

Il divieto di fecondazione eterologa “per infertilità sociale” al vaglio della Corte costituzionale. A proposito della sentenza n. 221 del 2019

di

Francesca Piergentili*

SOMMARIO:1. La legge 19 febbraio 2004, n. 40 e le decisioni della Corte costituzionale in materia di procreazione medicalmente assistita. 2. Una nuova questione al vaglio della Consulta in tema di PMA: è illegittimo il divieto di accesso alle tecniche di PMA per la coppia omosessuale femminile?; 3. La richiesta di eterologa per “infertilità sociale”: esiste il diritto ad avere un figlio tramite la tecnologia per la coppia dello stesso sesso femminile?; 4. La struttura della famiglia tutelata dalla legge 40: la famiglia “*ad instar naturae*” come “luogo più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato”; 5. Il diritto alla vita tra tutela costituzionale della salute e autodeterminazione dell’individuo. 6. Conclusioni: la sent. n. 221 del 2019 nel panorama della giurisprudenza costituzionale in materia di diritto alla vita.

1. La legge 19 febbraio 2004, n. 40 e le decisioni della Corte costituzionale in materia di procreazione medicalmente assistita.

Il progresso tecnologico nel campo della procreazione umana ha consentito una scissione tra la sessualità e la procreazione, realizzata attraverso l’intervento della medicina. Considerando le potenzialità degli sviluppi della scienza e la delicatezza della materia, la legge 19 febbraio 2004, n. 40¹ in materia di procreazione medicalmente

* Dottore di ricerca in Categorie giuridiche e tecnologia dell’Università Europea di Roma

¹ Sulla quale, nella copiosa dottrina, si segnalano V. BALDINI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione per valori: alla ricerca di un bilanciamento tra istanze di libertà e istanze di giustizia*, in AA.VV., *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, a cura di V. Baldini, Torino, 2004; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Milano, 2004; AA.VV., *Procreazione assistita: problemi e prospettive*, Atti del Convegno di studi tenutosi a Roma, nell’Accademia nazionale dei Lincei, il 31 gennaio 2005, a cura di G. Razzano, Fasano, 2005; M.P. BACCARI, *La difesa del concepito nel diritto romano dai Digesta dell’Imperatore Giustiniano*, Torino, 2006; F. VARI, *Concepito e procreazione assistita. Profili costituzionali*, Bari, 2008; A. LOIODICE, voce *Diritto costituzionale (concepito e)*, in *Enciclopedia di bioetica e scienze giuridiche*, a cura di A. Tarantino, vol. IV, Napoli, 2012, 477 ss. Per una diversa prospettiva v., invece, i saggi contenuti nel volume AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, a cura di A. Celotto, N. Zanon, Milano, 2004, in particolare gli articoli di A. CELOTTO, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione*, e di M. D’ AMICO, *Riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice? In margine alla prima decisione sulla l. n. 40 del 2004*.

assistita (PMA), aveva tentato, dopo tanti anni di discussioni e lunghi lavori parlamentari, di trovare un equilibrio tra i vari interessi in gioco: la tutela del concepito, l'autodeterminazione della coppia, la libertà di ricerca.

Il diritto alla vita dell'embrione - in parte formalmente riconosciuto nell'art 1 della legge che "assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti" nella PMA, "compreso il concepito" - anziché essere pienamente tutelato, era stato bilanciato con il desiderio di procreare e di avere un figlio di una coppia infertile e sterile per causa patologica, accertata e certificata, o per causa inspiegata, ma comunque documentata per atto medico (art. 4 della l. n. 40 del 2004).

L'impianto originariamente previsto dal legislatore ha subito nel decennio passato modifiche importanti, tutte ad opera della Corte costituzionale. Gli interventi del giudice delle leggi sono stati incisivi e hanno realizzato quanto i referendum abrogativi del 2005² non erano riusciti a fare, per mancanza del quorum di partecipazione.

Si pensi al limite massimo dei tre embrioni per ciascun ciclo di PMA, previsto in origine dall'art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 2004 e modificato con la sent. n. 151 del 2009³; al divieto di fecondazione eterologa⁴, cancellato dalla sent. n. 162 del 2014⁵; al

² Sui referendum sulla legge n. 40 del 2004 cfr. A. RUGGERI, "Tutela minima" di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita (nota "a prima lettura" di Corte cost. nn. 45-49 del 2005), in *Forum Quad. cost.*, 2005. [Su di essi cfr., inoltre](#), F.J. BORREGO BORREGO, *La prudencia judicial en la interpretación de los derechos humanos*, in AA.VV. *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di F. Vari, Torino, 2012. Per una diversa prospettiva v. E. DOLCINI, *La legge sulla procreazione assistita: quali prospettive dopo il referendum del 2005?*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 103 ss.

³ Corte cost. sent. 8 maggio 2009 n. 151, in *Giur. cost.*, 3/2009, 1656 ss. Sui profili inerenti al diritto alla salute nella sentenza v. G. ROCCHI, *Il divieto di fecondazione eterologa viola il diritto costituzionale alla salute?*, in AA.VV. *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 155 ss.; M. CASINI, *La sentenza costituzionale 151/2009: un ingiusto intervento demolitorio della legge 40/2004*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 1033 ss.; G. RAZZANO, *L'essere umano allo stato embrionale e i contrappesi alla sua tutela. In margine alla sentenza della Corte cost. n. 151/2009 e all'ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009*, in *Giur. it.*, 2010, 1265 ss. Per una diversa posizione v. M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, 2009, 1688 ss.; E. DOLCINI, *Embrioni nel numero "strettamente necessario": il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 950 ss.

⁴ Sui profili di costituzionalità del divieto di eterologa v. i contributi nel volume AA.VV. *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit.

⁵ Corte cost. sent. 10 giugno 2014, n. 162, in *Giur. Cost.*, 2014, 2563 ss. Sulla sentenza si veda in particolare V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in questa *Rivista*, 2014; F. VARI, A

requisito per l'accesso alla PMA della sterilità e infertilità della coppia, ex art. 4 della legge, il quale è stato rimodulato dalla sent. n. 96 del 2015⁶. Quest'ultima ha consentito la fruizione delle tecniche di procreazione artificiale alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, facendo venire meno anche il divieto di diagnosi preimpianto.

Nelle sentenze ora citate il giudice delle leggi ha attenuato le garanzie previste dal Parlamento con la legge 40 a favore del concepito, in nome del diritto all'autodeterminazione, alla salute e alla genitorialità della coppia, estendendo in tal modo l'accesso alle tecniche di procreazione assistita.

2. Una nuova questione al vaglio della Consulta in tema di PMA: è illegittimo il divieto di accesso per la coppia omosessuale femminile?

Proprio nel solco di tale processo di "apertura" della normativa, la Consulta è stata nuovamente chiamata a decidere, nella sentenza qui commentata, sulla legittimità della legge 40, in riferimento, questa volta, ai requisiti soggettivi previsti per l'accesso alla PMA.

I giudici rimettenti – il Tribunale di Pordenone e il Tribunale di Bolzano⁷ – hanno infatti sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 della legge. Esso consente l'accesso alle tecniche di procreazione artificiale esclusivamente alle "coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi".

proposito della sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale in materia di procreazione eterologa, in Quad. dir. pol. eccl., 2014, 617 ss.; E. BILOTTI, Fecondazione eterologa, diritto alla genitorialità naturale e diritto alla conoscenza delle origini biologiche, in DIMT-Diritto Mercato Tecnologia, 2014, 65 ss.; ID., Procreazione assistita eterologa, in Il libro dell'anno del diritto 2015, a cura di R. Garofoli, T. Treu, Roma, 2015, 13 ss.; L. VIOLINI, La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione, in www.osservatorioaic.it, 2014; A. RUGGERI, La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunciato, al "dialogo" con la Corte Edu, su Forum Quad. cost., 2014.

⁶ Corte cost. sent. 5 giugno 2015, n. 96, in *Giur. cost.*, 2015, 789 ss., con nota di A. IANNUZZI, *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità del divieto di accesso alla diagnosi preimpianto e alla procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili e sgretola l'impianto della legge n. 40 del 2004. Osservazione a sentenza Corte Cost. 5 giugno 2015 n. 96*, 813 ss.

⁷ Le questioni di legittimità sono state sollevate con l'ord. n. 129 del 2018 del Tribunale ordinario di Pordenone (pubblicata in G.U., 1a Serie Speciale, n. 38 del 2018) e con l'ord. 60 del 2019 del Tribunale ordinario di Bolzano (pubblicata nella G.U. n. 17 del 2019).

In sostanza, i giudici hanno chiesto alla Corte di “rimuovere il requisito soggettivo di accesso alla PMA rappresentato dalla diversità di sesso dei componenti la coppia”, estendendo così l’accesso alle tecniche “alle coppie omosessuali in quanto tali: indipendentemente, cioè, dal fatto che i loro componenti risultino affetti, *uti singuli*, da patologie che li pongano in condizioni obiettive di infertilità o di sterilità”⁸.

Il giudizio di legittimità riguardava anche l’art. 12, commi 2, 9 e 10, della l. n. 40 del 2004, ove prevede un sistema rafforzato di sanzioni per chi applica le tecniche di PMA “a coppie ... composte da soggetti dello stesso sesso”. Nello specifico il comma 2 dell’articolo stabilisce una severa sanzione amministrativa pecuniaria (dai 200.000 ai 400.000 euro); il comma 9 rafforza la punizione per il sanitario con l’aggiunta della sospensione (da uno a tre anni) dell’attività professionale; il comma 10 prevede, infine, per la struttura, al cui interno è stata realizzata la pratica vietata, la sospensione dell’autorizzazione a praticare tecniche di PMA (con possibilità di revoca dell’autorizzazione in caso di violazione di più divieti o nell’ipotesi di recidiva).

Le due vicende oggetto dei giudizi principali erano simili, sia pure con alcune peculiarità. In entrambe, i giudici rimettenti si sono trovati investiti del ricorso proposto da una coppia formata da due donne, parti di una unione civile, inteso a superare il diniego opposto da un’Azienda sanitaria alla richiesta di accesso alla PMA per avere un figlio. Nel caso della coppia che si era rivolta al Tribunale di Bolzano vi era anche una infertilità individuale, essendo tutte e due le donne componenti la coppia affette da patologia riproduttiva⁹. Pertanto, il solo Tribunale di Bolzano sottoponeva al giudizio di legittimità anche l’art. 1, commi 1 e 2, e l’art. 4 della legge – che prevede l’accesso alla PMA nei casi di accertata impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione e solamente nei casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico, nonché nei casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico¹⁰ - “nella parte in cui non

⁸ § 8 del *Considerando in diritto* della decisione.

⁹ Le tecniche di fecondazione assistita avrebbero consentito alla coppia che si è rivolta al Tribunale di Bolzano di superare gli ostacoli alla procreazione indotti da tali patologie, tramite l’utilizzazione complementare delle potenzialità riproduttive residue delle ricorrenti (gestazionale dell’una, di produzione ovarica dell’altra).

¹⁰ Il comma 3 dell’art. 4 stabiliva inoltre il divieto di fecondazione eterologa.

consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie formate da due persone di sesso femminile”.

Il giudice di Bolzano limitava il *petitum* alle coppie omosessuali femminili, mentre il Tribunale di Pordenone, nel dispositivo dell’ordinanza di rimessione, chiedeva in modo indifferenziato l’ablazione del requisito della diversità di sesso. Dal tenore complessivo dell’ordinanza emergeva, tuttavia, “come anche le censure del Tribunale friulano” si dovessero intendere “limitate alle coppie formate da sole donne”¹¹. L’accesso alla PMA per due uomini è, infatti, escluso anche in ragione del divieto di maternità surrogata previsto dall’art. 12, comma 6, della legge n. 40. Esso punisce “chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza ... la surrogazione di maternità”, poiché quest’ultima costituisce una grave forma di lesione della dignità della donna¹².

Per i giudici rimettenti il divieto di accesso alla PMA per la coppia omosessuale sarebbe stato illegittimo, in quanto avrebbe violato: l’art. 2 Cost., in virtù del “diritto alla genitorialità”¹³ dell’individuo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità; l’art. 3 Cost., in relazione alla disparità di trattamento per l’orientamento sessuale e per le disponibilità economiche delle coppie, potendo solamente quelle più facoltose recarsi all’estero per avere un figlio; l’art. 31 Cost., che impone la protezione della maternità; l’art. 32 Cost., sotto il profilo della lesione della salute psicofisica della coppia; gli artt. 11 e 117 Cost., per il contrasto del divieto *de quo* con gli artt. 8 e 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), in ragione della sua interferenza nella vita privata e familiare e per la discriminazione nei confronti della coppia omosessuale.

Per il Tribunale di Bolzano le disposizioni censurate avrebbero violato anche gli art. 11 e 117 Cost. per il contrasto con gli artt. 5, 6, 22, par. 1, 23, par. 1, e 25 della

¹¹ § 8 del *Considerando in diritto* della decisione.

¹² Sul divieto di maternità surrogata v. A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, in *il Corriere giuridico*, n. 4, 2015, 479 ss.

¹³ Per un approfondimento sulla libertà di procreare in relazione alla legge n. 40 v. A. D’ALOIA, P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in AA.VV., *Il trattato di biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, *Il governo del corpo*, a cura di Canestrari, Ferrando, Mazzoni, Rodotà, Zatti, Milano, 2011, 1350 ss. Gli Autori chiariscono che il diritto alla genitorialità non è assoluto ma va soppesato con altri interessi e diritti, soprattutto legati alla tutela del minore, del nato come del concepito.

Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, fatta a New York il 13 dicembre 2006, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 3 marzo 2009, n. 18, che stabiliscono il divieto di discriminazione e la promozione del diritto alla salute con specifico riguardo alle persone con disabilità, “da intendere anche quale «disabilità riproduttiva»”¹⁴.

Dopo aver riunito i giudizi, con la sent. 23 ottobre 2019, n. 221, qui analizzata il giudice delle leggi ha dichiarato infondate le questioni ora esposte, lasciando, dunque, inalterato il limite dell’eterosessualità dei partner per l’accesso alla PMA.

3. La richiesta di eterologa per “infertilità sociale”: esiste il diritto ad avere un figlio tramite la tecnologia?

Nella motivazione della decisione la Corte ricorda come in Italia sussista un divieto assoluto di maternità surrogata, espressivo “di un principio di ordine pubblico”¹⁵. La fecondazione eterologa è consentita esclusivamente per le coppie di sesso diverso e solamente in caso di sterilità o infertilità assoluta e irreversibile, dopo la sentenza n. 162 del 2014, che, per la Consulta, si inserirebbe in una logica di rispetto “della finalità (lato sensu) terapeutica assegnata dal legislatore alla PMA”¹⁶.

Diversamente, nel caso di accoglimento delle questioni oggetto del giudizio di legittimità costituzionale, la fecondazione eterologa sarebbe stata aperta a ipotesi definite dalla Corte di “infertilità sociale” o “relazionale”,¹⁷ “fisiologicamente propria della coppia omosessuale femminile, conseguente alla non complementarietà biologica” di due donne partner.

Per i tribunali rimettenti la legge n. 40 del 2004 avrebbe preso le mosse da un presupposto sbagliato, e cioè che la situazione di infertilità o di sterilità, alla quale è in

¹⁴ V. § 2.1 del *Ritenuto in fatto*

¹⁵ V. § 8 del *Considerato in diritto*

¹⁶ Al riguardo A.M. GAMBINO, *Divieto di fecondazione eterologa, espressione di civiltà giuridica*, in AA.VV., *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione Europea dei diritti dell’uomo*, cit., 42, ricorda come “nel caso dell’accesso alle tecniche di fecondazione assistita di cui alla legge 40 non si cura una patologia (l’infertilità o la sterilità rimarranno tali) ma si supera un ostacolo per risolvere un problema procreativo”. Nello stesso senso, A. PESSINA, *La questione della ‘generazione’ nella civiltà tecnologica*, in AA.VV., *Famiglia ‘generativa’ o famiglia ‘riproduttiva’?*, a cura di E. Scabini e G. Rossi, Milano, 1999, 137 ss., già ricordava come il riferimento al carattere “terapeutico” della fecondazione artificiale fosse una definizione impropria “perché tale tecnica non è capace di vincere la sterilità, ma di sostituire l’atto generativo”.

¹⁷ Cfr. § 8 del *Considerato in diritto*

via generale subordinato l'accesso alla PMA, sia di tipo esclusivamente medico-patologico: esisterebbe, invece, una «condizione sociale» di infertilità, insita nella non complementarità biologica di due donne.

Il diritto alla “autodeterminazione riproduttiva” della coppia omosessuale femminile sarebbe stato, allora, negato dalla legge n. 40: per i giudici *a quibus* il principio personalista – o meglio una interpretazione di tale principio che lo fa coincidere con l'autodeterminazione personale – il diritto alla salute psicofisica della coppia e il divieto di discriminazioni basate sull'orientamento sessuale avrebbero dovuto portare a riconoscere il diritto alla fecondazione eterologa anche in caso d'infertilità sociale di due donne.

In fondo, il diritto alla genitorialità, non espressamente previsto in Costituzione ma riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale – attraverso l'interpretazione dell'art. 2 Cost. in combinato disposto con gli artt. 29, 30 e 32 Cost. –, aveva già portato alla caducazione del divieto di fecondazione eterologa¹⁸. Perché limitare l'accesso a queste tecniche all'infertilità e alla sterilità patologica ed escludere quella sociale?

Per rispondere a tale problema, posto dalle ordinanze di rimessione, nella sentenza qui in commento la Corte affronta innanzitutto il tema del presunto diritto alla genitorialità. Essa si chiede se sia configurabile – e in quali limiti – un «diritto a procreare» “comprensivo non solo dell'*an* e del *quando*, ma anche del *quomodo*, e dunque declinabile anche come diritto a procreare con metodi diversi da quello naturale”. Per la Consulta, le questioni di legittimità costituzionale vanno risolte stabilendo “se il desiderio di avere un figlio tramite l'uso delle tecnologie meriti di essere soddisfatto sempre e comunque sia, o se sia invece giustificabile la previsione di specifiche condizioni di accesso alle pratiche considerate: e ciò particolarmente in una prospettiva di salvaguardia dei diritti del concepito e del futuro nato”¹⁹.

La Corte costituzionale ricorda come sia il Parlamento l'organo a cui spetta in prima istanza disciplinare le materie eticamente sensibili e individuare il ragionevole

¹⁸ Sul diritto alla genitorialità nella sentenza n. 162 del 2014, cfr. V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, cit., 2 ss.

¹⁹ § 10 del *Considerando in diritto* della sent. n. 221 del 2019.

punto di equilibrio fra le contrapposte esigenze di tutela²⁰. Il giudice delle leggi allora si interroga sulla funzione delle tecniche di PMA e sulla struttura della famiglia scaturente dall'uso della tecnologia in ambito procreativo, così come previste dalla legge 40.

In primo luogo, analizzando la funzione della PMA, la Corte afferma che, così come si evince dall'art. 1 ed è confermato dall'art. 4, comma 1, della legge 40, tali tecniche costituiscono "un rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti rimovibile", accertata e documentata da atto medico. Nella sentenza in esame si esclude che "la PMA possa rappresentare una modalità di realizzazione del «desiderio di genitorialità» alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati".²¹

La legge 40, pertanto, ha regolato la PMA senza riconoscere un diritto della coppia ad avere un figlio ad ogni costo tramite l'uso della tecnologia. La procreazione artificiale è prevista come rimedio a cause di sterilità e infertilità assoluta della coppia e, comunque, consentita solo in specifiche ipotesi.

I giudici rimettenti, invece, chiedono alla Corte di equiparare due casi che sono, in realtà, profondamenti diversi, in quanto "chiaramente e ontologicamente distinti": da una parte l'infertilità e la sterilità patologica e certificata da atto medico della coppia di sesso diverso e, dall'altra, l'infertilità "sociale" e "relazionale" della coppia omosessuale, dovuta alla non complementarietà fisiologica dei membri della stessa, non adatta alla procreazione per natura.

²⁰ Afferma, infatti, la Corte nel par. 9 del *Considerato in diritto*: "Questa Corte ha avuto modo di porre in evidenza come la legge n. 40 del 2004 costituisca la «prima legislazione organica relativa ad un delicato settore, che negli anni più recenti ha conosciuto uno sviluppo correlato a quello della ricerca e delle tecniche mediche, e che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali» (sentenza n. 45 del 2005). La materia tocca, al tempo stesso, «temi eticamente sensibili» (sentenza n. 162 del 2014), in relazione ai quali l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio fra le contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene «primariamente alla valutazione del legislatore» (sentenza n. 347 del 1998)". Sul ruolo del Parlamento nella disciplina dei diritti fondamentali v. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1663; ID, *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU*, in *Sistema penale*, 2019; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali* Torino, 2018, 49 ss.; da ultimo, F. VARI, *Sulla (eventuale) ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 alla CEDU*, in questa *Rivista*, 2019, 5 s.

²¹ V. § 10 del *Considerato in diritto*.

L'infertilità fisiologica della coppia omosessuale femminile è simile per la Corte a quella fisiologica della donna sola. Da ciò l'infondatezza delle questioni per i profili sopra esposti legati all'art. 3 Cost. e all'art. 117 Cost.

La Corte sul punto cita anche la giurisprudenza della Corte EDU, la quale ha espressamente affermato²² che una legge nazionale che riservi l'inseminazione artificiale a coppie eterosessuali sterili, attribuendole una finalità terapeutica, "non può essere considerata fonte di una ingiustificata disparità di trattamento nei confronti delle coppie omosessuali, rilevante agli effetti degli artt. 8 e 14 CEDU: ciò, proprio perché la situazione delle seconde non è paragonabile a quella delle prime"²³.

Nella motivazione viene stigmatizzato un "vizio di prospettiva" delle ordinanze di rimessione, anche in relazione al caso della coppia di Bolzano (composta da due donne entrambi infertili per causa patologica): la presenza di patologie riproduttive è, infatti, "un dato significativo nell'ambito della coppia eterosessuale, in quanto fa venir meno la normale fertilità di tale coppia", mentre "rappresenta ... una variabile irrilevante...nell'ambito della coppia omosessuale, la quale sarebbe infertile in ogni caso"²⁴.

Così chiarita l'inesistenza di una disparità di trattamento a svantaggio delle coppie di persone dello stesso sesso che intendono accedere alla PMA, la Corte passa a esaminare le censure relative anche a una presunta discriminazione in base alla capacità economica, in violazione dell'art. 3 Cost., tra coppie di donne che sono in grado di recarsi all'estero per ricorrere alla PMA ove consentita e quelle meno abbienti che non hanno i mezzi per farlo. Si tratta di una censura formulata dal solo Tribunale di Pordenone. In relazione a essa la Corte afferma che "in assenza di altri vulnera costituzionali, il solo fatto che un divieto possa essere eluso recandosi all'estero non può costituire una valida ragione per dubitare della sua conformità a Costituzione". Invero l'esistenza di "una differenza tra la normativa italiana e le molteplici normative

²² Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 5 marzo 2012, ricorso n. 25951/07, *Gas e Dubois c. Francia*, par. 37, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 952 ss., con nota di F. CHIOVINI, *Omogenitorialità, margine di apprezzamento, interesse del minore: l'instabile bilanciamento dei giudici di Strasburgo*. Sulla decisione v. S. NINATTI, L. VIOLINI, *Nel labirinto del principio di non discriminazione: adozione, fecondazione eterologa e coppia omosessuale davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Forum Quad. cost.*, 2012.

²³ § 12 del *Considerato in diritto*

²⁴ § 17 del *Considerato in diritto*.

mondiali è un fatto che l'ordinamento non può tenere in considerazione", altrimenti "la disciplina interna dovrebbe essere sempre allineata, per evitare una lesione del principio di eguaglianza, alla più permissiva tra le legislazioni estere che regolano la stessa materia". Pertanto, anche sotto tale profilo, nella disposizione censurata non sono rinvenute alcuna disparità di trattamento e alcuna discriminazione.

4. La struttura della coppia regolata dalla legge 40: la famiglia "ad instar naturae" come "luogo più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato"

La seconda riflessione che fa la Corte sull'equilibrio tra interessi e diritti in conflitto nella PMA, così come regolato dalla legge n. 40 del 2004, è legata alla "struttura del nucleo familiare scaturente dalle tecniche in questione".

Come si è visto, l'art. 5 della legge 40 consente l'accesso alla PMA solo a "coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi": è chiara la scelta del legislatore verso un preciso paradigma familiare, caratterizzato dalla presenza di una madre e di un padre.

Il giudice delle leggi riconosce la volontà di fondo del legislatore di "riprodurre il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una figura materna e di una figura paterna"²⁵.

Sul punto, l'esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è per la Corte "fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale", così come non vi è "alcuna incongruenza interna alla disciplina legislativa della materia"²⁶.

La tutela degli interessi e dei diritti inviolabili del bambino, frutto delle tecniche di PMA e, dunque, in esse coinvolto sin dal concepimento, riveste un ruolo fondamentale: se è consentito l'accesso alle tecniche di procreazione come rimedio alla sterilità e alla infertilità della coppia che desidera avere un figlio, ciò non vuol dire considerare quest'ultimo esclusivamente come oggetto del desiderio e "prodotto finale" delle tecniche²⁷. Al contrario, nella prospettiva di una maggiore tutela del concepito nelle

²⁵ § 11 del *Considerato in diritto*

²⁶ § 12 del *Considerato in diritto*

²⁷ Sui rischi legati alla reificazione dell'umano in forza delle tecniche di procreazione artificiale v. J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana, I rischi di una genetica liberale. Appendici. Fede e sapere*, a cura di Ceppa L., Torino, 2001, 21 ss.

tecniche di PMA, “non può”, invero, “considerarsi irrazionale e ingiustificata, in termini generali, la preoccupazione legislativa di garantire, a fronte delle nuove tecniche procreative, il rispetto delle condizioni ritenute migliori per lo sviluppo della personalità del nuovo nato”.²⁸ Il desiderio di avere figli tramite l’uso della tecnologia e l’autodeterminazione della coppia in tal senso non possono far venire meno ogni considerazione circa la tutela da apprestare al bambino²⁹.

Come evidenziato anche nelle difese dell’Avvocatura dello Stato riportate nella decisione, il diritto alla genitorialità potrebbe essere, pertanto, configurato solo ove esso corrisponda al migliore interesse per il minore, il c.d. «best interest of the child», secondo la formula rinvenibile nella Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176.

Per la Corte, dunque, l’idea di base sottesa alla disciplina legislativa è “che una famiglia *ad instar naturae*” – con le caratteristiche già evidenziate e assicurate dalla normativa sottoposta al suo esame, e in particolare composta da genitori di sesso diverso – “rappresenti, in linea di principio, il luogo più idoneo per accogliere e crescere” un bambino.³⁰

Il giudice delle leggi riconosce che tale assetto non è in sé irrazionale, ma, anzi, fa propria la “condizione chiaramente presupposta dalla disciplina costituzionale della famiglia”³¹.

La Consulta afferma ciò, pur nella consapevolezza dell’esistenza di situazioni differenti nelle quali oggi si esplica la funzione genitoriale – non manca un’ulteriore citazione dell’esempio della donna sola che cresce il figlio – e nonostante la giurisprudenza comune in alcuni casi abbia riconosciuto l’adozione³² non legittimante

²⁸ § 12 del *Considerato in diritto*.

²⁹ Sulla preminenza dei diritti del bambino cfr. Corte cost. sent. 5 febbraio 1998, n. 10, in *Giur. cost.* 1998, 49 ss.; sent. 24 luglio 1996, n. 303 in *Giur. cost.* 1996, 2503 ss.

³⁰ Così § 13.1 del *Considerato in diritto*

³¹ Sul significato da attribuire all’art. 29 Cost. e, in particolare, alla tutela della famiglia come “società naturale” v., nella copiosa dottrina, C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 138; P.F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, 1, II ed., Torino, 1991, 286 s.; F. VARI, *Contributo allo studio della famiglia nella Costituzione italiana*, I, Bari, 2004, 66 ss.; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 533 s.

³² Sull’istituto dell’adozione rispetto alla legge 40 e, in particolare, in relazione alla fecondazione eterologa, v. C. CASINI, *La coerenza del divieto di P.M.A. eterologa in rapporto all’istituto dell’adozione*

in favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983, sia pure con una valutazione caso per caso.³³

Sussiste, infatti, ricorda la Corte, “una differenza essenziale tra l'adozione e la PMA”. La prima “presuppone l'esistenza in vita dell'adottando: essa non serve per dare un figlio alla coppia, ma precipuamente per dare una famiglia al minore che ne è privo”. Il bambino è già nato e, anche nel caso previsto dall'art. 44, comma 1, lettera d) della legge sulle adozioni, è l'interesse dello stesso a mantenere relazioni affettive che occorre tutelare, con verifiche caso per caso. Nella seconda, invece, il bambino deve ancora nascere: non è, perciò, irragionevole “che il legislatore si preoccupi di garantirgli quelle che ...appaiono, in astratto, come le migliori «condizioni di partenza»”.³⁴

Per la Consulta, pertanto, non esiste un diritto alla genitorialità tramite l'uso della tecnologia, da ricomprendere tra i diritti inviolabili previsti dall'art. 2 Cost. o tutelato dall'art. 31 Cost., come protezione della maternità potenziale o come diritto ad usare la tecnologia per la maternità. La Corte ricorda sul punto come l'art. 31, secondo comma, Cost. riguardi la maternità “e non l'aspirazione a diventare genitori”³⁵.

Il desiderio di essere genitori potrebbe essere tutt'al più protetto come “diritto di libertà negativa, garantito nei confronti di ogni ingerenza del potere pubblico che mirasse a limitare” lo stesso; ma ciò “non implica anche l'inclusione nella sua sfera materiale di tutela dell'impiego delle tecniche di PMA”³⁶. Il diritto alla procreazione, in quanto libertà negativa, riguarda allora l'*an* e il *quando* divenire genitori, ma non può spingersi sino a ricomprendere il *quomodo*, e dunque anche il diritto a procreare con metodi diversi da quello naturale: il desiderio di avere un figlio tramite l'uso delle tecnologie non può essere sempre e in ogni caso soddisfatto e legittima è la previsione

e al diritto a conoscere le proprie origini, in AA.VV. *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 11 ss.

³³ Sul tema v. E. BILOTTI, *L'adozione del figlio del convivente. A Milano prosegue il confronto tra i giudici di merito*, in *Fam. e dir.*, 2017, 1003 ss.

³⁴ § 13 del *Considerato in diritto*

³⁵ § 15 del *Considerato in diritto*

³⁶ V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, cit., 6. Nello stesso senso v. F. VARI, *Profili costituzionali dell'autonomia familiare*, in *Rivista AIC*, n. 4 del 2019, 176.

di specifiche condizioni di accesso alle pratiche, in una prospettiva di salvaguardia dei diritti di tutti i soggetti coinvolti

I requisiti soggettivi richiesti dalla legge 40 per l'accesso alle tecniche di PMA sono ritenuti, pertanto, perfettamente in sintonia con la Carta costituzionale e, nello specifico, con gli artt. 29 e 30 Cost.³⁷

5. Il diritto alla vita tra tutela costituzionale della salute e autodeterminazione dell'individuo

Quanto alla questione relativa alla violazione dell'art. 32 Cost., la Corte esclude che possa essere utilmente invocato il diritto alla salute.

Per il Tribunale di Pordenone il divieto di accesso alla PMA di tipo eterologo avrebbe causato un danno alla salute psicofisica della coppia di donne, tutelata dall'art. 32 Cost.³⁸. Per il giudice di Bolzano, poi, ad essere poi leso sarebbe stato il "diritto fondamentale alla salute riproduttiva" delle medesime ricorrenti³⁹.

La Consulta, in proposito, sottolinea come "la tutela costituzionale della «salute» non può essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia (o anche un individuo) reputi essenziale, così da rendere incompatibile con l'evocato parametro ogni ostacolo normativo frapposto alla sua realizzazione"⁴⁰.

Altrimenti, in virtù di un generico riferimento alla lesione della salute psicofisica della coppia, "sarebbero destinate a cadere automaticamente, in quanto frustranti il desiderio di genitorialità, non solo la limitazione ... in esame, ma tutte le altre limitazioni all'accesso alla PMA poste dall'art. 5, comma 1, della legge n. 40 del 2004: limitazioni che la stessa sentenza n. 162 del 2014 ha, per converso, specificamente richiamato anche in rapporto alla fecondazione eterologa"⁴¹.

³⁷ Sui quali v. da ultimo F. VARI, *Profili costituzionali dell'autonomia familiare*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2019. Sul presupposto dell'alterità sessuale dei coniugi nell'art. 29 Cost., nella dottrina più recente, v. M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 534 ss.; A. RUGGERI, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, in *Jus civile*, 2018, 743 ss.

³⁸ § 3D dell'ord. n. 129 del 2018 del Tribunale di Pordenone.

³⁹ § 10 dell'ord. n. 60 del 2019 del Tribunale di Bolzano.

⁴⁰ § 16 del *Considerato in diritto*

⁴¹ § 16 del *Considerato in diritto*.

La Corte evita di considerare ogni aspirazione come necessariamente ricompresa nella tutela offerta al diritto alla salute dall'art. 32 Cost. ed esclude, così, una interpretazione ampia e quasi "onnicomprensiva" dello stesso.

Il concetto di salute tutelato dalla Carta fondamentale è, infatti, "un dato concreto, misurabile, niente affatto evanescente o «liquido»"⁴².

La Corte ha, dunque, dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai Tribunali di Pordenone e di Bolzano: l'autodeterminazione della coppia dello stesso sesso femminile e il desiderio della medesima di procreare non sono sufficienti ad alterare l'equilibrio trovato dal legislatore con la legge 40, a tutela anche dei diritti del bambino.

In tal modo il giudice delle leggi ha riconosciuto in materia limiti significativi all'autodeterminazione, tra i quali anche il paradigma di famiglia presente in Costituzione. Si legge, infatti, nella sentenza che la "libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori [...] di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicitarsi senza limiti" dovendo essere bilanciata "con altri interessi costituzionalmente protetti: e ciò particolarmente quando si discuta della scelta di ricorrere a tecniche di PMA, le quali, alterando le dinamiche naturalistiche del processo di generazione degli individui, aprono scenari affatto innovativi rispetto ai paradigmi della genitorialità e della famiglia storicamente radicati nella cultura sociale, attorno ai quali è evidentemente costruita la disciplina degli artt. 29, 30 e 31 Cost., suscitando inevitabilmente, con ciò, delicati interrogativi di ordine etico"⁴³.

6. Conclusioni: la sent. n. 221 del 2019 nel panorama della giurisprudenza costituzionale in materia di diritto alla vita

L'importanza dei passaggi sopra riportati emerge con evidenza ove si consideri che, in molteplici sentenze del giudice delle leggi, l'autodeterminazione personale e la tutela della salute psicofisica hanno avuto ben altro ruolo rispetto alla pronuncia qui esaminata, finendo con il prevalere nel bilanciamento effettuato sulla garanzia del diritto alla vita.

⁴² G. ROCCHI, *Il divieto di fecondazione eterologa viola il diritto costituzionale alla salute?*, in AA.VV., *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 161

⁴³ § 13 del *Considerato in diritto*

Si pensi, ad esempio, alla sentenza n. 27 del 1975⁴⁴ sull'aborto o alla recente decisione n. 242 del 2019⁴⁵ sui casi di non punibilità del suicidio medicalmente assistito,⁴⁶ come pure alle pronunce sopramenzionate in materia di PMA.

Le conclusioni alle quali arriva la Corte costituzionale nella sentenza n. 221 del 2019 non sono, pertanto, per nulla scontate e indicano il riconoscimento di principi importanti, anche nella giurisprudenza costituzionale, sul tema dell'inizio vita. La Corte, infatti, ammette l'esistenza di limiti legittimi all'uso della tecnologia, alla libertà di autodeterminazione dei singoli, alle richieste di nuovi diritti ex art. 2 Cost. Così come pone significativi paletti a un'interpretazione del diritto alla salute troppo estesa e fluida.

La decisione è, inoltre, importante perché la Consulta ribadisce che il proprio ruolo di controllo di legittimità costituzionale è solo sussidiario, giacché "il compito di ponderare gli interessi in gioco e di trovare un punto di equilibrio fra le diverse istanze – tenendo conto degli orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale, nel singolo momento storico – deve ritenersi affidato in via primaria al legislatore, quale interprete della collettività nazionale, salvo il successivo sindacato sulle soluzioni adottate ... onde verificare che esse non decampino dall'alveo della ragionevolezza"⁴⁷.

Invero, come ricorda Luciani, il ruolo del giudice delle leggi nella protezione dei diritti fondamentali, a garanzia del rispetto anzitutto della Costituzione, pur essendo determinante, tuttavia "non può sovrapporsi all'azione degli organi politici e trasformarsi in opera di creazione di quei diritti"⁴⁸.

In questa prospettiva, la Corte, nella sentenza in commento, si "limita" a valutare la ragionevolezza delle soluzioni adottate dalla legge 40, senza in alcun modo

⁴⁴ Corte cost. sent. 18 febbraio 1975, n. 27, in *Giur. Cost.* 1975, 117 ss.

⁴⁵ Corte cost., sent. 22 novembre 2019, n. 242, in *Consulta online*

⁴⁶ Sul ruolo dell'autodeterminazione individuale nelle scelte del fine vita sia consentito il rinvio a F. VARI- F. PIERGENTILI, "Di libertà si può anche morire". *Brevi note sulla (imminente) dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in questa *Rivista*, ottobre 2019. Sulla sentenza n. 242 del 2019 v. inoltre G. RAZZANO, *Nessun diritto di assistenza al suicidio e priorità per le cure palliative, ma la Corte costituzionale crea una deroga all'inviolabilità della vita e chiama «terapia» l'aiuto al suicidio*, in questa *Rivista*, marzo 2020; F. POLITI, *La sentenza n. 242 del 2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e della fine delle "rime obbligate"?* Un giudizio di ragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto) sensibile, in questa *Rivista*, marzo 2020.

⁴⁷ § 13 del *Considerato in diritto*. Sul ruolo dell'autorità giudiziaria nella dottrina più recente v. M. CARTABIA, *The Rule of Law and The Role of Courts*, in *Italian Journal of Public Law*, 1/2018, 1 ss.

⁴⁸ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., 1663.

invadere il campo del legislatore con la creazione di nuovi diritti, così salvaguardando la discrezionalità di quest'ultimo e, in ultima analisi, il carattere democratico dello Stato costituzionale⁴⁹.

dirittifondamentali.it

⁴⁹ Sulla tensione tra le prerogative dello Stato democratico ed il declivio verso lo Stato di giurisdizione v. V. BALDINI, *op. ult. cit.*, 9.