative apprestate in altri ordinamenti nazionali --come ha avuto modo di riconoscere anche la Grande Camera-- quanto, anche, di una poca indulgenza del giudice costituzionale verso scelte politiche, espressione di una discrezionalità legislativa che in uno Stato costituzionale democratico andrebbe censurate essenzialmente se viziata da una palese arbitrarietà.

A venire in questione, in altre parole, non è tanto il versante della coerenza delle argomentazioni addotte dal giudice costituzionale, o quello della loro sostanziale

⁵ Al riguardo, v. le osservazioni critiche di S. Anitori, *La Corte europea agisce, in materia di fecondazione assistita, come garante della razionalità della legislazione, anziché dei diritti degli individui*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011.

⁶ Al riguardo, cfr. R. Chieppa, *Fecondazione eterologa e Corte europea CEDU: quali effetti vincolanti nel contrasto di interpretazione tra due decisioni ed altri profili processuali di costituzionalità*, in www.federalismi.it, 2012.

fondatezza. In relazione al primo aspetto, infatti, non sembrano rilevarsi incongruenze nel sillogismo costruito dal giudice, la cui premessa maggiore viene a consistere nell'affermazione dell'esistenza di un diritto alla genitorialità quale espressione della libertà di autodeterminazione che trova adeguata copertura costituzionale (artt. 2, 3 e 31 C.). Tale diritto non può risultare pregiudicato da soluzioni legislative imitatrici che non trovino adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare nell'unico modo possibile valori concorrenti. La premessa minore è costituita dall'accertata non necessarietà del divieto assoluto di fecondazione assistita di tipo eterologo, previsto dalla legge, la conclusione apparsa coerente è dunque la dichiarata irragionevolezza/sproporzionalità di tale divieto.

Ma la fondatezza sostanziale delle argomentazioni addotte dal giudice, che anche la difesa erariale aveva tentato in sede processuale di confutare non si mostra del tutto scontata in primo luogo perché la Costituzione non contiene alcuna menzione espressa di un diritto alla genitorialità che, così, consegue piuttosto ad un'interpretazione sistematica del testo costituzionale (l'art. 2 in combinato disposto con gli artt. 29, 30 e 32)⁷. Peraltro, anche a ritenere sussistente un tale diritto esso andrebbe essenzialmente inteso come diritto di libertà negativa, garantito nei confronti di ogni ingerenza del potere pubblico che mirasse a limitare il diritto in questione. Ciò, tuttavia, non implica anche l'inclusione nella sua sfera materiale di tutela dell'impiego delle tecniche di PMA, la cui generale regolamentazione -soggetti legittimati, tecniche ammissibili, posizioni del personale sanitario chiamato ad operare, in relazione all'impiego di tali tecniche, in particolare, in quanto attiene al diritto all'obiezione di coscienza spettante a questi ultimi, etc.- resterebbe pertanto una prerogativa del legislatore democratico⁸.

Di contro, nella prospettiva della sentenza in commento l'accesso alle tecniche di PMA, di tipo omologo e/o eterologo, viene inteso come una forma di (necessaria)

⁷ Sui profili costituzionali della PMA di tipo eterologo, v. in generale P. Mezzanotte, *Brevi note sui profili costituzionali della fecondazione eterologa (e del suo divieto)*, in www.federalismi.it 2005.

⁸ Del resto, la Corte costituzionale –come anche la Corte EDU- non manca di sottolineare in sentenza che, nella specie, domina “un'ampia discrezionalità legislativa”. Ciò, tuttavia, avrebbe imposto, da parte di quel giudice, uno scrutinio stretto di costituzionalità, invece, l'esito censorio a cui quest'ultimo perviene, appare invece la conseguenza di un apprezzamento condotto attraverso l'impiego di una griglia di criteri di giudizio (proporzionalità in senso stretto, razionalità) dotati di un ampio spessore valutativo.

concretizzazione del diritto alla genitorialità, in relazione a soggetti che, in quanto afflitti da patologie, non possono realizzare in modo naturale la volontà di diventare genitori. In particolare, l' ammissibilità del ricorso anche alla tecnica di PMA di tipo eterologo sembra assumere i connotati della soluzione normativa costituzionalmente vincolata, che si pone pertanto al di fuori di ogni apprezzamento di opportunità politica da parte del legislatore. Stante la non indispensabilità del divieto assoluto di tale tecnica, affermato dalla Corte costituzionale, a quest' ultimo non sarebbe spettata alcuna facoltà di decidere in merito alla sua ammissibilità nella prospettiva, ad es., di tutelare altri interessi –identità biologica, rischio di parentele atipiche- ritenuti altrettanto meritevoli di una tutela. In definitiva, una volta posta la disciplina legislativa in materia, la sfera di esercizio della discrezionalità legislativa non avrebbe potuto comprendere anche una differenziazione dei trattamenti in merito alle tecniche di PMA.

Ma a parte la opinabilità di ogni giudizio che abbia riguardo ad un bilanciamento tra interessi concorrenti di rango costituzionale, suscita notevoli perplessità anche l' affermata violazione, da parte della disciplina impugnata, del canone di razionalità dell' ordinamento, misurato alla stregua di valori (giustizia, equità) che recano un elevato tasso di opinabilità e, dunque, di soggettività. In tale direzione, anzi, la riconosciuta illegittimità del divieto di PMA di tipo eterologo, in quanto implica la rinuncia alla tutela di istanze e diritti fondamentali che pure risultano in stretta connessione con il pieno sviluppo della persona umana e, in ultima analisi, con la tutela della sua dignità⁹, potrebbe andare nel senso opposto di recare un pregiudizio non marginale ai medesimi valori che, invece, si intenderebbero con essa in principio

⁹ In particolare con riguardo ai limiti che al diritto all'identità biologica dei genitori potrebbero derivare per il nato in seguito all'impiego della tecnica di PMA di tipo eterologo, la Corte, riportandosi alla propria giurisprudenza in materia, si limita ad affermare, apoditticamente, l'abbattimento del dogma della genitorialità naturale. Senza, peraltro tener conto che sono tutti da verificare gli esiti di un tale abbattimento nella pratica, se si pensa alla potenziale possibilità per una mamma che abbia partorito in costanza di anonimato, di riprendere memoria, anche a distanza di anni, di momenti e scelte che senz'altro hanno generato effetti traumatici in chi le ha assunte. In fine, la verifica svolta circa la "iniquità delle conseguenze" del divieto di PMA eterologa, nell'ambito dello scrutinio di razionalità, tende a comprendere, quale termine paradigmatico, un orizzonte normativo troppo ampio per determinarsi come un parametro obiettivo. Né vale, a contenerne l'ampio raggio di apprezzamento valutativo il riferimento a parametri "tecnici" (coerenza logica, teleologica e storico-cronologica) che, ad ogni modo si aprono ad una pluralità di esiti concreti.

garantire. Il divieto della PMA di tipo eterologo, in conclusione, per quanto criticabile sul piano dell'opportunità, non sembrava poter costituire un' arbitraria discriminazione posta dal legislatore.

5. Ad una prima lettura, la sent. n. 162/14 sembra confermare, in conclusione, la progressiva strutturazione del sindacato di costituzionalità che giunge a comprendere apprezzamenti del tutto sganciati da un preciso parametro di riferimento. Alla fine, sorprende poco l'esito di annullamento che, anzi, per un verso, rappresenta il consolidamento di tecniche di giudizio omologhe a quelle impiegate anche dai giudici di Strasburgo, nella direzione del massimo ampliamento della tutela dei diritti fondamentali. Non sfugge, peraltro, come in tale attività il giudice costituzionale lungi dal concentrare l' attività di esegesi costituzionale sulle sole disposizioni include, ai fini di una loro piena concretizzazione, aspetti e profili dell' esperienza, che in questo modo vengono ad assumere un rilievo giuridico come paradigmi integrati nel sindacato di legittimità costituzionale.

Di crescente rilievo, a tale riguardo, è anche la considerazione di indirizzi legislativi e, soprattutto, di orientamenti giurisprudenziali relativi ad altri ordinamenti stataòi europei (*Bundesgerichtshof* tedesco, corti costituzionali) relativi a fattispecie e/o questioni analoghe. Ciò rappresenta senz' altro un efficace viatico allo sviluppo di una percezione unitaria di valori e diritti fondamentali, in grado di modellare una cultura costituzionale europea omologando metodi e criteri dell' interpretazione giuridica.

Il risvolto, come l' altra faccia della medaglia, sta in particolare nel ruolo incisivo che sempre di più va assumendo la giurisprudenza costituzionale ai fini della concretizzazione dei diritti determinando, di questi ultimi, dimensioni e portata in grado di vincolare, a volte in modo assolutamente stringente, la discrezionalità del legislatore democratico. Così, in un contesto connotato da un pluralismo dei livelli di governo e dal costante e progressivo intreccio funzionale tra giurisdizioni, nazionale ed europea¹⁰, le tensioni tra le prerogative dello Stato costituzionale democratico ed il

¹⁰ In quest'ottica non sorprende la recente intraprendenza della Corte costituzionale sottolineata da alcune importanti decisioni –da quella sull'identità biologica (sent. n. 278/13), a quella sulla incostituzionalità della legge elettorale (sent. n. 1014), per finire a quella sull'annullamento del matrimonio in seguito a sentenza di rettificazione di sesso di uno dei due coniugi (sent. n. 170/2014), che trovano sovente ispirazione in decisioni di altri giudici

declivio verso lo Stato di giurisdizione si rendono manifeste con una certa evidenza. In definitiva, prevale l'idea che il processo di decisione democratica non trovi nella Costituzione soltanto il quadro di riferimento generale ma precise coordinate di azione che valgano a rendere l'esercizio della funzione legislativa funzionale in ogni caso all'attuazione di valori e principi della Carta fondamentale. Quanto tutto ciò sia o possa essere inteso come una deriva istituzionale o si mostri, invece, come la conseguenza fisiologica delle dinamiche proprie dello Stato costituzionale di diritto è questione, forse, di per sé destinata a rimanere ancora senza una risposta certa e definitiva.

europei (Corte EDU, Corte costituzionale tedesca). Ciò si contrappone all'esperienza precedente in cui lo stesso giudice è parso procedere con una maggiore cautela, dettata soprattutto dall'elevato tasso etico della materia oggetto del giudizio (si pensi alla questione del crocifisso nelle aule) o anche dal fatto che essa era fortemente intrecciata con aspetti di natura politico-istituzionale (es., giurisprudenza in tema di monopolio televisivo).