

La caduta delle legge 19 febbraio 2004 n. 40: tra *ratio legis* e analogie con istituti non equiparabili medico

Omar Shalaby, Eleonora Luzi, Loredana Petrone, Chiara Carletti, Serafino Ricci*

THE DOWNFALL OF THE LAW OF 19 FEBRUARY 2004 N. 40: BETWEEN RATIO LEGIS AND PARALLELISMS WITH NONEQUIVALENT LEGAL DEVICES

ABSTRACT: Because of its rigour, the Italian law bearing the denomination “Regulations on medically assisted reproduction” has been strongly debated from the very beginning and gradually dismantled by jurisprudence. In this article, the authors remark that the path followed by jurisprudence is characterized by the total absence of care regarding the unborn child’s rights. The authors rather suggest that the approach of jurisprudence should be guided by considerations on the substance of the law at issue, investigating all the issues involved, including those concerning the position of the unborn baby, as stated by the ratio of the same law.

KEYWORDS: Heterologous Fertilization; Cross Border Reproductive Care; Preimplantation Genetic Diagnosis; Inconsistency of Italian Law; Ratio Legis

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La decisione del 9 aprile 2014 n. 162 – 3. Una *ratio legis* incompleta – 4. Che fine hanno fatto i diritti costituzionalmente rilevanti del nascituro? – 5. Corte EDU, 28 agosto 2012 sul caso *Costa e Pavan c. Italia*: l’incoerenza dell’ordinamento italiano – 6. La Corte costituzionale del 5 giugno 2015, n. 96: la conferma dell’incoerenza dell’ordinamento italiano – 7. Conclusioni.

* Omar Shalaby: Dottore in Giurisprudenza. Mail: omar.gabriel@hotmail.it. Eleonora Luzi: PhD, Giurista e Docente Incaricato, Dipartimento di Scienze Anatomiche, Istologiche, Medico Legali e dell’Apparato Locomotore, Università Sapienza di Roma. Mail: eleonora.luzi@uniroma1.it. Loredana Petrone: PhD, Psicologa, Psicoterapeuta e Docente Incaricato, Dipartimento di Scienze Anatomiche, Istologiche, Medico Legali e dell’Apparato Locomotore, Università Sapienza di Roma. Mail: loredana.petrone@uniroma1.it. Chiara Carletti: Studentessa in Giurisprudenza, Università Sapienza di Roma. Mail: chiara.carletti93@gmail.com. Serafino Ricci: Docente di Ruolo di Medicina Legale, Dipartimento di Scienze Anatomiche, Istologiche, Medico Legali e dell’Apparato Locomotore, Università Sapienza di Roma. Mail: serafino.ricci@uniroma1.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

1. Introduzione

Fin dai suoi albori, il rigore adottato dal legislatore nella legge 19 febbraio 2004 n. 40¹ è stato più volte ricondotto all'appartenenza ad una impostazione ideologica retrograda², che sacrifica la libertà delle persone in favore della tutela di valori considerati di per sé non meritevoli di riguardo o quanto meno di scarso valore, tranquillamente sacrificabili nel bilanciamento con l'incoercibile diritto al figlio³. La rigidità della legge è stata quindi percepita come un netto passo indietro rispetto alla saggia modernità che caratterizza la società contemporanea, dominata dall'idea secondo cui tutto ciò che è consentito risulta connaturale all'esigenza giusta di un'etica laica, laddove la proibizione viene percepita in termini dogmatici, risultando giustificati (?) comportamenti elusivi⁴. Sicuramente risulta vero che i numerosi divieti contemplati dalla legge 19 febbraio 2004 n. 40, dal di-

¹ Legge 19 febbraio 2004, n. 40, «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita», in *Gazzetta Ufficiale*, 45, 24 febbraio 2004.

² Tra le innumerevoli critiche si possono ricordare: V. FRANCO, *Bioetica e procreazione assistita. Le politiche della vita tra libertà e responsabilità*, Roma, 2005, 38, «si torna a considerare la donna come un soggetto privo di dignità giuridica ed etica, come un semplice contenitore di un'entità sacra e superiore. (...) si cancella la grande conquista di civiltà che è il diritto all'autodeterminazione nella maternità, si sottrae alla donna quella responsabilità che la rende un essere morale»; oppure S. RODOTÀ, *Embrione dove comincia la vera vita*, in *la Repubblica*, 13 maggio 2005, secondo il quale si tratta di «una dittatura dell'embrione che, considerato persona, azzerà il rispetto dovuto alla persona della donna; e la considerazione del corpo della donna come puro contenitore, davvero "luogo pubblico" che il legislatore vuole frequentare senza limiti»; C. FLAMIGNI, C. MELEGA, *La pillola del giorno dopo. Dal silfio al levonorgestrel*, Roma, 2010, 125, «una legge che impone una serie di comportamenti che ubbidiscono a norme etiche derivate direttamente dalla religione cattolica»; si veda anche M. D'AMICO, *Sull'incostituzionalità del divieto di "fecondazione eterologa" fra principi costituzionali ed europei*, in M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *Il divieto di donazione di gameti. Fra Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, 2011, 18 ss.

³ Corte Cost., 9 aprile 2014, n. 162: «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 (...)»; sul diritto al figlio (sano) come conseguenza dell'incoerenza dell'ordinamento si rinvia a Corte Cost., 5 giugno 2015, n. 96, e Corte Eur. Dir. Uomo, sez. II, 28 agosto 2012, n. 54270/10; si veda anche C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica tra legislatore, giudici e corti*, in *Biolaw Journal*, 2, 2014, 67 ss., (si veda in particolare il paragrafo 10 a partire da pagina 79) l'autore commentando la sentenza della Corte Costituzionale n. 162 del 2014, ritiene che la stessa abbia sostanzialmente affermato un vero e proprio diritto al figlio; si veda anche I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto: il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità*, in *Biolaw Journal*, 2, 2014, 37 ss.

⁴ P. ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica*, in C. M. MAZZONI (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, 1998, 71, «un buon sistema giuridico non proclama valori che non possa, nei limiti del ragionevole, realizzare. E soprattutto, non proclama valori con prescrizioni che inducono comportamenti di fuga, di cancellazione di fatto della regola enunciata»; inoltre S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 202, osserva «se la norma appare come l'intollerabile violazione d'una sfera d'autonomia, scattano meccanismi sociali di elusione o di aggiramento della norma, che producono non solo una sua specifica violazione, quanto piuttosto una sua generale delegittimazione»; alla prospettiva di una disciplina proibizionista che impone la propria morale, si è contrapposto il cd. diritto leggero, per una disamina di tale nozione si rinvia a R. SALA, *Etica pubblica e biodiritto*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, 125 ss.; si veda anche S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit., 59 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

vieto di accesso alle tecniche alle coppie non affette da sterilità/infertilità⁵, fino a quello concernente la ricerca su embrioni umani⁶, costituiscono la sostanziale unicità della scelta italiana nell'ambito europeo, nondimeno ciò non dovrebbe legittimare la sua censura prescindendo dalla esigenza di rilevare adeguatamente nel bilanciamento tra i valori, anche la posizione del soggetto debole nella procreazione assistita⁷.

Conseguentemente non si poteva non immaginare che il concentrato di ostilità nei confronti di tale legge, si manifestasse fin dagli inizi della sua entrata in vigore attraverso un progressivo processo di smantellamento: dai referendum abrogativi del 2005⁸, alla costante elusione delle sue restrizioni da parte dei cittadini mediante il c.d. *cross border reproductive care*⁹, fino alle pronunce della Corte Costituzionale, rispettivamente del 1° aprile 2009 n. 151; 9 aprile 2014 n. 162; 5 giugno 2015 n. 96.

Si può osservare che il citato percorso intrapreso dalla giurisprudenza, ormai totalmente avviato in una efficace opera demolitoria della legge italiana sulla procreazione assistita, risulta caratterizzarsi per l'esistenza di una "tratto" ben delineato e riproposto all'interno dell'iter argomentativo adottato dalle stesse corti a fondamento delle rispettive decisioni. Ossia il ricorso ad un bilanciamento "a senso unico" tra valori costituzionalmente rilevanti, quale fondamento del sindacato di ragionevolezza. Un bilanciamento caratterizzato dalla elusione totale dei diritti costituzionalmente rilevanti¹⁰ di colui che si vuole portare alla vita ad ogni costo, lasciando campo libero alla conseguente messa in evidenza del desiderio di genitorialità.

Da una parte la Corte costituzionale con la pronuncia n. 162 del 9 aprile 2014, sembra ricorre ad un bilanciamento tra diritti, non propriamente "onnicomprensivo", fondato essenzialmente su di una *ratio legis* appositamente spezzata, al fine di offrire un solido sostegno agli argomenti determinanti la caduta del divieto di fecondazione eterologa¹¹; dall'altra la decisione Corte EDU del 28 agosto 2012 sul caso *Costa e Pavan c. Italia*¹², risulta interamente attraversata dalla esigenza di riportare la "giusta" coerenza tra le norme dell'ordinamento italiano, utilizzando «una tecnica decisoria propria dei Tribunali costituzionali, e cioè un giudizio di ragionevolezza (...) che esula oltretutto dai poteri propri

⁵ Si vedano gli articoli 1 comma 2, e 4 comma 1, della legge 19 febbraio 2004 n. 40.

⁶ Art. 13 comma 1 legge 19 febbraio 2004 n. 40

⁷ Si veda il paragrafo 4 del presente lavoro.

⁸ Il referendum abrogativo venne proposto con cinque quesiti (quattro parziali ed uno totale), rispetto ai quali la Corte Costituzionale ritenne ammissibili con le pronunce n. 46, 47, 48, 49 del 2005, quelli intesi all'abrogazione parziale della legge, ed inammissibile il quesito di abrogazione totale con la pronuncia n. 45 del 2005, dato che precisa la Corte si tratta di una legge che «coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa. Esigenza questa già sottolineata da questa Corte nella sentenza n. 347 del 1998».

⁹ F. SHENFIELD, J. DE MOUZON, G. PENNING, A.P. FERRARETTI, A. NYBOE ANDERSEN, G. DE WERT, V. GOOSSENS, *Cross border reproductive care in six European countries*, in *Hum. Reprod*, 25, 2010, 1361-1368. Tale studio afferma che nella pratica del turismo procreativo, l'Italia si piazza al primo posto con una percentuale del 31,8%.

¹⁰ Vedere paragrafo 3 del presente lavoro.

¹¹ Art. 4 comma 3 legge 19 febbraio 2004 n. 40

¹² In tal caso è stato osservato che la Corte EDU si è comportata alla stregua di un Tribunale costituzionale, nel senso di sindacare la ragionevolezza, vale a dire la coerenza tra le norme vigenti all'interno di uno stato membro.

della Corte stessa»¹³; ed infine sempre la Corte Costituzionale che nella pronuncia n. 96 del 14 maggio 2015 dichiara l'illegittimità costituzionale degli art. 1 comma 1 e 2, e art. 4 comma 1 della legge 19 febbraio 2004 n. 40, rilevando la violazione «del canone di razionalità dell'ordinamento»¹⁴, sulla base di quella che si potrebbe ritenere una "semplificazione" del rapporto tra diagnosi preimpianto e diagnosi prenatale.

2. La decisione del 9 aprile 2014 n. 162

Fin dalla prima lettura, il muro "invalicabile" innalzato dalla Corte Costituzionale, attraverso la stesura dell'impianto argomentativo a sostegno della pronuncia n. 162 del 2014¹⁵, sembra non lasciare nemmeno uno spiraglio di contestazione, quantomeno per poter tentare di scalfire la compattezza del bilanciamento tra gli interessi costituzionalmente rilevanti, così delineatosi. Nelle considerazioni in diritto la Corte si mette immediatamente all'opera, mettendo il primo mattone, il fine della legge 19 febbraio 2004 n. 40, è individuato non nella formulazione completa dell'art. 1 della stessa, ma soltanto nella parte congeniale a rendere saldo il primo pezzo di "cemento armato". La *ratio legis* viene individuata nella sola prima parte dell'art. 1¹⁶, ovvero: «Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge».

La Corte ricorda poi, a sostegno (?) della illegittimità del divieto di fecondazione eterologa, che siffatto divieto «non costituisce, peraltro, il frutto di una scelta consolidata nel tempo»¹⁷, in quanto antecedentemente alla entrata in vigore della legge 19 febbraio n. 40, l'applicazione delle tecniche di fecondazione eterologa era ammessa senza limiti né soggettivi né oggettivi e, 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).

¹³ F. VARI, *critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte EDU, Considerazioni* 2013, in www.rivistaaic.it, 1, 2013.

¹⁴ Corte Cost., sentenza 5 giugno 2015, n. 96.

¹⁵ Per alcuni commenti alla sentenza si veda ad esempio: C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confrontocostituzionali.it, 2014; A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura*, in www.forumcostituzionale.it, 2014; G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in www.forumcostituzionale.it, 2014; V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in www.dirittifondamentali.it, 2014; A. MUSUMECI, *"La fine è nota". Osservazioni a prima lettura alla sent. n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa*, in www.rivistaaic.it, 2014.

¹⁶ Si è rilevato che a causa di tale *ratio legis* il divieto di fecondazione eterologa creerebbe un paradosso in forza del quale più è grave la patologia (ed è questo caso degli interessati alla eterologa, che a causa della sterilità infertilità assoluta di uno degli aspiranti genitori non possono percorrere la via procreativa naturale) meno o per nulla efficace è la terapia o il rimedio medico che la legge consente di applicare (in quanto l'omologa è consentita, mentre la pratica eterologa è vietata). Sul punto si rinvia per tutti a G. BALDINI, *PMA 'eterologa': prime riflessioni dopo la pronuncia della consulta*, in G. BALDINI (a cura di), *Persona e famiglia nell'era del biodiritto. Verso un diritto comune europeo per la bioetica*, Firenze, 2015, 133 ss., (si veda in particolare il paragrafo 3, riguardate la lesione del principio di uguaglianza).

¹⁷ Corte cost., sentenza 9 aprile 2014, n. 162.

Una volta premesso ciò, il proseguimento dell'edificazione della struttura argomentativa, risulta direttamente consequenziale al risultato preordinato: il divieto di fecondazione eterologa di cui all'art. 4 comma 3 della legge 19 febbraio 2004 n. 40 «è privo di adeguato fondamento costituzionale»¹⁸. Si afferma quindi che la scelta di avere o meno figli. «concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile»¹⁹, e che il suo fondamento costituzionale risulta rinvenibile nella libertà di autodeterminazione²⁰ di cui agli artt. 2, 29 e 31 della Costituzione. Tale diritto incoercibile ricomprenderebbe anche il ricorso alla fecondazione eterologa, fermo restando che a tale risultato si potrebbe giungere solamente qualora non si vulneri altri valori costituzionali. Nel caso concreto sembra però che a giudizio della Corte non ve ne siano, potendo tutt'al più parlare di limiti «ispirati da considerazioni e convincimenti di ordine etico»²¹.

Si richiama poi l'istituto della adozione a sostegno della legittimità del ricorso alla fecondazione eterologa dato che anche attraverso il primo si creerebbe una dimensione familiare non fondata sul dato genetico. Inoltre sebbene vi sarebbe qualche differenza tra fecondazione eterologa ed omologa, la Corte sostiene che è «certo»²² che l'impossibilità di formare una famiglia, stante il divieto oggetto di scrutinio, «possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia»²³, sempre se ciò, ricorda nuovamente la Corte, non si ponga in contrasto con interessi di pari rango. Senonché ancora una volta sembra che non ve ne siano.

Proseguendo con la lettura del dispositivo, ci si domanda quando si giungerà alla discussione circa l'eventuale rilevanza costituzionale circa della delicata posizione del nato dalla tecnica eterologa. Del resto è la stessa Corte a richiamare la sentenza n. 45 del 2005 (sempre della Corte Cost.), nella parte in cui si sottolinea la legge 19 febbraio 2004 n. 40 «coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa». Purtroppo riguardo alla posizione del nato, si registra solamente un "timido" richiamo alla circostanza che «l'unico interesse che si contrappone ai predetti beni costituzionali, è, dunque, quello della persona nata dalla PMA di tipo eterologo»²⁴, senza però che questo abbia una qualche incidenza nello spostamento dell'ago della bilancia, pendente (almeno questa è l'impressione) con particolare riguardo alla tutela dell'incoercibile diritto ad una famiglia.

¹⁸ Più esattamente la Corte dichiara «l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui stabilisce il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, nonché dell'art. 9, commi 1 e 3, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3», e dell'art. 12, comma 1, di detta legge».

¹⁹ Corte Cost., sentenza 9 aprile 2014, n. 162; L. D'AVACK, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*. Terza edizione, Torino, 2016, 162, l'autore osserva che sebbene la Corte non abbia utilizzato il termine "diritto al figlio", di fatto, il termine "incoercibile" «traduce la libertà in un 'diritto inviolabile'».

²⁰ P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in www.forumcostituzionale.it, 2015, «il divieto assoluto di fecondazione c.d. eterologa svela pertanto la sua arbitrarietà: impedendosi anche alla coppia formata da membri del tutto sterili o infertili di utilizzare questo metodo, si azzera infatti la loro «fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi».

²¹ Corte cost., sentenza 9 aprile 2014, n. 162.

²² Corte cost., sentenza 9 aprile 2014, n. 162.

²³ Corte cost., sentenza 9 aprile 2014, n. 162.

²⁴ Corte cost., sentenza 9 aprile 2014, n. 162.

Più in particolare la questione con maggiore rilevanza²⁵ nell'ambito della posizione del nascituro, sarebbe quella dei presunti vuoti normativi lamentati dalla Avvocatura generale dello stato²⁶, conseguenti alla declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme censurate. A tal fine la Corte ricorda che lo scrutinio di legittimità costituzionalità non può essere impedito dalla carenza legislativa che potrebbe derivarne, e che di fatto sussistono già varie norme che disciplinano i profili più rilevanti della materia in esame²⁷.

Sulla base di tali considerazioni la Corte rileva l'irragionevolezza del bilanciamento tra gli interessi in gioco, effettuato dal legislatore con la legge 19 febbraio 2014 n. 40, risultando altresì violato il canone di razionalità dell'ordinamento. A tale fine si richiama la sentenza Corte cost. del 12 febbraio 2012 n. 87, nella parte in cui si afferma che dall'art. 3 della Cost. risulta rinvenibile «un canone di “razionalità” della legge svincolato da una normativa di raffronto, rintracciato nell’“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»²⁸.

Inoltre dato che la questione oggetto di censura rientra tra quegli ambiti caratterizzati da un'ampia discrezionalità legislativa, la Corte ricorre allo scrutinio di ragionevolezza al fine di verificare il corretto bilanciamento fra gli interessi costituzionalmente rilevanti²⁹, nonché al test di proporzionalità³⁰,

²⁵ Nella sentenza vi è anche un breve accenno al diritto a conoscere le proprie origini, il quale viene rapidamente “risolto”, mediante il richiamo dell'art. 28, comma 4, della legge 4 maggio 1983 n. 184, riguardante l'accesso delle informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici dell'adottato, da parte dei genitori adottivi; l'art. 28, comma 5, della legge n. 184 del 1983 che disciplina il caso in cui l'adottato può venire a conoscenza delle proprie origini biologiche; ed anche la sentenza del 18 novembre 2013 n. 278 della Corte costituzionale, che si è occupata del bilanciamento tra il diritto della madre all'anonimato ed il diritto del figlio a conoscere le proprie origini, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'articolo 28, comma 7, della legge 4 maggio 1983, n. 184 nella parte in cui non prevede (attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza) la possibilità per il giudice di interpellare la madre (che abbia dichiarato di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30, comma 1, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396,), su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione.

²⁶ Al contrario di questa, i rimettenti affermano che l'accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale, non determinerebbe alcun vuoto normativo, poiché vi sarebbe una reviviscenza delle circolari e decreti ministeriali previgenti alla legge 19 febbraio 2004 n. 40. Inoltre anche se detta eventualità non si concretizzasse, la disciplina applicabile sarebbe desumibile dal d.lgs. n. 191 del 2007, dal d.lgs. n. 16 del 2010; dall'Accordo del 15 marzo 2012 tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano; gli artt. 9 e 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004; i principi della volontarietà e gratuità della donazione stabiliti dal d.lgs. n. 191 del 2007 e dal d.lgs. n. 16 del 2010.

²⁷ Vengono richiamati: l'art. 8, comma 1 della legge 19 febbraio 2014 n. 40 concernente lo stato giuridico dei nati da siffatte tecniche, e che in virtù del suo riferimento generico ai «nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita», troverebbe applicazione anche con riguardo ai nati dalla eterologa. Dunque quest'ultimi avrebbero «lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime»; l'art. 231 del codice civile ai sensi del quale «Il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio»; inoltre l'accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale determinerebbe l'inammissibilità dell'azione di disconoscimento della paternità (art. 243-bis cod. civ.) e dell'impugnazione ex art. 263 cod. civ., nonché l'impossibilità che possano sorgere relazioni giuridiche tra donatore e nato.

²⁸ Corte cost., sentenza 9 aprile 2014, n. 162.

²⁹ Corte cost., sentenza n. 1/2014.

ponendo a fondamento degli stessi la *ratio legis* appositamente ritagliata dal testo dell'art. 1 della legge 19 febbraio 2014 n. 40. Sicché non poteva manifestarsi un risultato diverso, difatti se lo scopo perseguito dal legislatore è esclusivamente quello «di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana (...)», il divieto assoluto di fecondazione eterologa costituisce un «evidente elemento di irrazionalità»³¹, essendo in contrasto con la *ratio legis*.

Sulla base di detta irrazionalità, non assume rilevanza la diversità delle situazioni in comparazione, dato che «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».

Infine la Corte rileva anche una irrazionalità "esterna", conseguente alla elusione della normativa italiana mediante il ricorso al cd. turismo procreativo. In altri termini la rigidità della legge 19 febbraio 2014 n. 40, costringerebbe gli aspiranti genitori a recarsi in quei paesi caratterizzati da un elevato livello di "permissivismo" in materia di tecniche di procreazione assistita, realizzando in tal senso la normativa italiana «un ingiustificato, diverso trattamento fondato sulla capacità economica delle stesse»³². Il bilanciamento così costruito, non può altro che "annichilire" il divieto oggetto di scrutinio.

3. Una ratio legis incompleta

Il principio di ragionevolezza (diretto discendente del principio di uguaglianza³³), oramai canone a sé stante dalle «sconfinate, vaghe e misteriose distese»³⁴, manifesta nelle pronunce della Corte costituzionale una presenza divenuta oramai quasi "dominante"³⁵. In particolar modo spicca nella sua fun-

³⁰ Corte cost., sentenza n. 1/2014: «richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi»; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Conferenza trilaterale tra le Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, 24-26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it (ultima consultazione 10/01/2017), l'autrice osserva in una prospettiva comparata che in alcune esperienze normative, come in quella tedesca, il principio di proporzionalità ha un'applicazione ben delineata: 1) verifica dello scopo perseguito dal legislatore; 2) valutazione del rapporto mezzo/fini; 3) valutazione sulla "necessità" dello strumento legislativo; 4) "proporzionalità in senso stretto", attinente agli effetti propri dell'atto. Una simile applicazione non può essere rinvenuta nella esperienza italiana, salvo qualche lieve traccia (ad esempio nella pronuncia Corte cost., 26 giugno 2010, n. 227 del 2010).

³¹ Corte cost., sentenza 9 aprile 2014, n. 162.

³² Corte cost., sentenza 9 aprile 2014, n. 162.

³³ Sull'evoluzione del principio di ragionevolezza si veda ad esempio: V. A. MORRONE, *Corte costituzionale e principio generale di ragionevolezza*, in A. CERRI (cur.), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Roma, 2007, 239-286; L. VESPIGNANI, *Il mutaforma criterio della ragionevolezza*, in *Lo Stato*, 1, 2013, 257- 268

³⁴ C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova, 1973, ora in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, 645 ss.

³⁵ Si veda L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, I, Milano, 1997, 899 ss.

zione di “metronomo” dei valori costituzionalmente rilevanti³⁶, di volta in volta messi in gioco dall’esercizio del potere discrezionale del legislatore.

Le leggi emanate dal legislatore, come ovvio, si fanno portatrici di «un determinato regolamento degli interessi concorrenti»³⁷, ed in funzione dell’eventuale coinvolgimento di una pluralità di valori giuridicamente rilevanti sul piano costituzionale, si attiva appunto il compito di controllo della Corte costituzionale (investita in tal senso nei casi concreti) sulla “correttezza” del bilanciamento postulato delle leggi. Se poi la materia oggetto di regolamentazione legislativa si caratterizza per una ricchezza sia quantitativa che qualitativa dei valori rilevanti, amplificata altresì, dalla contrapposizione di esigenze diametralmente opposte, ciò non può far altro che spalancare la via ad innumerevoli applicazioni della materia stessa.

Se i giudizi sulla ragionevolezza «mettono in gioco la legittimazione della Corte, nell’effettuare valutazioni situate al confine fra il merito e la legittimità costituzionale»³⁸, giocoforza è che la delicata ricerca di un bilanciamento tra di diritti costituzionali «che assicuri un livello minimo di tutela legislativa»³⁹, magari anche lievemente condizionata dalla esigenza di dare una risposta soddisfacente per le istanze sociali, concretizza il rischio di rendere ancor più grigio il già astratto⁴⁰ confine tra il giudizio di legittimità costituzionale e giudizio sul merito delle scelte legislative.

Nel caso di specie si osserva che la *ratio legis* rilevata dalla Corte non può ovviamente essere il frutto di una mera “dimenticanza”, lasciando ciò una certa perplessità nel lettore. Una spiegazione potrebbe essere rinvenuta nel doppio richiamo alla percezione sociale antecedente e successiva⁴¹ alla entrata in vigore della legge 19 febbraio 2004 n. 40, che sembra quasi voler evidenziare la colpevolezza della rigidità-irragionevolezza della scelta legislativa, di aver invaso e spezzato una linearità giuridica e socio-culturale che al contrario accettava alcune delle partiche che invece sono state vietate dal legislatore nel 2004.

³⁶ Corte cost., sentenza 31 marzo 1994, n. 108, «(...) ogni volta che il legislatore è tenuto a bilanciare distinti valori costituzionali, non può affatto essere preclusa la via del controllo di questa Corte in ordine alla congruità e alla ragionevolezza del bilanciamento compiuto (...)».

³⁷ R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2, 2002, 126

³⁸ L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, cit., 908

³⁹ Corte cost., sentenza 28 gennaio 2005, n. 45.

⁴⁰ L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, cit., 908, l’autore osserva il rischio che un principio elastico come quello di ragionevolezza, finisca per tradursi in una mera «formula verbale»; L. D’ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 355, l’autore osserva che nelle decisioni del Corte costituzionale «processi interpretativi e processi argomentativi tendono ad intrecciarsi inestricabilmente gli uni negli altri»; A. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e Società*, 1975, cit., 575, secondo l’autore «non v’ha dubbio che l’indagine sulla ragionevolezza trascina il giudice costituzionale ai limiti del merito della legislazione, inducendolo nella tentazione di immischiarsi, o quanto meno nell’errore di ingerirsi, nelle scelte politiche del legislatore. Il metro per definire la linea di demarcazione tra contraddizione e discriminazione consentita, tra misure pertinenti e impertinenti, adeguate e inadeguate, è estremamente difficile da operare, e va impiegato con straordinaria prudenza».

⁴¹ Come si è visto nel paragrafo 2 de presente lavoro, la Corte rileva che prima dell’entrata in vigore della legge 19 febbraio 2004 n. 40, la eterologa era già praticata da 75 centri, mentre dopo l’entrata in vigore della stessa, si è attivato il c.d. turismo procreativo.

In particolar modo, nella parte finale delle considerazioni in diritto, la Corte fa riferimento ad «un ulteriore elemento di irrazionalità»⁴², rinvenuto nella pura e semplice elusione della normativa italiana in materia di procreazione assistita mediante il già citato turismo procreativo. Una pratica che sembra non aver destato alcuna “riprovazione” nelle argomentazioni della Corte, venendo invece utilizzata alla stregua di un elemento a conferma della illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa. Si tratta di un argomento assai pericoloso, che in qualche modo “legittima” l’idea che la rigidità di una normativa, sia meritevole di per sé, di essere elusa qualora via sia un consenso sociale sul punto.

Sarebbe allora rinvenibile nella istanza sociale, la giustificazione primaria della mancata rilevazione dell’ultima parte dell’art. 1 della legge 19 febbraio n. 40. Una rilevazione, quella mancata, che nella sua completezza avrebbe potuto portare anche ad un esito opposto. Come stabilito dal legislatore, il fine della procreazione medicalmente assistita non è quello di «di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana», in ogni caso e ad ogni costo, rilevando sul punto anche la naturale esigenza di assicurare «i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito». Da questa prospettiva difficilmente si sarebbe potuto trascurare l’idea che il legislatore abbia impiantato nella legge 19 febbraio 2004 n. 40 un evidente elemento di razionalità. Il legislatore, si mostra consapevole non solo della distinzione tra procreazione naturale e artificiale, ma anche delle radicali differenze che intercorrono tra le diverse applicazioni dell’ultima. Rifiuta l’idea di porre sullo stesso piano le varie forme di procreazione, confondendole fino alla identificazione reciproca, “rammentando” con l’ultima parte dell’art. 1 della legge 19 febbraio 2004 n. 40, che ogni forma di procreazione non costituisce in sé e per sé un imprescindibile pilastro della incoercibile libertà di autodeterminazione⁴³.

L’opera della Corte invece, non risulta particolarmente condivisibile, giacché rilevando appunto una *ratio legis* incompleta, essa vi ha sostanzialmente costruito l’intero impianto argomentativo della sua

⁴² Corte Cost., sentenza 9 aprile 2014, n. 162.

⁴³ A. NICOLUSSI, A. RENDA, *Ragioni e implicazioni della “riforma” della filiazione*, in B. BAREL, G. BENINI, R. CAMPIONE, E. CARBONE, D. CARUSI, N. CIPRIANI, O. CLARIZIA, M. GORGONI, G. LORIO, J. LONG, M. ANGELO LUPOI, P. MOROZZO DELLA ROCCA, A. NICOLUSSI, L. NIVARRA, A. RENDA, *La nuova disciplina della filiazione*, Santarcangelo di Romagna, 2015, 33, «(...) la Corte trapassa all’autodeterminazione, riducendo la filiazione alla stregua di un diritto individuale dell’adulto, una sorta di diritto della sua personalità, in cui il figlio diventa in una certa misura lo strumento di realizzazione dell’adulto medesimo»; si veda inoltre L. ANTONINI, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in F. D’AGOSTINO (a cura di), *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale? Atti del convegno nazionale dell’U.G.C.I., Pavia, 5-7 dicembre 2009*, Milano, 2012, 11 ss.; G. D’AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in www.forumcostituzionale.it, 2014, l’autore osserva invece che la Corte costituzionale nella sentenza n. 162 del 2014 abbia ricondotto l’autodeterminazione (il cui fondamento costituzionale è stato più volte evidenziato, sentt. nn. 230 e 107 del 2012, 236 del 2011, 21 del 2009) al «al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale» (sentenza n. 307 del 1990); si veda anche A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in www.forumcostituzionale.it, 2014, in tal caso si osserva che il diritto alla genitorialità sarebbe espressione non della autodeterminazione, bensì di una dipendenza sempre maggiore rispetto alla scienza ed alla tecnica; sul diritto alla procreazione come diritto della persona si veda A. D’ALOIA, P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del copro. Tomo I*, Milano, 2011, 1341 ss.

pronuncia⁴⁴. Non è stata infatti una disparità di trattamento in situazioni identiche, a determinare la violazione del principio di cui all'art. 3 Cost. (date le ovvie differenze tra tecniche eterologhe ed omologhe). La Corte sembra "raggirare" tale ostacolo ricorrendo ad un espediente decisivo in grado di assestare un colpo "razionale e ragionevole" alla struttura logica della legge 19 febbraio 2004 n. 40, e lo fa ponendo a fondamento della rilevazione della violazione del canone di razionalità, solo una parte della *ratio legis* perseguita dal legislatore. In tal modo non ha avuto rilevanza la diversità delle situazioni, sia perché ciò è «ininfluente in relazione al canone di razionalità della norma»⁴⁵, sia perché l'art. 3 è violato «anche quando la differenza di trattamento è irrazionale secondo le regole del discorso pratico, in quanto le rispettive fattispecie, pur diverse, sono ragionevolmente analoghe»⁴⁶. Ed in questo caso le fattispecie messe a confronto lo sarebbero sulla base di una uguaglianza patologica, affliggente tanto le coppie richiedenti l'omologa quanto quelle interessate alla eterologa.

Orbene, data l'influenza decisiva che ha avuto la *ratio legis* individuata dalla Corte, ci si chiede in quali termini possa essere tradotta una simile condotta. Tra l'altro nella legge 19 febbraio 2004 n. 40, la *ratio legis* risulta enunciata in forma esplicita, eppure ciò non è stato sufficiente affinché la stessa venisse rilevata nella sua interezza. Anche sul piano di una logica elementare, il legislatore per quanto poco attento, difficilmente avrebbe cristallizzato dei valori così delicati, nella pura e svincolata necessità «di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana», senza tener conto minimamente delle peculiarità proprie delle tecniche di procreazione assistita.

Inoltre la condotta tenuta della Corte da questo punto di vista si fa ancor più marcata, poiché nel caso concreto le «esigenze obbiettive da soddisfare»⁴⁷ e le «finalità che intende perseguire»⁴⁸ il legislatore, tendono a coincidere con una certa armonia in una razionalità tanto ovvia quanto ragionevole. Le prime possono essere rinvenute nella esigenza di fornire una soluzione ai problemi di sterilità-infertilità, come rilevato dalla corte, ma non ad ogni costo ed in ogni caso; dal loro canto le finalità perseguite del legislatore così come esplicitate nel testo dell'art. 1 legge 19 febbraio 2004 n. 40, si indirizzano in un'ottica collettiva, attenta alla salvaguardia di tutte le parti coinvolte, con un'attenzione particolare a quelle più deboli.

Conseguentemente la struttura argomentativa della Corte sembra mettere in risalto un'opera "artificiosa" incentrata nell'attribuzione forzata alla legge in esame, di una "irrazionalità ridicola", tanto viene estraniato lo scopo perseguito dalla legge dai criteri di logica più naturali. Probabilmente in mancanza di siffatta ricostruzione argomentativa, non vi sarebbe stata la violazione del canone di ra-

⁴⁴ S. CATALANO, *Ragionevolezza del divieto di procreazione assistita eterologa, fra ordinamento italiano e CEDU*, in www.rivistaaic.it, 2010, l'autore osserva che se la *ratio legis* è quella di consentire l'accesso a tutte le coppie affette da sterilità-infertilità «potrebbe risultare irragionevole che siano escluse dall'accesso alla procreazione medicalmente assistita le coppie la cui sterilità o infertilità può essere superata solo mediante il ricorso alla tecnica eterologa».

⁴⁵ Corte cost., sentenza 9 aprile 2014, n. 162.

⁴⁶ Corte cost., sentenza 9 aprile 2014, n. 162.

⁴⁷ Corte cost., sentenza 9 aprile 2014, n. 162.

⁴⁸ Corte cost., sentenza 9 aprile 2014, n. 162.

zionalità dell'ordinamento, segnando ciò una svolta decisiva nella decisione, anche in vista di un eventuale esito opposto⁴⁹.

Alla luce di quanto detto, ci si chiede se la condotta della Corte possa essere interpretata come una sorta di "intromissione" nell'ambito della insindacabile discrezionalità del legislatore, oppure si tratta di una normale conseguenza dovuta all'impossibilità di individuare una «mitica oggettività»⁵⁰ che definisca in termini più o meno "percepibili" il confine fra merito e legittimità costituzionale?

4. Che fine hanno fatto i diritti costituzionalmente rilevanti del nascituro?

Come è facile immaginare, nella ricostruzione effettuata dalla Corte, le pretese degli aspiranti genitori hanno trovato un terreno fertilissimo, ed in loro favore si è rilevata: la libertà di autodeterminarsi ricondotta agli artt. 2, 3 e 31 Cost.; il conseguente diritto incoercibile a diventare genitori (concernente la sfera più intima ed intangibile della persona umana); la violazione del diritto alla salute (art. 32 Cost.) comprendente anche la sfera psichica; la violazione dell'art. 3 Cost; nonché una discriminazione fondata sulla capacità economica, causata dalla "necessità" di eludere la normativa italiana mediante viaggi all'estero.

Per ciò che concerne i valori costituzionalmente rilevanti a favore di colui che si vuole portare alla vita ad ogni costo, sostanzialmente non ve ne traccia. Nel sottolineare "l'incoercibile" tutela della posizione degli aspiranti genitori, la Corte rileva più volte che l'applicazione dei diritti ad essi riconosciuti non «vulneri altri valori costituzionali»⁵¹.

⁴⁹ Inoltre per quanto riguarda la violazione dell'art. 3 nel caso in cui «la differenza di trattamento è irrazionale secondo le regole del discorso pratico, in quanto le rispettive fattispecie, pur diverse, sono ragionevolmente analoghe», si osserva che l'idea della Corte secondo cui la condizione patologica affliggente sia le coppie richiedenti l'eterologa, che le coppie richiedenti l'omologa, determinerebbe una "ragionevole analogia", non risulta particolarmente convincente. Se è vero che siffatta condizione lede la salute psicofisica di entrambe le categorie interessate al soddisfacimento del desiderio di genitorialità, è anche vero che una "cura" in tal senso non può annullare la differenza sostanziale che risiede tra tecniche omologhe ed eterologhe. Solo in quest'ultimo caso vi è l'intervento di una terza parte, che di fatto autorizza la creazione cosciente e consapevole di un orfano biologico, e non si tratta di un dettaglio di poco conto. Sul punto si veda il paragrafo successivo. Per quanto riguarda invece la possibilità di configurare le tecniche artificiali alla stregua di "terapie" si rinvia a A. VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita*, in T. PADOVANI (a cura di), G. DE FRANCESCO, G. FIDELBO (coordinatori), *Leggi penali complementari*, Milano, 2007, 570 ss.; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni. Seconda edizione*, Torino, 2015, 157 ss.; ancora G. SCARAVELLI, P. D'ALOJA, *La sterilità come problema della medicina: il fenomeno della procreazione medicalmente assistita in Italia sulla base dei dati del Registro Nazionale della Pma*, in R. BARTOLETTI (a cura di), *Cultura riproduttiva. Fertilità e sterilità tra comunicazione e prevenzione*, Milano, 2011, 39 ss.

⁵⁰ L. PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 329, «la distinzione della legittimità dal merito costituzionale, non diversamente dalla determinazione di ogni figura giuridica, non deve per definizione operarsi in astratto, immaginando una mitica oggettività che non dia luogo a discussioni, ma viene tracciata dai limiti stessi delle norme contenute in costituzione»; Inoltre la stessa Corte cost., sentenza 14-22 dicembre 1988, n. 1130, sancisce che «le censure di merito non comportano valutazioni strutturalmente diverse, sotto il profilo logico, dal procedimento argomentativo proprio dei giudizi valutativi implicati dal sindacato di legittimità, differenziandosene, piuttosto, per il fatto che in quest'ultimo le regole o gli interessi che debbono essere assunti come parametro del giudizio sono formalmente sanciti in norme di legge o della Costituzione».

⁵¹ Corte cost., sentenza 9 aprile 2014, n. 162.

Dunque a fronte di tale esigenza, ci si sarebbe aspettato un *excursus* argomentativo con riguardo alla posizione della controparte (nei suoi valori costituzionalmente rilevanti nel caso di specie), di un livello più o meno analogo a quello effettuato con riguardo agli aspiranti genitori. Ciò non è avvenuto se non sotto forma di richiami a questioni, sicuramente delicate, ma non di diretta incidenza⁵². Sembra quindi che la necessità racchiusa nelle parole: «non vulneri con altri valori costituzioni»⁵³, venga richiamata dalla Corte non nel senso di mettere l'accento sulla esigenza stessa di individuare gli altri valori costituzionalmente rilevanti, quanto invece in termini di rilevazione a priori della assenza di essi.

Entrando nel merito delle argomentazioni prospettate dalla Corte si ritiene al quanto criticabile, anzitutto l'affermazione secondo cui la determinazione di avere o meno un figlio rientri automaticamente e di per sé nella generale libertà di autodeterminarsi (riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost.), indipendentemente dalle modalità con le quali si attua l'atto procreativo. Si tratta di una prospettiva incentrata sulla presupposta equivalenza dei fini propri delle diverse forme di procreazione, che pone quest'ultime su di un piano comune⁵⁴ dal quale si fa discendere la necessità di un uguale trattamento per tutti gli interessati al soddisfacimento del desiderio di genitorialità. L'atto procreativo mira appunto a creare una nuova vita, ed il fine procreativo annullerebbe il "mezzo", ossia la diversità che distingue le varie forme di procreazione.

Tuttavia detta diversità si riscontra non solamente nella distinzione tra procreazione naturale e artificiale, dato che l'intervento di terzi in quest'ultima, determina a sua volta una differenza tra le tecniche stesse di procreazione artificiale. Da una parte si moltiplicano i diritti e i doveri concorrenti, dall'altra volontà e autodeterminazione approfittando della precarietà degli equilibri, sanciscono l'irriducibilità della libertà di chi è in grado di sopraffare l'altro, favorendo l'insediamento di interessi personali, aspirazioni, desideri. In tal modo il diritto appare come una botte senza fondo⁵⁵ nella quale il valore degli individui risulta ancorato alla capacità degli stessi di sfruttare le condizioni a loro favorevoli⁵⁶.

Le tecniche omologa ed eterologhe si realizzano dunque con modalità tali da sancire un confine ben delineato tra di esse, e in ragione di ciò vi è la necessità di trattare le diverse situazioni nella consapevolezza della intrinseca peculiarità di ciascuna di esse. L'omologa si attua con i gameti della coppia richiedente, diversamente nell'eterologa vi è l'utilizzo di almeno un gamete estraneo, e ciò realizza la

⁵² Il riferimento concerne la questione del possibile vuoto normativo conseguente alla caduta del divieto di fecondazione eterologa. Si veda il paragrafo 2 del presente lavoro.

⁵³ Corte cost., sentenza 9 aprile 2014, n. 162.

⁵⁴ Un esempio di questo indirizzo: A. VALLANI, *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015, «in sé e per sé avere figli, per via naturali o artificiali, qualunque sia il contesto familiare o il progetto genitoriale, è una funzione strutturalmente intima che non può offendere niente e nessuno: men che mai i figli stessi, posto che l'atto procreativo è quel che dà loro vita».

⁵⁵ Secondo M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei "nuovi diritti"*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2009, 561, «Se non si vuole svalutare il concetto stesso di diritti umani e la sua valenza giuridica e politica, occorre contrastare questa tendenza all'uso inflazionistico dei diritti, mantenendo nell'ambito dei diritti umani universali solo ciò che appartiene all'esperienza elementare di ogni persona umana».

⁵⁶ Si pensi ad esempio al turismo procreativo, richiamato proprio dalla Corte cost., sentenza 9 aprile 2014, n. 162.

scissione tra genitorialità naturale⁵⁷ e genitorialità sociale⁵⁸ (o meglio volontaristica), non sulla base della esigenza di salvaguardia degli interessi della parte debole del rapporto⁵⁹, l'unico fine rilevante, è invece la protezione assoluta della decisione di diventare genitore.

Emerge allora con prepotenza una questione di primo rilievo (nonostante non sia stata rilevata dalle Corte): può il nascituro vantare il naturale diritto a non essere privato fin dal concepimento della figura genitoriale biologica? esiste allora un diritto alla genitorialità naturale?

La Corte, sembra ricondurre suddetta questione (senza mai trattarla) nel rapporto con l'istituto dell'adozione. Un modo di argomentare già utilizzato dalla corte europea dei diritti dell'uomo sul caso *S. H. e Altri c. Austria*: «i rapporti familiari inconsueti in un ampio senso, che non seguono la tipica relazione genitore-figlio basata su un legame biologico diretto, non sono sconosciuti agli ordinamenti degli Stati contraenti. L'istituto dell'adozione è stato creato tempo fa per fornire un fondamento giuridico a tali relazioni, che sono conosciute in tutti gli Stati membri»⁶⁰. In seguito però la Grande Camera nella pronuncia del 3 novembre 2011, mette ad evidenza l'errore della prima sezione osservando che «la Corte non può non tenere conto del fatto che la distinzione della maternità tra la madre genetica e quella "uterina" si differenzia in modo significativo dal rapporto genitore-figlio adottivo e aggiunge un nuovo aspetto alla questione»⁶¹.

Entrambi gli istituti, comportano la creazione di un vincolo familiare fondato, sì, sulla dissociazione tra le genitorialità naturale e sociale, senonché la rilevanza del mezzo evidenzia un evidente confine tra le modalità con cui si raggiunge il fine prefissato. Il ricorso alla fecondazione eterologa costituisce la causa stessa della privazione del genitore biologico, e questo è il "dato genetico" che caratterizza la tecnica in esame, e che pone un paletto fermo alla possibilità che la dissociazione tra genitorialità naturale e genitorialità sociale possa esplicarsi in termini liberi ed opzionali⁶². In questa ottica si ritie-

⁵⁷ L'impossibilità di scindere (liberamente) la genitorialità naturale da quella sociale, stante il divieto di fecondazione eterologa, potrebbe essere il mero frutto di una imposizione ideologica, a giudizio di qualcuno. Si rinvia per tutti a S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, 180 s.

⁵⁸ Si veda G. GIACOBBE, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano. Materiali per una ricerca. Terza edizione aggiornata a cura di P. Virgadamo*, Torino, 2016, 159 s., secondo il quale la genitorialità sociale troverebbe il suo fondamento costituzionale nel generale principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., inteso come «dato caratterizzante l'intero ordinamento» che con riferimento alla filiazione (nei casi in cui è riconducibile all'atto procreativo) trova «applicazione e specificazione» negli artt. 29 e 30 Cost.

⁵⁹ Come invece accade nel caso dell'istituto dell'adozione, che in conformità dell'art. 30 della Costituzione, crea una dimensione familiare alternativa a quella biologica, solamente al fine di porre rimedio ad una situazione sfortunata del minore. La fecondazione eterologa invece, costituisce esse stessa la causa scatenante la scissione tra le due forme di genitorialità; si veda A. NICOLUSSI, A. RENDA, *Ragioni e implicazioni della "riforma" della filiazione*, cit., 31 ss.

⁶⁰ Corte Eur. Dir. Uomo, sez. I, 1 aprile 2010, n. 57813/00.

⁶¹ Corte Eur. Dir. Uomo, Grande camera, 10 aprile 2007, n. 6339/05.

⁶² Tribunale di Bologna, 9 maggio 2000, in A. DI FRANCIA, F. DALLAGIACOMA, *I diritti dei minorenni nella giurisprudenza*, Milano, 2008, 124 ss., «Il diritto di procreare, anche se nessuna norma internazionale o costituzionale lo contempra esplicitamente, deve essere considerato un diritto fondamentale espressione della libertà ed autonomia della persona, costituzionalmente garantito come può essere desunto dal combinato disposto degli artt. 2, 29, 30, 31 della Costituzione [...] Tuttavia ritiene il decidente che le tecniche riproduttive artificiali non possono essere considerate come una forma alternativa di procreazione cui le persone possano ricorrere liberamente, bensì come un intervento eccezionale e residuale cui si può incorrere soltanto in particolari situazioni e determinate condizioni».

ne appaia più corretto parlare di genitorialità volontaristica, in ossequio tra l'altro a quella libertà di autodeterminarsi rilevata dalla Corte stessa nella pronuncia in esame.

Quest'ultima asserzione può essere percepita meglio rilevando un elemento fondamentale che caratterizza l'adozione, ovvero la sua totale estraneità all'evento della nascita della persona, andando ad operare *ex post* rispetto alla stessa⁶³. Circoscrivendo quindi l'attenzione all'adozione del minore, si osserva che "l'irrelevanza" del vincolo biologico costituisce una *extrema ratio*⁶⁴, risultando limitata la configurabilità di una genitorialità non naturale alla valutazione concreta ed obbiettiva dello stato di abbandono⁶⁵.

Nelle valutazioni della Corte siffatte valutazioni non hanno avuto alcuno spazio, e ciò solleva innumerevoli dubbi, soprattutto se si tiene conto anche della loro conformità costituzionale. Il riferimento concerne in particolar modo l'art. 30 Cost., che risulta incompatibile con una applicazione libera della concezione volontaristica della responsabilità genitoriale. Si tratta di una disposizione, quella costituzionale, dalla quale è possibile evincere che la dimensione sociale, certamente fondamentale per lo sviluppo della personalità dell'individuo, rimane comunque un'opportunità offerta della dimensione biologica. Senza quest'ultima non esiste la prima: la (pre)potenza del legame di sangue non costituisce allora una «imposizione della biologia sulla biografia»⁶⁶, tutt'altro, è un mero fatto, non pretende o impone alcunché, fonte di ogni rapporto sociale, e proprio in ragione di ciò non assoggettabile ad una sua "funzione", se non proprio come *extrema ratio*.

Con ciò non si sta certamente affermando l'illiceità di quelle dimensioni familiari costruite *in primis* sul vincolo sociale, giacché il concretizzarsi di siffatta possibilità risulta espressamente avallabile dallo stesso art. 30 Cost., ovvero: «nei casi di incapacità dei genitori»⁶⁷. Tuttavia non è questo caso della fecondazione eterologa, che provoca uno stato di abbandono biologico⁶⁸ e contestualmente afferma

⁶³ Quanto al rapporto tra l'istituto dell'adozione e la procreazione assistita si veda P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, II, 211 ss.

⁶⁴ Sull'adozione come *extrema ratio* si rinvia alle più recenti: Cass. Civ., Sez. I, sentenza 3 febbraio 2006, n. 2426; Cass. Civ., Sez. I, sentenza 30 dicembre 2003, n. 19862; Cass. Civ., sez. I, sentenza 31 marzo 2010, n. 7961.

⁶⁵ Si veda ad esempio, Cass. Civ., sez. I, 14 maggio 2005, n. 10126, «L'accertamento dello stato di abbandono non può essere rimesso ad una valutazione prognostica astratta compiuta ex ante – con riferimento ad indizi privi di reale valenza ed in assenza di riscontri oggettivi – circa la scarsa idoneità della famiglia di origine ad assicurare in futuro al minore le cure necessarie per il suo sano sviluppo»; si veda anche Cass. Civ., Sez. I, sentenza 12 maggio 2006, n. 11019; Cass. Civ., sez. I, sentenza 14 aprile 2006, n. 8877, che tra l'altro ha espressamente richiamato la decisione del 2005.

⁶⁶ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 180.

⁶⁷ Costituzione della Repubblica italiana, art. 30; inoltre l'art. 1 co. 1, della legge 4 maggio 1983, n. 184, conformemente al dato costituzionale afferma che «Il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia»; sul punto si veda a A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in www.rivistaaic.it, 1, 2012; F. VARI, *A proposito delle questioni di legittimità costituzionale del divieto di procreazione eterologa*, in www.dimt.it (ultima consultazione 15/02/2017); A. NICOLUSSI, A. RENDA, *Fecondazione eterologa. Il pendolo tra Corte costituzionale e corte Edu*, in *Europa e dir. Priv.*, 2013, 195 ss.

⁶⁸ Il donatore in accordo con la coppia, si limita a fornire il gamete, senza assunzione di una qualche forma di responsabilità nei confronti di colui che ne è il figlio. Come qualificare tale comportamento alla luce della costituzione?; Si veda per tutti G. GIACOBBE, *op. cit.*, 72, «l'affermazione del diritto dovere dei genitori di istruire, educare e mantenere i figli anche se nati fuori dal matrimonio, comporta, sul piano degli effetti giuridici che ne

la pretesa di chi ha provocato tale condizione, di porre un rimedio mediante la volontà di avere o meno un figlio.

Riallacciandoci al test di ragionevolezza che la Corte ha richiamato assieme al test di proporzionalità, che «richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi»⁶⁹, si osserva che:

a) non sarebbe del tutto irragionevole sostenere che il divieto assoluto di fecondazione eterologa, risulta idoneo al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti. Mirando appunto alla salvaguardia di tutte le parti coinvolte, compreso il concepito, offre una ricostruzione della genitorialità naturale che trova riscontro nella costituzione (art. 30 Cost.)

b) la restrittività della misura è il frutto di un bilanciamento che da una parte vede la determinazione incoercibile (a giudizio della Corte) di avere o meno figli, e dall'altra il diritto dei figli ad essere istruiti ed educati anche se nati fuori del matrimonio, in virtù del principio di responsabilità genitoriale di cui all'art. 30 della Costituzione. Alla luce di ciò, il legislatore ha optato per una scelta impregnata dalla esigenza della tutela dell'interesse del minore, poiché la determinazione degli aspiranti genitori, «vulnera altri valori costituzionali»⁷⁰.

5. Corte EDU, 28 agosto 2012 sul caso *Costa e Pavan c. Italia*: l'incoerenza dell'ordinamento italiano.

La Corte EDU nella decisione del 28 agosto 2012 sul caso *Costa e Pavan c. Italia*⁷¹ si è occupata di un caso riguardante una coppia non sterile portatrice sana della mucoviscidosi, interessata ad accedere

derivano, che come si è già accennato, il *fatto della procreazione*, che ha nel concepimento il suo presupposto, determina il sorgere di un rapporto giuridico inderogabile che lega colui che procrea a colui che è procreato, in un vincolo indissolubile che, essendo costituzionalmente garantito, non può essere inciso dal legislatore ordinario: (...) configurandosi la categoria della *responsabilità per la procreazione*»; per la giurisprudenza si veda ad esempio, Cass. civ., sez. I, sentenza 9 giugno 1990, n. 5633, nonché Cass. civ., sez. I, sentenza 1 aprile 2004, n. 6365: «La norma costituzionale indirizza il legislatore ad una regolamentazione del tema informata al principio del dovere (nel senso di obbligo) del genitore di mantenere, istruire ed educare i figli in funzione del solo fatto materiale della procreazione e senza alcun vincolo con il riconoscimento formale della paternità o maternità naturale; al principio, cioè, per cui il diritto al mantenimento deve trovare la sua fonte immediata nel fatto della procreazione e non nello status formale di figlio naturale»; di avviso diverso è il Tribunale di Napoli, sez. I, 1 luglio 2011, che occupandosi di un caso di maternità surrogata, ha ordinato all'Ufficiale di stato civile di trascrivere gli atti di nascita dei bambini così nati, poiché «nel nostro ordinamento, il principio guida è quello della responsabilità procreativa finalizzato a proteggere il valore della tutela della prole, principio che è assicurato sia dalla procreazione naturale che da quella medicalmente assistita ove sorretta dal consenso del padre sociale».

⁶⁹ Corte cost., sentenza 9 aprile 2014, n. 162.

⁷⁰ Corte cost., sentenza 9 aprile 2014, n. 162.

⁷¹ Corte Eur. Dir. Uomo, sez. II, 28 agosto 2012, n. 54270/10, nel caso in esame dato che i ricorrenti hanno adito direttamente la Corte EDU senza ricorrere prima ad alcuna autorità giudiziaria interna, il governo italiano ha sostenuto che «il ricorso costituirebbe quindi un'*actio popularis* e i ricorrenti non avrebbero comunque esaurito le vie di ricorso interne», mentre a giudizio della Corte EDU «il ricorso non è manifestamente infondato ai sensi dell'articolo 35 § 3 (a) della Convenzione e non si oppone a nessun altro motivo

alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e di *Preimplantation Genetic Diagnosis*⁷², al fine di evitare il rischio di trasmissione della patologia. Stante la previsione contemplata dall'art. 4 comma 1 della legge 19 febbraio 2004 n. 40: «Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico», gli interessati decidono di ricorrere alla Corte EDU.

Da una parte essi affermano che il diritto al rispetto della decisione di diventare o meno genitore, rientra nel concetto di diritto al rispetto della vita privata e familiare. Pertanto il divieto di diagnosi preimpianto previsto dall'art. 4 determinerebbe la violazione dell'art. 8 CEDU. Dall'altra il governo ritiene che i ricorrenti pretendono un diritto ad avere un figlio sano, il quale non trova una tutela nella Convenzione, «quindi la doglianza dei ricorrenti sarebbe irricevibile *ratione materiae*»⁷³.

In ogni caso secondo il Governo, anche nell'eventualità in cui la Corte riconosca che al caso di specie sia applicabile l'articolo 8, il diritto dei ricorrenti al rispetto della vita privata e familiare non sarebbe violato, in quanto il divieto di diagnosi preimpianto costituisce, «una misura prevista dalla legge, volta al perseguimento di uno scopo legittimo, vale a dire la tutela dei diritti altrui e della morale, e necessaria in una società democratica»⁷⁴. Infine il Governo non manca di ricordare alla Corte EDU, l'ampio margine di apprezzamento di cui godrebbero gli stati, stante la natura morale, etica e sociale delle questioni in esame.

Facendo leva sulla ampiezza del concetto di vita privata di cui all'art. 8 CEDU, la Corte vi fa rientrare anche il desiderio avere un figlio non affetto dalle malattie genetiche di cui i ricorrenti sono portatori, mediante il ricorso alla procreazione assistita e alla diagnosi preimpianto. Inoltre rileva che il ricorso dei ricorrenti riguarda la sproporzione del divieto di diagnosi preimpianto, in quanto l'ordinamento italiano da una parte «autorizza i ricorrenti ad abortire un feto affetto da quella stessa patologia» mentre dall'altra vieta il ricorso alla diagnosi preimpianto. Le scelte normative adottate dal legislatore

d'irricevibilità. È quindi opportuno dichiararlo ricevibile». Sulla questione del previo esaurimento dei ricorsi interni si rinvia per tutti a A. DI STEFANO, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e principio di sussidiarietà. Contributo ad una lettura sistematica degli articoli 13 e 35*, Catania, 2009; tra i vari commenti alla sentenza: B. RANDAZZO, *La bulimia della Corte dei "desideri" (Corte EDU, Costa e Pavan c. Italia, sent. 28 agosto 2012 – 11 febbraio 2013)*, in, www.forumcostituzionale.it, 2013; C. NORDACCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in www.rivistaaic.it, 1, 2013; per delle argomentazioni critiche alla sentenza si veda F. VARI, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte EDU*, 2013, in www.rivistaaic.it, 1, 2013; per un primo commento sul rigetto della richiesta del Governo italiano di rinvio alla Grande Camera contro Corte Eur. Dir. Uomo, sez. II, 28 agosto 2012, n. 54270/10, si veda: A. VALLINI, *Diagnosi preimpianto: respinta la richiesta di rinvio alla Gran camera CEDU avanzata dal Governo italiano nel caso Costa e Pavan contro Italia*, in www.penalecontemporaneo.it, 2013; sulla disapplicazione operata dal Tribunale di Roma con riferimento all'art. 4 della legge n. 40 del 2004 si veda A. RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine della pronuncia del Trib. Di Roma, I Sez. Civ., che dà "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan)*, in www.diritticomparati.it, 2013.

⁷² Per una approfondita disamina sul piano medico si rinvia a A. KULVIEV, S. RECHITSKY, O. VERLINSKY, *Atlas of Preimplantation Genetic Diagnosis, Third Edition*, London, 2014.

⁷³ Corte Eur. Dir. Uomo, sez. II, 28 agosto 2012, n. 54270/10.

⁷⁴ Corte Eur. Dir. Uomo, sez. II, 28 agosto 2012, n. 54270/10.

re italiano, rispettivamente in materia di diagnosi preimpianto ed interruzione della gravidanza, se- gnerebbero a giudizio della Corte «l'incoerenza del sistema normativo italiano»⁷⁵, poiché i ricorrenti sarebbero costretti ad «iniziare una gravidanza secondo natura e procedere a interruzioni mediche della gravidanza qualora l'esame prenatale dovesse rivelare che il feto è malato»⁷⁶.

Si osserva anzitutto che la legge 19 febbraio 2004 n. 40, avente ad oggetto una materia assai ostica⁷⁷, comprende innumerevoli questioni radicate nella molteplicità delle branche della conoscenza, dunque una complessità incidente anche su aspetti essenziali della sfera dei diritti. Inoltre tenendo conto anche dell'eterogeneità che il panorama europeo offre circa le normative sulla procreazione assistita, si ritiene (come del resto già osservato dalla Corte EDU sul Caso *S. H. ed altri c. Austria*) che in simili casi «il margine di discrezionalità concesso allo Stato convenuto deve essere ampio»⁷⁸.

Alla luce di ciò appare impresa ardua sostenere che la Corte non abbia oltrepassato i limiti di predet- to margine, sia perché la divergenza tra il divieto di diagnosi preimpianto e l'art. 8 della CEDU non è stata rilevata direttamente da valutazioni concernenti il contrasto tra la disciplina interna e la CEDU, sia perché la Corte è ricorsa ad «una tecnica decisoria propria dei Tribunali costituzionali, e cioè un giudizio di ragionevolezza»⁷⁹. Altrettanto arduo appare affermare che nel caso di specie il margine di discrezionalità degli stati sia stato limitato, stante la concorrenza di un «importante aspetto dell'esistenza o dell'identità di un individuo»⁸⁰, dato che già la sola diagnosi preimpianto costituisce una questione decisamente ricca sul piano dei valori (giuridici, sociali, culturali ecc.).

La Corte ha invece gettato nella mischia, un'altra questione ben distinta dalla prima e altrettanto de- licata, fondando la propria decisione sul rapporto di incoerenza che sussisterebbe tra le due, sicché le conseguenze di questo ragionamento sarebbero paradossali: «una identica normativa vigente in due Stati membri del Consiglio d'Europa potrebbe essere considerata, in un caso, rispettosa di un articolo della CEDU e, nell'altro, con il medesimo articolo contrastante, a seconda delle altre norme vigenti

⁷⁵ Corte Eur. Dir. Uomo, sez. II, 28 agosto 2012, n. 54270/10.

⁷⁶ Corte Eur. Dir. Uomo, sez. II, 28 agosto 2012, n. 54270/10.

⁷⁷ Per una disamina sugli aspetti essenziali della procreazione medicalmente assistita, nonché della legge 19 febbraio 2004, n. 40, si rinvia a F. BUZZI, G. TASSI, *La procreazione medicalmente assistita. Normativa, giurisprudenza e aspetti medico legali*, Milano, 2011; S. MINERVINI, *La procreazione medicalmente assistita*, Matelica, 2007; M. DOSSETTI, M. LUPO, M. MORETTI, *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, Milano, 2010; B. DE FILIPPIS, *Il diritto di famiglia. Leggi, prassi e giurisprudenza*, Padova, 2011, 1093 ss.; E. COMPAGNO, *La procreazione medicalmente assistita in Italia e in Francia, legislazioni a confronto*, Milano, 2011; A. BUCCELLI, *Produrre uomini*, Firenze, 2005; per un primo commento alla legge si può visionare F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004; C. CASINI, M. CASINI, M. L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Commentario*, Torino, 2004.

⁷⁸ Corte Eur. Dir. Uomo, sez. I, 1 aprile 2010, n. 57813/00; sulla questione del margine di apprezzamento in relazione a casi riguardanti casi delicati, poiché incidenti su vari aspetti del sapere, e fra i quali vi rientra la procreazione assistita, si veda S. PENASA, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza*, in www.forumcostituzionale.it, 2013.

⁷⁹ F. VARI, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte EDU*, 2013, in www.rivistaaic.it, 1, 2013.

⁸⁰ Corte Eur. Dir. Uomo, Grande camera, 10 aprile 2007, n. 6339/05.

nell'ordinamento dei due Paesi, con buona pace, tra l'altro, della (garanzia di un minimo di) certezza del diritto in relazione all'interpretazione della Convenzione stessa»⁸¹.

Infine tanto la Corte quanto i ricorrenti hanno travisato la disciplina italiana sull'aborto (legge 22 maggio 1978, n. 194), la quale non ammette l'aborto eugenetico, dovendo ricorrere necessariamente un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna. Sia la Corte che i ricorrenti hanno rilevato invece il fatto che la predetta disciplina «autorizza i ricorrenti ad abortire un feto affetto da quella stessa patologia»⁸² al fine di tutelare il diritto ad avere un figlio non affetto dalla patologia di cui sono portatori. Ciò tuttavia non appare condivisibile, sul punto una recente decisione della Cassazione ha infatti chiarito che «è pertanto da escludersi la configurabilità e l'ammissibilità nell'ordinamento del c.d. aborto "eugenetico", prescindente dal pericolo derivante dalle malformazioni fetali alla salute della madre (...)»⁸³.

6. La Corte costituzionale del 5 giugno 2015 n. 96: la conferma dell'incoerenza dell'ordinamento italiano

Nella stessa direzione intrapresa dalla Corte EDU sul caso *Costa e Pavan c. Italia*, si immette la Corte costituzionale con la pronuncia del 5 giugno 2015, n. 96⁸⁴, avente ad oggetto un caso analogo (anche qui si richiedeva la possibilità di essere ammessi a procedure di procreazione medicalmente assistita con diagnosi preimpianto, al fine di evitare il rischio di trasmettere malattie genetiche ai rispettivi figli). Richiamando la citata giurisprudenza della Corte EDU (*Costa e Pavan c. Italia*), la Corte costituzionale fa discendere l'illegittimità costituzionale degli art. 1 comma 1 e 2, e art. 4 comma 1 della leg-

⁸¹ F. VARI, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza costa et pavan della II sezione della Corte EDU*, 2013, in www.rivistaaic.it, 1, 2013; di avviso contrario è A. VALLINI, *Ardita la rotta o incerta lageografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della Corte EDU in tema di diagnosi preimpianto*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 2, 2014, 253, (si veda la nota numero 6), l'autore ritiene che «Parametri di ragionevolezza, proporzione e non discriminazione, centrali anche nel sistema CEDU, per loro stessa natura non forniscono univoche e unitarie indicazioni di dettaglio circa la disciplina di singole materie, bensì sollecitano la strutturazione di un sistema statale coerente al suo interno, quali ne siano i contenuti (ovviamente variabili da ordinamento a ordinamento)».

⁸² Corte Eur. Dir. Uomo, sez. II, 28 agosto 2012, n. 54270/10.

⁸³ Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, «è pertanto è pertanto da escludersi la configurabilità e l'ammissibilità nell'ordinamento del c.d. aborto "eugenetico", prescindente dal pericolo derivante dalle malformazioni fetali alla salute della madre, atteso che l'interruzione della gravidanza al di fuori delle ipotesi di cui agli artt. 4 e 6 legge n. 194 del 1978 (accertate nei termini di cui agli artt. 5 ed 8), oltre a risultare in ogni caso in contrasto con i principi di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. e di indisponibilità del proprio corpo ex art. 5 cod. civ., costituisce reato anche a carico della stessa gestante (art. 19 legge n. 194 del 1978), essendo per converso il diritto del concepito a nascere, pur se con malformazioni o patologie, ad essere propriamente – anche mediante sanzioni penali – tutelato dall'ordinamento».

⁸⁴ Per un primo commento: G. REPETTO, *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute*, in www.diritticomparati.it, 2015; C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in www.costituzionalismo.it, 2, 2015; si veda anche A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in www.rivistaaic.it, 3, 2015.

ge 19 febbraio 2004 n. 40, dalla violazione «del canone di razionalità dell'ordinamento»⁸⁵. Ciò in quanto come osservato dalla Corte di Strasburgo, da una parte l'ordinamento italiano consente il perseguimento del diritto al figlio non affetto dalla patologia di cui sono portatori i ricorrenti, mediante procreazione naturale ed interruzione della gravidanza, quando sono «accertati processi patologici [...] relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna»⁸⁶, dall'altra invece vieta la diagnosi preimpianto⁸⁷. Si tratterebbe di una incoerenza che «non consente (...) di far acquisire “prima” alla donna una informazione che le permuterebbe di evitare “dopo” una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute»⁸⁸.

Anche in tal caso si ritiene di non condividere pienamente le argomentazioni prospettate dalla Corte, in particolare con riguardo al *tertium comparationis*, il quale non appare propriamente omogeneo. Questo è stato rinvenuto nella normativa italiana sull'aborto, sicché non sembra sia stata rilevata quella diversità che caratterizza la situazione della donna interessata alla diagnosi preimpianto e la situazione concernente la stessa donna richiedente però l'aborto.

La diagnosi preimpianto⁸⁹, costituisce uno strumento diagnostico (di norma effettuato nel terzo giorno successivo alla fecondazione, quando l'embrione risulta composto da 6 a 8 cellule), che permette di far conoscere prima dell'impianto dell'embrione in vitro nell'utero della donna, «se l'ovocita fecondato è portatore di malattie genetiche trasmesse dai genitori o se vi sono complicazioni ulteriori che pregiudichino queglii “standard medici” con cui vengono valutate la “sanità” e la “malattia”

⁸⁵ Corte Cost., sentenza 5 giugno 2015, n. 96.

⁸⁶ Corte Cost., sentenza 5 giugno 2015, n. 96.

⁸⁷ E. MALFATTI, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non “scontata” né (del tutto) condivisibile*, in *Consulta OnLine*, Saggi, II, 2015, 533 ss., l'autore si osserva che gli argomenti della Corte (in particolar modo la rilevata incoerenza dell'ordinamento italiano) «rischiava in realtà di produrre esiti ancor più paradossali, avallando implicitamente le richieste di accesso alla PMA da parte di qualsiasi coppia fertile che ravvisasse l'esigenza di uno screening anticipato (...)».

⁸⁸ Corte Cost., sentenza 5 giugno 2015, n. 96.

⁸⁹ Il divieto di ricorrere a tale tecnica non trova espressa menzione nella legge 19 febbraio 2004 n. 40, ma è possibile ricavarlo indirettamente da alcune disposizioni della stessa, in primo luogo l'art. 4 comma 1, che circoscrive l'accesso alla PMA «ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico», escludendo in tal modo le coppie fertili ma portatrici di malattie ereditarie. Mentre il vero e proprio divieto di diagnosi preimpianto sarebbe contemplato dell'art 13 che al comma 1 vieta la sperimentazione sugli embrioni, salvo l'eccezione del comma 2, secondo cui «La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative». Solo con le Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, di cui al D.M. del 21 luglio 2004, si è reso esplicito il divieto. Con il D.M. del 11 aprile 2008 Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita sono state aggiornate; Per quanto riguarda la giurisprudenza contraria al divieto si veda ad esempio: Tribunale di Cagliari 24 settembre 2007; Tribunale di Firenze 17 dicembre 2007; TAR Lazio, sez III, 21 gennaio 2007 n. 398; Successivamente alla pronuncia della Corte cost. sentenza 1 aprile 2009, n. 141, che ha dichiarato illegittimo il divieto dei tre embrioni previsto dall'art 14 della legge 40, si registrano anche: Tribunale di Bologna 29 giugno 2009; Tribunale di Salerno 9 gennaio 2010.

nell'uomo»⁹⁰. Quindi grazie alla conoscenza preventiva di possibili malattie dell'embrione, il test consente alla donna di non accettare il trasferimento⁹¹.

Questo comporta che solo nella situazione dell'aborto la salute fisica o psichica della donna può risultare compromessa dalla presenza di un grave pericolo, e proprio in ragione di ciò la previsione normativa interviene consentendo appunto il ricorso a tale pratica.⁹²

Inoltre si osserva che nella decisione sul caso *Costa e Pavan c. Italia*, richiamata proprio dalla Corte costituzionale nella pronuncia in esame, la Corte di Strasburgo ha ritenuto non convincente la difesa del Governo, circa l'esigenza di difendere la donna ed il bambino, in quando «il concetto di “bambino” non è assimilabile a quello di “embrione”»⁹³. Orbene, se questo risulta corretto, è altrettanto corretto rilevare che l'incoerenza dell'ordinamento italiano fondata sul rapporto normativa sull'aborto-normativa sulla diagnosi preimpianto, risulta egualmente non convincente, giacché l'aborto opera sul feto laddove la diagnosi preimpianto opera sull'embrione: il concetto di feto non è assimilabile a quello di embrione.

Si ritiene quindi non pienamente condivisibile, l'affermazione della Corte costituzionale secondo cui il rapporto tra le due normative (quella dell'aborto e quella concernente la diagnosi preimpianto) determini «un insuperabile aspetto di irragionevolezza». Esistono differenze sostanziali tra le due situazioni, ed in aggiunta l'ordinamento italiano non ammette l'aborto eugenetico, risultando non del tutto irragionevole la differenza di trattamento tra le stesse.

7. Conclusioni

Il dato essenziale che si vuole mettere in evidenza mediante il presente lavoro, non è costituito tanto dalle critiche che si muovono contro gli esiti cui le Corti sono pervenute con le rispettive decisioni. Piuttosto è la metodologia adottata dalle stesse a porre innumerevoli dubbi. Nel caso della pronuncia n. 162 del 2014, l'eventuale rilevazione della *ratio legis* nella sua completezza, magari accompagnata

⁹⁰ M. AMPOLA, L. CORCHIA, *Dialogo su Jürgen Habermas. Le trasformazioni della modernità*, Pisa, 2007, 250.

⁹¹ Tra l'altro la tecnica stessa non è esente da rischi, infatti vi possono essere aumenti del rischio di parti pretermine, il basso peso alla nascita dei neonati, lo sviluppo di anomalie congenite, mortalità e morbosità perinatale, si veda R.D. LAMBERT, *Safety issues in assisted reproductive technology: Aetiology of health problems in singleton ART babies*, in *Hum Reprod*, 18, 2003, 1987-1991; si veda anche M. AMPOLA, L. CORCHIA, *Dialogo su Jürgen Habermas. Le trasformazioni della modernità*, cit., 244, si osserva che la diagnosi preimpianto difatti favorirebbe «degli atteggiamenti volti al miglioramento tramite la “selezione” e alla “reficazione” della vita prepersonale per fini diversi da quelli della cura»; per una opinione diversa si rinvia a V. FRANCO, *Bioetica e procreazione assistita. Le politiche della vita tra libertà e responsabilità*, cit., 19 ss., secondo l'autore non bisogna confondere la diagnosi a fine di prevenzione con quella eugenetica, e per raggiungere detto scopo servono regole precise; si veda anche A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, 2011, 188 ss., in questo caso l'autore afferma in maniera netta che la diagnosi preimpianto costituisce uno diagnostico e non di selezione strumento.

⁹² L'orientamento espresso dalla Cass. Civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488 verrà confermato dalla Cass. Civ., sez. III, 14 luglio 2006, n. 16123: «a) l'interruzione volontaria della gravidanza è finalizzata solo ad evitare un pericolo per la salute della gestante, serio (entro i primi 90 giorni di gravidanza) o grave (successivamente a tale termine); b) trattasi di un diritto il cui esercizio compete esclusivamente alla madre; c) le eventuali malformazioni o anomalie del feto rilevano esclusivamente nella misura in cui possano cagionare un danno alla salute della gestante, e non già in sé e per sé considerate (con riferimento cioè al nascituro)».

⁹³ Corte Eur. Dir. Uomo, sez. II, 28 agosto 2012, n. 54270/10.

anche da un esame sui valori costituzionalmente rilevanti a favore del nato dalla eterologa, avrebbe avuto senz'altro un'influenza decisiva nella decisione della Corte Costituzionale. Nelle sentenze rispettivamente della Corte costituzionale n. 96 del 2015 e della Corte EDU sul *Costa e Pavan c. Italia*, concernenti entrambe il divieto di diagnosi preimpianto, si è ritenuto altrettanto non condivisibile l'affermazione circa l'incoerenza dell'ordinamento italiano quale conseguenza del rapporto tra la normativa italiana sull'aborto e la normativa sulla diagnosi preimpianto.

Inoltre in nessuna delle tre decisioni, la posizione della parte debole del rapporto ha ricevuto un trattamento ispirato secondo "criteri di completezza", come al contrario è avvenuto con riguardo alla posizione degli aspiranti genitori.

Vero è, che la materia in questione è assai delicata, prestandosi in tal senso ad innumerevoli applicazioni, ed altrettanto vero è, che la convergenza di varie questioni radicate nei settori del sapere umano più vario, richiama necessariamente una qualche forma di dialogo tra queste dimensioni⁹⁴.

In ogni caso si deve rilevare che anche nell'eventualità che siffatto dialogo si concretizzi, non vi sarebbe comunque la certezza di approdare a risultati univoci, del resto, lo stesso dato biologico è suscettibile di interpretazioni anche contrastanti.

Si prenda come riferimento la Commissione Warnock convocata nel 1982, la quale poteva vantare una composizione ricca di scienziati, medici, giuristi, sociologi e teologi. Ebbene nel famoso rapporto Warnock del 1984, si affermava la liceità della sperimentazione sugli embrioni fino al 14° giorno della fecondazione⁹⁵, nonostante l'evidente incertezza che lo stesso rapporto affermava sul punto: «poiché la temporizzazione dei differenti stadi di sviluppo è critica, una volta che il processo è iniziato, non c'è stadio particolare del processo di sviluppo che sia più importante di un altro; tutti sono parte di un processo continuo, e se ogni stadio non ha luogo normalmente, al tempo giusto e nella sequenza esatta, lo sviluppo ulteriore cessa. Biologicamente non è possibile identificare un singolo stadio oltre il quale un embrione in vitro non dovrebbe essere mantenuto in vita»⁹⁶.

Ora, prendendo atto che il varco delle "possibilità totali" si fa sempre più ampio grazie al costante ed inesorabile avanzamento del progresso scientifico⁹⁷, e che le "esigenze" della modernità spingono

⁹⁴ S. PENASA, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza*, in www.forumcostituzionale.it, 2013, « Il legislatore è chiamato a tenere conto della natura dinamica del contesto medicoscientifico, la quale sembra orientare l'esercizio della discrezionalità politica: spetta al legislatore prevedere dei meccanismi decisionali e normativi, i quali consentano la valutazione periodica degli eventuali progressi scientifici, in modo da adeguare l'impianto normativo ai medesimi ».

⁹⁵ In quanto tale limite determinerebbe la comparsa della stria primitiva ovvero l'asse cranico-dorsale dell'embrione, nonché l'impossibilità di fenomeni di gemellazione, segnando l'inizio dell'individualità umana; per una critica a tale ricostruzione si veda G. M. CARBONE, *L'embrione umano: qualcosa o qualcuno?* Bologna, 2005; G. ZEPPEGNO, E. LARGHERO, *Dalla parte della vita - I. Itinerari di bioetica - I*, Torino, 2007.

⁹⁶ ARAMINI M., *La procreazione assistita. Scoprire il senso di un nuovo modo di nascere*. Milano, 1999, 81.

⁹⁷ Si ricorda la *Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazioni della biologia e della medicina*, approvata dal Consiglio d'Europa nel 1997 (tuttavia si registra lo scarso favore che ha riscosso tale atto, dato che non molti stati l'hanno ratificato, l'Italia stessa, nonostante la legge 28 marzo 2001 n. 145 di ratifica ed esecuzione della Convenzione, non ha ancora emanato i decreti legislativi recanti ulteriori disposizioni occorrenti per l'adattamento dell'ordinamento giuridico italiano ai principi e alle norme della Convenzione), afferma nell'art. 1 l'esigenza di salvaguardare l'essere umano dai possibili e concreti abusi propri delle applicazioni della biologia e della medicina.

con incessante insistenza verso un orizzonte volontaristico, si ritiene indispensabile la formazione di riflessioni nelle quali rilevi la complessità quantitativa e qualitativa dei valori in gioco. Un approccio attento alle esigenze di tutte le parti coinvolte, che ponga argine alle possibili “derive permissiviste”, quanto meno nella affermazione della necessità di fondare le decisioni adottate nei casi concreti su valutazioni “onnicomprensive”, e non di limitarsi a fingere che il soggetto debole non abbia rilevanza.