

L'anabasi (tra alterne fortune) della fecondazione eterologa a dieci anni dalla l. n. 40/2004

Stefano Agosta*

ANABASIS (WITH CHANGING FORTUNES) OF ASSISTED REPRODUCTION WITH GAMETE DONATION, TEN YEARS AFTER LAW NO. 40/2004

ABSTRACT: A punctual analysis on the former, strict ban on assisted reproduction with gamete donation in Italy – established by law no. 40/2004 – and its following, progressive “demolition” by the Italian Constitutional Court (especially by the recent judgement no. 162/2014). A reflection about the *criteria* applied by the Court, the role of the European Court of Human Rights and the future, desirable legislation on ethically sensitive subjects.

KEYWORDS: Bioethics and legislation, European Court of Human Rights, assisted reproduction with gamete donation, Italian constitutional case-law, reasonable balance

SOMMARIO: 1. Premessa: la fecondazione eterologa sulle rotaie delle montagne russe – SEZIONE PRIMA: PROFILI DE IURE CONDITO DELLA SENT. N. 162/2014 – 2. Il gioco di scatole cinesi dei diritti fondamentali delle coppie assolutamente sterili/infertili ed il rientro in grande stile del giudice costituzionale – 3. Il divieto di procreazione di tipo eterologo alla prova dei serrati test, rispettivamente, di *tenuta temporale*, *obbligatorietà internazionale* e *ragionevolezza* – SEZIONE SECONDA: PROFILI DE IURE CONDENDO – 4. Nuove tecniche argomentative per non poi troppo lontani impieghi giurisprudenziali – 5. Tra intraprendenza e *metus* reverenziale: il pendolo della Corte costituzionale non vuol ancora saperne di fermarsi nei rapporti con la CEDU – 6. Dove la scienza non arretra è il diritto che avanza (lineamenti di un possibile modello di *legislatio* in ambito bioetico) – A MO' DI SINTESI (E IN ATTESA DI FUTURI SVILUPPI) – 7. Guardare al *vacuum* legislativo senza lasciar trapelare il benché minimo *horror* (considerazione a margine del futuro del binomio legge costituzionalmente obbligatoria/seguito legislativo).

1. Premessa: la fecondazione eterologa sulle rotaie delle montagne russe

Assai singolare – quando non, per molti versi, *beffardo* – il destino della fecondazione artificiale eterologa nel nostro paese¹: dopo quasi un trentennio di pacifica e fruttuosa convivenza² con la “sorella maggiore” di tipo omologo (realizzata invece mediante l’uso di gameti appartenenti alla coppia), infatti, essa cadeva inopinatamente in disgrazia per un decennio – a partire dall’emanazione della l. n. 40/2004, «Norme in materia di procreazione medicalmente assisti-

* Ricercatore confermato di Diritto costituzionale nell’Università degli Studi di Messina.

¹ ... di quel tipo di inseminazione, cioè, praticata col seme di un donatore estraneo alla coppia richiedente – se la sterilità/infertilità di essa dipenda dal *partner* maschile – ovvero con l’impiego di ovociti se la donna (pur in grado di portare a termine la gravidanza) non ne produca di propri.

² Così ad esempio, fino al 1983, le donazioni di ovociti in Italia sono proseguite indisturbate con l’impiego di materiale genetico in eccedenza rispetto agli interventi di procreazione omologa, a titolo gratuito per donatrici e riceventi.

ta», che brutalmente la espelle dall'ordinamento con l'art. 4, comma 3 – per poi essere definitivamente riabilitata³ con la recente sent. n. 162/2014 della Corte costituzionale⁴. Senza potersi spingere sino al punto di riconoscere che il divieto di eterologa non volesse affatto tutelare la pretesa del nascituro ad una famiglia *tout court* (come sarebbe stato *ragionevole* fare) quanto piuttosto quella ad una famiglia *biologica* (sul discutibile presupposto che essa garantisse il figlio più di quanto non potesse fare invece quella c.d. *affettiva*), la Consulta di fatto ha squarciato così *per tabulas* – fino a sollevarla del tutto – la spessa cappa di *apparenti* ragioni tecnico-mediche, psicologiche e giuridiche che aveva sin qui fatto pesantemente velo alle *reali* motivazioni di tale irragionevole proibizione: da troppo tempo, d'altro canto, la magistratura ordinaria aveva aperto un fuoco di sbarramento incrociato contro la disposizione di cui all'art. 4 cit. ed il “gioco a rimpiattino” tra giudici e tribunale costituzionale, per quanto strategicamente condotto per quasi un quadriennio, non sarebbe potuto durare ancora a lungo⁵.

Nel bene e (soprattutto) nel male, insomma, è inutile nascondersi che la l. n. 40 – oltre a dare parecchio lavoro trasversalmente agli studiosi delle più svariate discipline – ha comunque segnato un non secondario capitolo della più recente storia italiana⁶ allo stesso modo di quanto ne aveva a suo tempo scritto uno non meno importante la l. n. 194/1978 sull'interruzione volontaria della gravidanza. Ciò che infatti è saltato subito all'occhio – sin da quando la disciplina in oggetto era, per così dire, “in fasce” (A.S. 1514 del 18 giugno 2002) – non è stata tanto, o non solo, l'irragionevolezza delle singole opzioni normative quanto, piuttosto, quella della complessiva impostazione metodica che è parsa animare l'intero articolato: con la conseguenza che la progressiva opera pretoria di riallineamento di traiettoria alla Costituzione di tale testo ha preso le mosse, ed è andata gradualmente irrobustendosi, più da un vero e proprio giudizio strutturale su di esso che non da virtuali considerazioni di giustizia sostanziale⁷. Ad inconfondibile testimonianza di questo endemico e stagnante stato di fatto sarebbe, d'altronde, bastato il mero dato statistico della mole di ben quindici ordinanze di rimessione sin qui complessivamente sollevate sulla l. n. 40, a fronte di quelle che hanno all'epoca caratterizzato la normativa sull'aborto (sedici, distribuite però in uno spazio di tempo ben più ampio)⁸, nonché il florilegio di trentadue pronunzie cui essa ha dato luogo nell'arco di un decennio fra tribunali ordinari, amministrativi e giudice di legittimità delle leggi: in questa mobile galassia di interventi giurisprudenziali, era dunque così imprevedibile che la Corte costituzionale a un certo punto decidesse di rispondere alle sirene così pressanti del diritto vivente – dopo invero non poche, né irrilevanti, oscillazioni

³ ... seppure a certe, stringenti, condizioni sulle quali si dirà meglio, *infra*, al par. 2.

⁴ ... al cui *decisum* – in mancanza di diversa indicazione – devono intendersi tutti i richiami testuali di seguito riportati.

⁵ Su tutti questi profili, volendo, cfr. S. AGOSTA, *Tra paradigma biologico ed affettivo: il divieto di fecondazione eterologa sul filo del rasoio di Ockham*, in www.gruppodipisa.it (23 settembre 2013).

⁶ Così, M. D'AMICO, *Legge 40: dieci anni di sentenze*, in www.personaedanno.it (16 aprile 2014).

⁷ Cfr., ancora da ultimo, S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it (16 giugno 2014).

⁸ Per questi rilievi, G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it (3 luglio 2014).

su cui, tra non molto, ci si intratterrà (par. 2) – con una decisione dagli effetti ovviamente ben diversi da quelli di qualsivoglia giudice su un caso singolo⁹.

Molteplici appaiono, pertanto, i profili *de iure condito* e (per quanto qui più specificatamente interessa) soprattutto *de iure condendo* per il futuro che la pronuncia n. 162 in epigrafe sembra disvelare. A partire dal primo dei piani considerati – sotto l'aspetto processuale – innanzitutto non è che stupisca obiettivamente più di tanto l'ennesima chiusura del contraddittorio ad una serie di associazioni¹⁰ anche in questa delicata occasione così perentoriamente disposta: ancora nel 2013 (sentt. nn. 85 e 134), difatti, la Consulta non ha mancato di rimarcare come ammesse a intervenire nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale fossero «le sole parti del giudizio principale ed i terzi portatori di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura»; con la conseguenza che la richiesta d'intervento di associazioni che «non sono parti nel processo principale e non risultano essere titolari di un siffatto interesse qualificato» (punto 3 *cons. dir.*) va dichiarata inammissibile, senza che la circostanza che esse siano parti in un giudizio diverso da quello oggetto dell'ordinanza di rimessione, nel quale è stata sollevata analoga questione di legittimità costituzionale sia neppure sufficiente a renderlo ammissibile¹¹.

Quello che potrebbe fare più specie, casomai, è che lo stesso tribunale costituzionale non si faccia troppo scrupolo di attingere a piene mani dalle argomentazioni spese da quei soggetti pure recisamente esclusi un attimo prima dal contraddittorio¹²; così come di qualificare contraddittoriamente «nuova» e, ad un tempo, «diversa» la «prospettazione delle stesse questioni» da parte dei Tribunali ordinari di Firenze e di Catania (punto 3.1 *cons. dir.*); nonché di ritenere (allo stesso punto 11 *cons. dir.*) «costituzionalmente necessaria» la l. n. 40 e, al contempo, affermare che il sindacato di costituzionalità «deve coprire nella misura più ampia possibile l'ordinamento giuridico» (sentenza n. 1 del 2014), non essendo, ovviamente, ipotizzabile l'esistenza di ambiti sottratti allo stesso¹³.

Una considerazione ovviamente a parte merita, infine, la sospetta eclissi dall'orizzonte del giudizio in esame del parametro di cui all'art. 117, comma 1, Cost., con tanta enfasi invocato nella pregressa occasione dell'ord. n. 150 cit. eppure, con altrettanta disinvoltura, rapidamente accantonato nel recente frangente: pur probabilmente espressiva della «sfiducia» via via nutrita dai giudici remittenti di Firenze e Catania di pervenire ad una declaratoria d'incostituzionalità sulla base della possibile lesione

⁹ In tal senso, M. D'AMICO, *Legge 40: dieci anni di sentenze*, cit.

¹⁰ Così ad esempio le associazioni, rispettivamente, Vox - Osservatorio italiano sui diritti, Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica, Amica Cicogna Onlus, Cerco un bimbo e Liberi di decidere.

¹¹ Così, tra le altre, decc. nn. 470/2002, 150/2012.

¹² Quando, ad esempio, ritenga irrilevante «che nel relativo processo principale, *secondo quanto dedotto da alcune delle associazioni intervenute nel giudizio promosso dal Tribunale ordinario di Catania*, sarebbe sopravvenuta la separazione personale dei coniugi ricorrenti: «indipendentemente da ogni considerazione in ordine alla prova di siffatta sopravvenienza», difatti, «la stessa non può esplicare effetti sul giudizio di legittimità costituzionale, in quanto questo, una volta iniziato in seguito ad ordinanza di rinvio del giudice rimettente, non è suscettibile di essere influenzato da successive vicende di fatto concernenti il rapporto dedotto nel processo che lo ha occasionato, come previsto dall'art. 18 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, nel testo approvato il 7 ottobre 2008» (punto 3.3 *cons. dir.*).

¹³ ... come prontamente rilevato – seppure solo di sfuggita – da A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it (14 giugno 2014).

della CEDU¹⁴ – che ad essa hanno evidentemente preferito una ricostruzione, per così dire, “domestica” della questione¹⁵ – tale sparizione parrebbe, in realtà, testimoniare qualcosa di meno superficiale del mero rilievo processuale e più afferente ad una ridefinizione della piramide giudici ordinari-Corte costituzionale-CEDU su cui adesso non è possibile soffermarsi e, nondimeno, si ritornerà più diffusamente, *infra*, al par. 5.

SEZIONE PRIMA:

PROFILI *DE IURE CONDITO* DELLA SENT. N. 162/2014

2. Il *gioco di scatole cinesi* dei diritti fondamentali delle coppie assolutamente sterili/infertili ed il rientro in grande stile del giudice costituzionale

Anziché una solitaria monade – seppur salutata come “storica”¹⁶ – la pronunzia in esame pare dunque esibire non pochi elementi di continuità con i suoi più celebri predecessori (part. sentt. nn. 347/1998, 282/2002, 45-49/2005, 151/2009, tutte abbondantemente richiamate nel testo) alla cui scia essa non difficilmente si accoda¹⁷ sino a consolidarne il complessivo *trend* di sviluppo: il percorso giurisprudenziale che è andato lentamente dipanandosi nel corso degli anni sotto gli occhi di addetti ai lavori e opinione pubblica, nondimeno, si è rivelato tutt’altro che agevole e lineare, probabilmente manifestando le sue più intime contraddizioni proprio in occasione dell’ord. n. 150 cit. di restituzione degli atti ai giudici *a quibus* per diritto convenzionale sopravvenuto¹⁸. Come ad ogni modo già si anti-

¹⁴ Così part. G. D’AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse*, cit.

¹⁵ In tal senso, tra gli altri, G. BALDINI, *La Consulta cancella il divieto di PMA eterologa. Prime riflessioni*, in www.personaedanno.it (10 maggio 2014).

¹⁶ Così, per esempio, G. BALDINI, *La Consulta cancella il divieto di PMA eterologa*, cit.; V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it (13 giugno 2014).

¹⁷ Su tali profili, ad esempio, L. VIOLINI, *La Corte e l’eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in www.rivistaaic.it (osservatorio costituzionale, luglio 2014); G. D’AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse*, cit.

¹⁸ ... sulla quale, *ex plurimis*, cfr. A. CIERVO, *Il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in www.federalismi.it (10 ottobre 2012); E. MALFATTI, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino “convenzionale” della Corte*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it (29 giugno 2012); F. MANNELLA, *La difficile elaborazione del “diritto ad avere un figlio” tra bilanciamenti legislativi e giurisprudenziali*, in www.federalismi.it (10 ottobre 2012); A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell’ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it (19 luglio 2012); G. REPETTO, *Ancora sull’ordinanza n. 150 del 2012 della Corte costituzionale: alcune ragioni per fare di necessità virtù*, in www.diritticomparati.it (25 giugno 2012); A. RUGGERI, *La Corte costituzionale, i parametri “conseguenziali” e la tecnica dell’assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell’anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita) e, se si vuole, S. AGOSTA, La Consulta nel gioco di specchi riflessi tra Corti sopranazionali e giudici*

cipava, pochi dubbi possono invero nutrirsi sul fatto che la decisione in commento abbia rappresentato per la Corte costituzionale l'imperdibile opportunità di riguadagnare un centro della scena che da qualche tempo le era stato (anche col suo colpevole concorso) sottratto dai giudici interni e da quello sovranazionale¹⁹.

A parte i profili processuali appena accennati, è chiaramente intorno al fondamentale crocevia del ragionevole bilanciamento di tutti gli interessi costituzionali coinvolti che il giudice di costituzionalità delle leggi ha predisposto il suo rientro in grande stile sul tema, abilmente intessendo i fili dell'impianto logico-argomentativo che, in non troppi passaggi invero, lo ha condotto abbastanza speditamente al merito della definitiva caducazione del predetto divieto: prima di procedere, però, era per la Corte ovviamente indispensabile individuare tutti i beni costituzionalmente in campo, giacché la procreazione medicalmente assistita inevitabilmente coinvolge «plurime esigenze costituzionali»²⁰ e, conseguentemente, «la legge n. 40 del 2004 incide su una molteplicità di interessi di tale rango» (punto 5 *cons. dir.*).

In tal senso, la latitudine delle argomentazioni copiosamente profuse dai giudici *a quibus* non lasciava alla Consulta che l'imbarazzo della scelta e – nell'ampio ventaglio di norme parametriche richiamate – quelle di cui alla libertà di autodeterminarsi nella sfera privata e familiare ed al diritto alla salute della coppia assolutamente sterile/infertile non potevano che spiccare tra le altre²¹: la prima – quale «scelta di tale coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli» – esprimendo «la fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare» (punto 6 *cons. dir.*); rispetto al secondo – assai vecchia conoscenza di anni di faticosa elaborazione giurisprudenziale – non essendo «dirimenti le differenze tra PMA di tipo omologo ed eterologo, benché soltanto la prima renda possibile la nascita di un figlio geneticamente riconducibile ad entrambi i componenti della coppia. Anche tenendo conto delle diversità che caratterizzano dette tecniche, è, infatti, certo che l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio *partner*, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia» (punto 7 *cons. dir.*). Ciò naturalmente a patto di continuare ad assumere quell'accezione estensiva di diritto alla salute «nel significato, proprio dell'art. 32 Cost., comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica»²² da tempo fatta propria dalla giurisprudenza²³ e saldamente puntellata nei decenni dal celebre atto costitutivo dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (22 luglio 1946, New York) che già disponeva che «Il pos-

comuni (in tema di protezione giuridica della vita nascente), entrambi in *Consulta Online*, www.giurcost.org (rispettivamente, 12 giugno e 23 luglio 2012).

¹⁹ In tal senso, ad esempio, G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Consulta Online*, www.giurcost.it (13 giugno 2014).

²⁰ Così già sent. n. 347/1998 (punto 3 *cons. dir.*).

²¹ ... seppure con le precisazioni che più avanti si faranno.

²² Cfr. sent. n. 251/2008 (punto 11 *cons. dir.*).

²³ Così, *ex plurimis*, sentt. nn. 167/1999, 253/2003, 113/2004.

sesso del migliore stato di sanità» (senza aggettivi...) «possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano»²⁴.

Per l'importanza che evidentemente li connota, entrambi i diritti evocati in campo dal tribunale costituzionale meritano dunque una – seppur succinta – considerazione, a partire da quello della coppia a formarsi una famiglia, sul cui scivoloso piano la pronunzia in commento si avventura con il richiamo anche al parametro di cui all'art. 29 Cost. Pur dovendo necessariamente prendere le mosse dall'assunto che, in effetti, «la Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli»²⁵, si ammette nondimeno che «il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione»: mirando «prevalentemente a garantire una famiglia ai minori (come affermato da questa Corte sin dalla sentenza n. 11 del 1981)», difatti, esso renderebbe «comunque, evidente che il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa» (punto 6 *cons. dir.*).

Tale ultimo inciso – di un modello costituzionale di “famiglia”, cioè, che pare progressivamente slittare da quello della famiglia legittima *ex art.* 29 cit. ad uno di famiglia con figli *affettivi*, passando per quello intermedio di famiglia con discendenza biologica – ha attirato più di uno strale della dottrina, preoccupata dalla circostanza che una famiglia così prefigurata, sempre meno vincolata dal matrimonio e sempre più intrecciata al dato procreativo, finisca per rovesciare su se stesso il disegno costituzionale medesimo: vale a dire, inopinatamente convertendo la famiglia legittima fondata sul matrimonio in una *species* del più ampio *genus* rappresentato dal consorzio che lega necessariamente una coppia ai figli (con i riflessi che, *de iure condendo*, ciò potrebbe produrre in ordine al diritto alla genitorialità pure di *single* e coppie dello stesso sesso)²⁶; tali considerazioni necessariamente impongono, pertanto, un migliore *focus* sul vero oggetto del giudizio di cui alla sent. n. 162, obbligando senz'altro a passare a quello che rappresenta l'altro (invero, forse, l'unico) diritto al centro della pronunzia in commento e, cioè, il diritto alla salute della coppia.

Come nel gioco delle “scatole cinesi”, invero, il diritto di procreare dei figli sembra dal giudice delle leggi racchiuso nel più capiente diritto di costruire una famiglia il quale, a sua volta, non può che rimandare al più ampio diritto di autodeterminarsi nella *scelta esistenziale* di vita privata e familiare²⁷: così concentricamente tracciati, questi diritti verrebbero, infine, complessivamente cinti dal maggiore diritto alla salute (nel senso, *supra*, precisato). Se così non fosse stato, del resto, nemmeno il tribunale costituzionale avrebbe oggettivamente avvertito la necessità (come, invece, ha non casualmente fatto) di rimarcare come il divieto sia «stato censurato nella parte in cui impedisce il ricorso a detta tecnica nel caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una patologia, che è causa irreversibile

²⁴ ... sebbene la pronunzia abbia curiosamente «trascurato di citare il passo, ben più pregnante, in cui l'OMS ha stabilito che la salute è “uno stato di completo benessere fisico, psichico e sociale, e non solo l'assenza di malattia o di infermità”»: così V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa*, cit.

²⁵ Così, ad esempio, sentt. nn. 123/1990, 189/1991.

²⁶ Così spec. A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta Online*, www.giurcost.it (13 giugno 2014).

²⁷ In tal senso, ad esempio, G. BALDINI, *La Consulta cancella il divieto di PMA eterologa*, cit.

di sterilità o infertilità assolute» (punto 9 *cons. dir.*) della coppia²⁸: è, dunque, all'ombra del diritto alla salute (psichica) che l'irragionevolezza di una terapia consentita alle sole coppie affette da meno gravi patologie rispetto ad altre si paleserebbe in tutta la sua macroscopica evidenza. Al piano della teoria della Costituzione insomma, anche a seguito degli approdi interpretativi cui pure è pervenuta la decisione in epigrafe, l'assetto dei diritti fondamentali – lungi dall'essere stato profondamente minato – parrebbe rimasto, nonostante tutto, integro e (forse) più saldo di prima.

3. Il divieto di procreazione di tipo eterologo alla prova dei serrati test, rispettivamente, di tenuta temporale, obbligatorietà internazionale e ragionevolezza

Dall'altra parte per così dire della barricata, una breve disamina degli interessi contrapposti ai due ora delineati svelava d'altro canto – con neanche troppa difficoltà – l'intrinseca fragilità che pare inevitabilmente connotarli: così, ritenuto «che la PMA di tipo eterologo mira a favorire la vita e pone problematiche riferibili eminentemente al tempo successivo alla nascita», veniva in primo luogo sgombrato il campo dal tradizionale rischio di selezione eugenetica sugli embrioni, giacché «la considerazione che il divieto è stato censurato nella parte in cui impedisce il ricorso a detta tecnica nel caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una patologia, che è causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute, deve escludere, in radice, un'eventuale utilizzazione della stessa ad illegittimi fini eugenetici» (punto 9 *cons. dir.*).

Non diverso destino attendeva, poi, la non meno classica obiezione del pericolo per la salute dei soggetti coinvolti nella donazione di gameti: anche di esso il tribunale costituzionale si sbarazzava abbastanza agevolmente prendendo avvio dal fatto che «la tecnica in esame [...], alla luce delle notorie risultanze della scienza medica, non comporta rischi per la salute dei donanti e dei donatari eccedenti la normale alea insita in qualsiasi pratica terapeutica» [ciò naturalmente all'ovvia condizione che essa venga «eseguita all'interno di strutture operanti sotto i rigorosi controlli delle autorità, nell'osservanza dei protocolli elaborati dagli organismi specializzati a ciò deputati» (*ibidem*)]. Così sapientemente sforbiciato dal contorno, a contrapporsi ai predetti beni costituzionali della coppia ammalata – e, quindi, ad orgogliosamente presidiare l'assolutezza di un divieto talmente rigido come quello di cui all'art. 4, comma 3, cit. – non rimaneva che l'ultimo baluardo dell'interesse della persona nata dalla PMA di tipo eterologo: nella duplice veste, in particolare, del «rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale» e «della violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica» confezionata dall'Avvocatura generale dello Stato (punto 11 *cons. dir.*).

Una volta conclusa la preliminare fase di progressiva messa fuoco degli interessi coinvolti nel bilanciamento, il giudice delle leggi poteva quindi passare finalmente alle concrete modalità di protezione di essi effettivamente messe in campo, sottoponendo la proibizione impugnata a un triplice, serrato,

²⁸ E, d'altro canto, non poteva essere diversamente, proprio alla luce del *petitum* stesso delle tre ordinanze di rimessione: «che non è la caducazione secca, sempre e comunque, del divieto di ricorrere alla donazione di gameti da parte di un soggetto esterno alla coppia, ma l'illegittimità del divieto in parola, limitatamente alle coppie assolutamente sterili o infertili, quali sono le ricorrenti nei tre giudizi *a quibus*; dunque, anche volendo, la Corte non avrebbe potuto dichiarare l'illegittimità costituzionale del divieto in sé e per sé, a meno di non ricorrere ad un'illegittimità consequenziale, che sarebbe apparsa oltremodo forzata» (così, G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse*, cit.).

test ad intensità crescente: e cioè, rispettivamente, di “tenuta temporale”, di “obbligatorietà internazionale” e, ovviamente, di “fondatezza costituzionale”. Con riferimento al primo, si veniva così a scoprire – come non solo *ante* l. n. 40/2004 non vigesse quel *Far West* tanto sbandierato dalla politica più smalzata ma pure – che tale divieto neppure esisteva, considerato che «l’applicazione delle tecniche di fecondazione eterologa era, infatti, «lecita [...] ed 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)» (punto 5 *cons. dir.*), tali centri già pacificamente operando nella vigenza di numerose circolari ministeriali (sulle quali, in sede di notazioni conclusive, si tornerà).

Non superata la prima di “persistenza nel tempo”, nemmeno alla verifica, per così dire, di “obbligatorietà internazionale” tale norma sembra, tuttavia, rispondere positivamente: al contrario, «la sua eliminazione in nessun modo ed in nessun punto viola», in effetti, «i principi posti dalla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 (che solo vieta la PMA a fini selettivi ed eugenetici e, peraltro, è ancora priva degli strumenti di attuazione) e dal Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani, recepiti nel nostro ordinamento con la legge di adattamento 28 marzo 2001, n. 145 (Ratifica della Convenzione di Oviedo)» (punto 5 *cons. dir.*).

Già duramente fiaccato dai due precedenti, al divieto in parola non rimaneva dunque che aggrapparsi al più impegnativo ed analitico *test* di “fondatezza costituzionale” rispetto al quale, nondimeno, la Corte spegneva subito ogni barlume di speranza già nell’*incipit* del proprio ragionamento: «impedendo alla coppia destinataria della legge n. 40 del 2004, ma assolutamente sterile o infertile, di utilizzare la tecnica di PMA eterologa», difatti, esso «è privo di adeguato fondamento costituzionale» (punto 6 *cons. dir.*). Insistere nel perorare la già vista duplice ragione della tutela dell’equilibrio psichico e del diritto a conoscere le proprie origini genetiche da parte del nato non giovava, insomma, a ribaltare (ma neppure invero a scalfire...) il verdetto della Consulta: non la prima, considerato che – «una volta espunte dai commi 1 e 3 dell’art. 9 della legge n. 40 del 2004, a seguito dell’accoglimento delle sollevate questioni, le parole “in violazione del divieto di cui all’articolo 4, comma 3”» – «risulta, infine, confermata sia l’inammissibilità dell’azione di disconoscimento della paternità (il richiamo dell’art. 235 cod. civ. a seguito delle modifiche realizzate dagli artt. 17 e 106 del d.lgs. n. 154 del 2013 deve ritenersi ora riferito all’art. 243-bis cod. civ.) e dell’impugnazione *ex art.* 263 cod. civ. (nel testo novellato dall’art. 28 del d.lgs. n. 154 del 2013) sia che la nascita da PMA di tipo eterologo non dà luogo all’istituzione di relazioni giuridiche parentali tra il donatore di gameti ed il nato, essendo, quindi, regolamentati i principali profili dello stato giuridico di quest’ultimo» (punto 11.1 *cons. dir.*); ma nemmeno la seconda, se sol si consideri che essa si è già posta «in riferimento all’istituto dell’adozione e sulla stessa è di recente intervenuto il legislatore, che ha disciplinato l’*an* ed il *quomodo* del diritto dei genitori adottivi all’accesso alle informazioni concernenti l’identità dei genitori biologici dell’adottato (art. 28, comma 4, della legge 4 maggio 1983, n. 184, recante «Diritto del minore ad una famiglia», nel testo modificato dall’art. 100, comma 1, lettera *p*, del d.lgs. n. 154 del 2013)» (punto 12 *cons. dir.*)²⁹.

²⁹ In tale ambito – proseguiva il tribunale costituzionale – peraltro «era stato già infranto il dogma della segretezza dell’identità dei genitori biologici quale garanzia insuperabile della coesione della famiglia adottiva,

Al negativo esito della triplice “prova” cui è stata duramente sottoposta, l’illegittimità della disposizione impugnata pareva in definitiva segnata. «Alla luce del dichiarato scopo della legge n. 40 del 2004 “di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana” (art. 1, comma 1)», l’«evidente elemento di irrazionalità» introdotto dalla «preclusione assoluta di accesso alla PMA di tipo eterologo» si palesava, del resto, in tutta la sua macroscopica evidenza: «la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, alla formazione della famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute, nei termini sopra esposti» imponendosi, cioè, «in danno delle coppie affette dalle patologie più gravi, in contrasto con la *ratio legis*» (punto 13 *cons. dir.*)³⁰.

La «lesione della libertà fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40 del 2004 di formare una famiglia con dei figli» inflitta dal divieto in esame, agli occhi del giudice di legittimità delle leggi, appariva insomma insopportabile, «senza che la sua assolutezza [fosse] giustificata dalle esigenze di tutela del nato, le quali, in virtù di quanto sopra rilevato in ordine ad alcuni dei più importanti profili della situazione giuridica dello stesso, già desumibile dalle norme vigenti, [dovevano] ritenersi congruamente garantite» (punto 13 *cons. dir.*). Irrmediabilmente saltato il c.d. «vincolo del minor sacrificio possibile degli altri interessi e valori costituzionalmente protetti» – sul quale, tra un momento, dovrà più approfonditamente soffermarsi l’attenzione – le norme censurate, «pur nell’obiettivo di assicurare tutela ad un valore di rango costituzionale», non potevano che determinare, quindi, «una palese ed irreversibile lesione di alcuni di essi, in violazione dei parametri costituzionali sopra richiamati» (*ibidem*).

SEZIONE SECONDA: PROFILI DE IURE CONDENDO

4. Nuove tecniche argomentative per non poi troppo lontani impieghi giurisprudenziali

Sin qui dunque una disamina, seppur succinta e largamente frammentaria, di taluni dei più evidenti profili (processuali e sostanziali) *de iure condito*. Ma è soprattutto *de iure condendo*, come si anticipava, che la pronunzia in esame promette di dispiegare maggiormente i suoi effetti per la normazio-

nella consapevolezza dell’esigenza di una valutazione dialettica dei relativi rapporti (art. 28, comma 5, della legge n. 184 del 1983). Siffatta esigenza è stata confermata da questa Corte la quale, nello scrutinare la norma che vietava l’accesso alle informazioni nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata, ha affermato che l’irreversibilità del segreto arrecava un insanabile *vulnus* agli artt. 2 e 3 Cost. e l’ha, quindi, rimossa, giudicando inammissibile il suo mantenimento ed invitando il legislatore ad introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta compiuta dalla madre naturale e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all’anonimato (sentenza n. 278 del 2013)» (punto 12 *cons. dir.*).

³⁰ Né valeva, *ex adverso*, rilevare «che le situazioni in comparazione non sono completamente assimilabili, sia perché ciò è influente in relazione al canone di razionalità della norma, sia perché “il principio di cui all’art. 3 Cost. è violato non solo quando i trattamenti messi a confronto sono formalmente contraddittori in ragione dell’identità delle fattispecie, ma anche quando la differenza di trattamento è irrazionale secondo le regole del discorso pratico, in quanto le rispettive fattispecie, pur diverse, sono ragionevolmente analoghe” (sentenza n. 1009 del 1988), come appunto nel caso in esame» (punto 13 *cons. dir.*).

The Italian Law no. 40/2004

ne (e i giudizi su di essa) del futuro: e ciò non soltanto, com'è facile immaginare, con riferimento alle questioni sulla fecondazione assistita ancora pendenti innanzi alla Corte costituzionale – si pensi a quelle, rispettivamente, sugli artt. 1 (laddove non consente l'accesso alle tecniche alle coppie fertili ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili), 6 (nella parte in cui vieta che il consenso della donna possa essere revocato dopo la fecondazione dell'ovulo) e 13, allorquando proibisce la ricerca e sperimentazione sugli embrioni e la connessa donazione di essi a tali fini – ma, più ampiamente, in relazione a tutte quelle discipline sulle *scelte esistenziali* dell'individuo³¹ che giacciono ancora in un cassetto nella logorante attesa di essere esaminate dalle competenti commissioni parlamentari (fra tutte, quella relativa al testamento biologico).

A partire dalla tecniche argomentative in questo frangente utilizzate, difatti, non difficile è intravedere la varietà di semi pure generosamente sparsi e destinati sempre più a germogliare per le prossime occasioni: così, in primo luogo, l'impiego, «per evidenti ragioni solidaristiche», di un'accezione assai lata di «disabilità» (e delle patologie di essa produttive) tale che «la discrezionalità spettante al legislatore ordinario nell'individuare le misure a tutela di quanti ne sono affetti» debba necessariamente incontrare «il limite del “rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati”» (così punto 7 *cons. dir.*, richiamando le sentt. nn. 251/2008 e 80/2010)³².

Si pensi, in second'ordine, al rilievo che nel giudizio è stato riconosciuto alla concreta situazione di disparità economica tra coppie che il divieto di inseminazione eterologa aveva irrimediabilmente provocato: «benché correttamente ispirata allo scopo di offrire la dovuta tutela al nato», difatti, «la regolamentazione degli effetti della PMA di tipo eterologo praticata al di fuori del nostro Paese» ha portato odiosamente ad emersione «un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurge[va] intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi» (punto 13 *cons. dir.*). Evidenziando come ciò non abbia rappresentato «un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente a un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole», il ragionamento della Consulta non solo ha rimarcato «un ulteriore elemento di irrazionalità della censurata disciplina» ma testimoniava soprattutto – anche sopra questo delicato campo di esperienza – la struttura inevitabilmente “mista” del parametro costituzionale (in quanto composto non soltanto da elementi di natura propriamente normativa ma, pure, di ordine fattuale)³³.

³¹ Sulle quali, sia consentito il rinvio a S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, e II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Milano, 2012.

³² «Uno spunto, questo, prezioso ed esso pure suscettibile di larghi e proficui utilizzi anche in ambiti materiali assai distanti da quello su cui si situa la questione oggi definita»: così, A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa*, cit.

³³ In oggetto, già A. RUGGERI, *Fatti e norme nei giudizi sulle leggi e le «metamorfosi» dei criteri ordinatori delle fonti*, Torino, 1994, 143 ss.; non dissimilmente, F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, Torino, 2002, 145 ss. e Q. CAMERLENGO, *Fatti e prove nei giudizi per conflitto di attribuzione*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantésimo anniversario*, Milano, 2006, 93 ss. (il primo con precipuo riferimento al giudizio in via incidentale, il secondo con più specifica attenzione ai conflitti di attribuzione).

Della quale ultima considerazione, peraltro, nemmeno il legislatore del 2004 dimostrava invero di essere all'oscuro, se sol si pensi a quelle previsioni (part. 9 e 12, comma 1, l. n. 40) nelle quali si disponeva, rispettivamente, che «qualora si ricorr[esse] a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo [...] il coniuge o il convivente il cui consenso [era] ricavabile da atti concludenti non [potesse] esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice. La madre [...] non [poteva] dichiarare la volontà di non essere nominata [...] il donatore di gameti non acquisi[va] alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non p[oteva] far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi» e si puniva con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro «chiunque a qualsiasi titolo [avesse utilizzato] a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 3».

Aver dettato, insomma, una disciplina positiva della fecondazione eterologa pur espressamente vietata in linea generale – non solo alimentava le perplessità di quanti erano già all'epoca persuasi del fatto che lo sbandierato diritto alla famiglia del nascituro dovesse solo far velo alla difesa ad ogni costo della famiglia “biologica”³⁴ ma, soprattutto – già evidenziava l’“attenzione alla realtà” (*recte*, al fatto) di un Parlamento che, entrando in contraddizione con se stesso, si preoccupava di predisporre le necessarie contromisure nella (affatto peregrina) ipotesi di eventuali trasgressioni di un divieto evidentemente già ritenuto eccessivamente rigido presso centri situati all'estero³⁵.

Una considerazione a parte merita, infine, il rilievo che alla comparazione giuridica e alla giurisprudenza EDU la sentenza in epigrafe dimostra in materia di voler dare e che potrebbe, in futuro, non difficilmente riaffacciarsi. Con riferimento alla prima, ben pochi dubbi possono in verità nutrirsi sul benefico influsso che la normazione nei paesi UE che hanno ammesso e disciplinato la metodica in parola potrebbe esercitare sulle regole del prossimo avvenire (così, ad esempio, l'anonimato del donatore di gameti, i presupposti per la praticabilità delle indagini sulle origini genetiche del nato ovvero la disciplina del sistema delle c.d. bio-banche, perlomeno relativamente alla gratuità/non reiterabilità della donazione da parte della stessa persona)³⁶. Ciò che non pare, forse, ugualmente convincente sarebbe piuttosto l'uso, per un verso, *quantitativamente* incompleto e, per un altro, *qualitativamente* deviante, che della comparazione sembrerebbe aver fatto la giurisprudenza: monco, nel rinvio alla sola legislazione di taluni Stati a discapito di altri; sviante, se riguardato alla luce della lesione del principio d'eguaglianza che al divieto di eterologa si è voluta attribuire. Una condizione di disparità, quella che endemicamente ha afflitto le coppie economicamente più disagiate, «diretto effetto delle disposizioni in esame»: con la singolare conseguenza che «ogni qual volta da noi un certo comportamento sia vietato e i trasgressori intendano pur tuttavia porlo in essere e, al fine di farla

³⁴ In oggetto, volendo, S. AGOSTA, *Tra ragionevoli preoccupazioni di tutela ed irragionevoli soluzioni normative: la recente disciplina sulla procreazione artificiale al banco di prova dei fini-valori della Costituzione*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 95 ss.

³⁵ Così, ancora di recente, F. GIRELLI, *Bastano le garanzie interne per dichiarare l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, 601.

³⁶ In oggetto, G. BALDINI, *La Consulta cancella il divieto di PMA eterologa*, cit.

franca, si trovino perciò costretti a recarsi altrove, sia *per ciò stesso* violata l'eguaglianza, a danno di coloro che invece restano e si conformano al divieto, sia o no rispettoso della Costituzione»³⁷.

Venendo, poi, ai pronunziamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo, solo a un appena superficiale sguardo l'assorbimento dei motivi di censura formulati dal Tribunale ordinario di Milano in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost. per violazione del combinato disposto degli artt. 8 e 14 della CEDU (punto 14 *cons. dir.*), testimonierebbe l'eclissi della Carta europea come norma interposta nel giudizio in commento: se riguardato in controluce, in effetti, il richiamo – seppur formalmente “domestico” – alle disposizioni parametriche degli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 tradirebbe, in realtà, il sostanziale impiego di nozioni³⁸ e impianti retorico-argomentativi³⁹ *geneticamente* provenienti dalla giurisprudenza EDU ben più di quanto forse non si volesse, invero, lasciar trasparire⁴⁰. Questo singolare uso, per così dire, “carsico” della giurisprudenza convenzionale – per le ricadute di cui potrebbe essere foriero nel più vicino futuro dei rapporti fra le due Corti – non può in questo senso sfuggire e merita senz'altro delle notazioni a parte, come appunto quelle che stanno per venire.

5. Tra intraprendenza e *metus* reverenziale: il pendolo della Corte costituzionale non vuol ancora saperne di fermarsi nei rapporti con la CEDU

Chiamata a pronunziarsi sulla compatibilità con l'art. 8 CEDU del divieto italiano di diagnosi genetica preimpianto da una coppia portatrice sana di fibrosi cistica – la quale lamentava la violazione del proprio diritto al rispetto della vita privata e familiare nella misura in cui si sarebbe trovata costretta ad intraprendere una gravidanza in modo naturale (salvo ricorrere poi all'aborto qualora la diagnosi prenatale avesse dato esito infausto) – la Corte di Strasburgo non poteva non rilevare l'incoerenza della disciplina italiana nella parte in cui, con una mano, proibiva la selezione eugenetica sugli embrioni prima dell'impianto e, con un'altra, manteneva comunque la possibilità d'interrompere la gravidanza allorquando l'embrione fosse risultato affetto proprio dalla malattia che i futuri genitori avrebbero voluto evitare⁴¹: in quell'occasione era evidentemente l'accezione estensiva di «vita privata» adottata dai giudici EDU ex art. 8 cit. che consentiva loro di ricomprendere in essa pure il diritto, rispettivamente, ad intrecciare, e sviluppare, rapporti con i propri simili⁴², allo «sviluppo personale»⁴³, all'autodeterminazione personale⁴⁴ nonché al rispetto della decisione di diventare, ovvero non esserlo, genitore⁴⁵.

³⁷ Così, persuasivamente, A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa*, cit.

³⁸ Così, per esempio, quelli di «vita privata e familiare» ovvero «scelta di diventare genitori».

³⁹ ... come quelli adoperati nei casi, rispettivamente, *S.H. e altri c. Austria* (1° aprile 2010) e *Costa e Pavan c. Italia* (28 agosto 2012).

⁴⁰ Per questi profili, ad esempio, S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza?*, cit.

⁴¹ Sui profili che seguono, di recente, F. PERRINI, *La legge 40/2004: la sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale e i principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, 604.

⁴² Caso *Niemietz c. Germania*, 16 dicembre 1992 (spec. par. 29).

⁴³ Caso *Bensaïd c. Regno Unito*, 6 febbraio 2001 (part. par. 47).

⁴⁴ Caso *Pretty c. Regno Unito*, 29 aprile 2002 (spec. par. 61).

⁴⁵ Così, casi *Evans c. Regno Unito*, 10 aprile 2007 (par. 71) e *A. B. e C. c. Irlanda*, 16 dicembre 2010, (par. 212).

Rispetto agli orientamenti della CEDU in materia – e parecchi altri in tal senso, com'è prevedibile, potrebbero farsene – non poco altalenante è stata la lettura della strategia messa in campo dal tribunale costituzionale che è stata data⁴⁶. Così, a fronte della tesi che ha giustamente segnalato lo spirito di “quasi rivalsa” nei confronti delle “incursioni” (non di rado, come si è visto, penetranti) della Corte europea⁴⁷, vi è stata quella che, altrettanto opportunamente, ne ha piuttosto rimarcato una sorta di *horror obsequii*⁴⁸ che ha portato il giudice costituzionale a sottrarsi alla questione di costituzionalità relativa al parametro interposto come invece invocato nell'ordinanza milanese: probabilmente al non dichiarato scopo di non mettersi troppo di traverso rispetto alla *Grande Chambre* EDU nel caso *S.H. e altri c. Austria* mediante un'interpretazione restrittiva dell'obbligo dei giudici degli Stati aderenti alla CEDU di attuare le norme convenzionali per come filtrate dalla giurisprudenza europea⁴⁹; sotto questa peculiare luce potrebbe, quindi, spiegarsi il motivo per il quale l'intero discorrere nel merito del diritto, rispettivamente, di autodeterminazione, al rispetto della vita privata e familiare ovvero alla tutela della salute (anche psichica) – anziché fisiologicamente suscitare una rilettura dei parametri costituzionali in sintonia con la giurisprudenza europea – abbia spinto la Corte costituzionale al solo richiamo a un suo precedente come la sent. n. 278/2013⁵⁰.

Come non di rado accade, la verità sta probabilmente nel mezzo dove – oscillando ancora tra gli opposti estremi dell'intraprendenza ovvero del *metus* reverenziale nei confronti della CEDU – la Consulta, pur legittimamente desiderando (come si anticipava) riappropriarsi di uno spazio da tempo negato dalla discesa nel medesimo agone di giudici interni e sovranazionali, mantiene ancora un atteggiamento ambiguo come quello, giustamente rilevato da più parti e obiettivamente ingombrante, nascente ad esempio dal raffronto proprio tra la precedente ord. n. 150 cit. e l'attuale sent. n. 162 cit. La faticosa ricerca, e messa a pieno regime, di un ottimale punto di equilibrio in tal senso, nondimeno, pare tutt'altro che operazione *a costo zero*: ancora al presente, essa ingenera casomai la spiacevole sensazione di una singolare inversione della pregiudiziale di costituzionalità a favore di quella di convenzionalità (anche in presenza di ordinanze di rimessione autonomamente strutturate rispetto ai parametri convenzionali), nella migliore delle ipotesi⁵¹; ovvero di un grave ritardo in una decisione

⁴⁶ Cfr., ancora recentemente, L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa*, cit.

⁴⁷ In tal senso, ad esempio, G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo*, cit.

⁴⁸ Per questa espressione, cfr. S. AGOSTA, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia delle comunità europee ex art. 234 Trattato CE tra (ingiustificato?) horror obsequii della Corte costituzionale ed irresistibile vocazione espansiva del giudice comunitario*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, 349 ss.

⁴⁹ Così, *ex multis*, V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa*, cit.

⁵⁰ ... quando, invece, lo «stesso *punctum crucis* [...] della opportunità ovvero doverosità del divieto di eterologa, secondo cui quest'ultima fa correre rischi di natura psicologica non lievi, correlati alla genitorialità non naturale, e – ciò che forse maggiormente importa – lede il diritto del nato a conoscere la propria identità genetica, avrebbe potuto essere ancora meglio trattato ove non ci si fosse fermati al mero richiamo della sent. n. 278 del 2013, risalendo piuttosto alla radice culturale da cui quest'ultima decisione ha tratto alimento, e perciò espressamente menzionando la giurisprudenza europea cui si deve il mutamento d'indirizzo segnato dalla pronunzia appena cit.»: così spec. A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa*, cit.

⁵¹ Cfr. A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali?*, cit.

nel merito che – per le decine di coppie in drammatica attesa – poteva già essere assunta nel 2012, nella peggiore⁵².

Ma è, ovviamente, passando dal diverso piano del rapporto con gli ordinamenti esterni a quello interno che la pronunzia in esame pare estendere alla massima ampiezza possibile il ventaglio delle proprie implicazioni future, a cominciare dalla controversa dialettica scienza/diritto: una dinamica nella quale la l. n. 40 cit. si è vigorosamente impiantata da dieci anni come un cuneo a smascherare le intrinseche debolezze della prima – «incapace, a differenza» del mondo «ecclesiale, di parlare con voce autorevole e unica alla politica» – e del secondo, non meno inadeguato, come la politica, ad «affrontare temi legati ai diritti costituzionali e al ruolo della scienza, derubricati come questioni “eticamente sensibili” e quindi non meritevoli di attenzione o complicate da esaminare»⁵³. Nel senso appena delineato, in effetti, non mancano le voci che, ancora molto recentemente, si destano preoccupate a sottolineare – anche nella pronunzia in epigrafe – il permanente rischio di un’inversione del rapporto scienza/diritti della persona, coi secondi finiti ormai per dipendere sempre di più dalla tecnica scientifica⁵⁴.

Una via alternativa per uscire dall’*impasse*, nondimeno, sarebbe data, a condizione (in questo senso, sì) di un rovesciamento di prospettiva: non imponendo, cioè, alla scienza di *arretrare* – la qual cosa, peraltro, decenni di esperienza dimostrano essere assai ingenuo da credere e praticamente impossibile da realizzare – ma casomai chiedendo al diritto di *avanzare*⁵⁵. Non poche posizioni dottrinarie d’altro canto hanno sospinto, dove più dove meno consapevolmente, verso la ridefinizione di uno statuto del diritto in ambito bioetico *in senso forte*: il rinvio alla scienza medica, d’altronde, non può mai convertirsi in una “carta bianca” da parte del diritto, giacché gli esiti cui essa perviene devono pur sempre mostrarsi ossequiosi degli interessi costituzionalmente protetti nel loro fare “sistema”⁵⁶. Tale, d’altro canto, non può non essere stata la *ratio* ispiratrice degli stessi giudici remittenti di Milano, Catania e Firenze quando hanno ritenuto che incombesse comunque sul Parlamento il compito di filtrare pregresse considerazioni di deroga/esclusione alla luce di “griglie” elaborate a seguito di diverse cognizioni scientifiche e culturali⁵⁷; la stessa più risalente giurisprudenza costituzionale⁵⁸, del resto, si è sempre giustamente ben guardata dal non riconoscere al legislatore la legittimazione ad intervenire nel campo tecnico-scientifico, invocandone anzi un’iniziativa che consentisse alla materia un minimo di uniformità e coerenza.

Come “anelli” di una medesima “catena” di produzione normativa, insomma, l’ambito delle scelte esistenziali della persona a gran voce reclama il potere (anzi, il dovere) della scienza medica, del diritto *vigente* e di quello *vivente* di saldarsi assieme, naturalmente nel rispetto dei reciproci ruoli e senza malintese assunzioni di pretesa superiorità rispetto agli altri campi di esperienza: di questa rinnovata consapevolezza, la sentenza n. 162 in esame pare peraltro un non secondario esempio. Siccome pre-

⁵² Così ancora A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, cit.

⁵³ In tal senso, M. D’AMICO, *Legge 40: dieci anni di sentenze*, cit.

⁵⁴ Così, significativamente, A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, cit.

⁵⁵ In oggetto, se si vuole, S. AGOSTA, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all’epoca della rivoluzione biologica*, in www.rivistaaic.it, 2014, 1.

⁵⁶ Cfr. part. A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa*, cit.

⁵⁷ In questo senso, G. BALDINI, *La Consulta cancella il divieto di PMA eterologa*, cit.

⁵⁸ Così spec. sentt. nn. 347/1998 e 282/2002 cit.

tendere che il giudizio della c.d. *expertise* medico-scientifica non giochi in linea preliminare un ruolo d'iniziale "condizionamento" del bilanciamento che in concreto svolgerà poi il legislatore sarebbe ingenuo, ecco che assai più realistico si dimostrerebbe invece accettare la duplice valenza che il dato tecnico inevitabilmente assolve nei confronti del Parlamento: per un verso, orientandone la discrezionalità e, per un altro, irrobustendone la legittimità⁵⁹. Lungi dal soppesare l'adeguatezza scientifica delle metodiche impiegate nel merito, quindi, al momento d'intervenire spetterà alle Assemblee legislative verificare la reale consistenza degli interessi costituzionali in gioco, la compatibilità di essi con le tecniche a disposizione e, infine, individuare il punto di equilibrio più ragionevole.

Da queste poche sparse battute, in sintesi, non è che già non s'intravedano, piuttosto ben delineate, le fattezze di un nuovo "metodo" di *legislatio*, specificatamente pensato e calibrato proprio per le delicate situazioni in esame e non difficilmente riutilizzabile per future scelte.

6. Dove la scienza non *arretra* è il diritto che *avanza* (lineamenti di un possibile modello di *legislatio* in ambito bioetico)

Nessun intervento legislativo in tema di scelte esistenziali di inizio-vita può, innanzitutto, prescindere – come si premura di ribadire anche in questo frangente il tribunale costituzionale – da un triplice, ineludibile, caposaldo rispettivamente rappresentato dallo stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali, dal consenso degli interessati e dall'autonomia decisionale del medico⁶⁰: con riferimento al primo, «un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati (sentenza n. 8 del 2011), anche in riferimento all'accertamento dell'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela» (punto 7 *cons. dir.*); rispetto al consenso espresso dai soggetti coinvolti – in coerenza con quella nozione assai lata di diritto alla salute *supra* vista – «deve essere, quindi, ribadito che, "per giurisprudenza costante, gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, devono ritenersi leciti" (sentenza n. 161 del 1985), sempre che non siano lesi altri interessi costituzionali» (punto 7 *cons. dir.*)⁶¹. Richiamo, quest'ultimo, che non può non fare il paio col terzo, ed ultimo, requisito dell'autonomia decisionale del medico laddove «va ribadito che, "in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del pa-

⁵⁹ Sul punto, S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza?*, cit.

⁶⁰ In oggetto, ad esempio, L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa*, cit.

⁶¹ Si pensi alle molteplici normative che hanno acconsentito a talune menomazioni fisiche al fine di meglio garantire l'equilibrio psichico della persona: così, ad esempio, l'interruzione volontaria della gravidanza (l. n. 194/1978) e la sterilizzazione volontaria (prima vietata dall'art. 552 c.p. e poi consentita a seguito dell'abrogazione di quest'ultimo ad opera della stessa l. n. 194 cit.) nonché il cambiamento di sesso ex l. n. 164/1982: in oggetto, V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa*, cit.

ziente, opera le necessarie scelte professionali” (sentenza n. 151 del 2009), fermo restando il potere del legislatore di intervenire in modo conforme ai precetti costituzionali» (punto 7 *cons. dir.*)⁶².

Solo a partire da tali (reciprocamente intrecciati e tra di loro interferenti) prerequisiti, dunque, potrà dirsi abbastanza robusta e solida la base su cui finalmente poggiare la successiva opera di bilanciamento legislativo: la quale ultima sembra dover non di meno rispondere, anch’essa, ad un ben preciso schema: essa dovrà, in particolare, rifuggire dall’alternativa secca della prevalenza assoluta di “A”/sacrificio assoluto di “B”⁶³, a meno che questa (eccezionalmente) non rappresenti l’unico ed esclusivo modo per dar protezione ad un interesse di rango costituzionale pari a quello di tutti gli altri coinvolti⁶⁴. Ipotesi eccezionali a parte, pertanto, non rimane che quella del *minimum* di tutela congiuntamente per “A” e “B”, l’unica (costituzionalmente compatibile) via spianata al Parlamento in tali situazioni, tali interessi nel loro complesso richiedendo «“un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa” ad ognuno (sentenza n. 45 del 2005)». La Consulta, peraltro, ha «già affermato che la stessa “tutela dell’embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione” (sentenza n. 151 del 2009)» (punto 5 *cons. dir.*): ovvero (il che è poi lo stesso) che «le limitazioni» alla suddetta libertà di autodeterminarsi, «ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall’impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango (sentenza n. 332 del 2000)» (punto 6 *cons. dir.*)⁶⁵. Esauritasi così la fase, per così dire, del diritto *vigente*, il testimone di questa ideale “catena” normativa non potrà che inevitabilmente passare (*rectius*, non di rado ritornare) infine al diritto *vivente* della magistratura e, *in limine*, dello stesso giudice delle leggi: alla prima, mediante i consueti rimedi dell’interpretazione adeguatrice e dell’applicazione diretta della Carta fondamentale; al secondo, col tocco “leggero” delle pronunzie in-

⁶² Né può, in tal senso, obiettersi – proseguiva spedito il giudice di costituzionalità delle leggi – la pretesa di «soggettivizzare la nozione di salute» ovvero «di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici»: trattandosi, più semplicemente, «di tenere conto che la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l’esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarla vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango» (*ibidem*).

⁶³ Costante giurisprudenza costituzionale ha, peraltro, già «sottolineato come la legge n. 40 del 2004 sia appunto preordinata alla “tutela delle esigenze di procreazione”, da contemperare con ulteriori valori costituzionali, senza peraltro che sia stata riconosciuta a nessuno di essi una tutela assoluta, imponendosi un ragionevole bilanciamento tra gli stessi (sentenza n. 151 del 2009)» (punto 6 *cons. dir.*).

⁶⁴ «[L]a libertà e volontarietà dell’atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia», infatti, «di sicuro non implica che» essa «possa esplicarsi senza limiti. Tuttavia, questi limiti, anche se ispirati da considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur meritevoli di attenzione in un ambito così delicato, non possono consistere in un divieto assoluto [...] a meno che lo stesso non sia l’unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale»; nondimeno, pur incidendo «sui richiamati beni costituzionali», «ciò non è sufficiente a far ritenere illegittimo» il censurato divieto, «occorrendo a questo scopo accertare se l’assolutezza che lo connota sia l’unico mezzo per garantire la tutela di altri valori costituzionali coinvolti dalla tecnica in esame» (punto 8 *cons. dir.*).

⁶⁵ «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», d’altro canto, «non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch’essa attiene a questa sfera» (punto 6 *cons. dir.*).

terlocutorie ovvero con la mano “pesante” direttamente delle declaratorie d’illegittimità costituzionale⁶⁶.

Com’è di ogni evidenza, insomma, in materia bioetica non può evitarsi di creare – *per facta* – una sorta di *work in progress* normativo a più mani col fattivo (e, si spera, collaborativo) concorso di tutti gli attori istituzionali coinvolti. Pare ovvio, ad ogni modo, che è solo quando giunga sulla scrivania della Corte che sarebbe possibile da ultimo apprezzare, in tutta la sua carica espressiva, la ragionevolezza del metodo sin qui osservato: quando «le questioni toccano temi eticamente sensibili», del resto, «l’individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene ‘primariamente alla valutazione del legislatore’ (sentenza n. 347 del 1998), ma resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano» (punto 5 *cons. dir.*).

Censurando l’assolutezza del divieto di eterologa quale «risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell’ordinamento» – «non giustificabile neppure richiamando l’esigenza di intervenire con norme primarie o secondarie per stabilire alcuni profili della disciplina della PMA di tipo eterologo» (punto 13 *cons. dir.*) – il tribunale costituzionale aveva quindi cura di mettere chiaramente a fuoco *an* e *quomodo* dello speciale giudizio di ragionevolezza/razionalità in ambiti, come il presente, connotati da un’ampia discrezionalità legislativa: con riferimento all’*an*, s’imponesse «che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non [fosse] stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale» (*ibidem*); venendo al *quomodo*, poi, si fatta valutazione non avrebbe potuto che «svolgere “attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende[va] perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti” (sentenza n. 1130 del 1988)» (*ibidem*)⁶⁷. Da *pendant* alle suddette argomentazioni, infine, non poteva che fare il connesso giudizio di razionalità, a proposito del quale la stessa «giurisprudenza costituzionale «ha desunto dall’art. 3 Cost. 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 coe-

⁶⁶ In oggetto, S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza?*, cit. Nel caso specificatamente all’attenzione, «certo si è che spetta ai pratici (e, segnatamente, ai giudici), laddove investiti di richieste di eterologa, stabilire a quali condizioni ed entro quali limiti questa possa effettuarsi, specie per ciò che concerne i requisiti legati alla espressione del consenso ed alla documentazione medica riguardante, per un verso, la patologia e, per un altro, la praticabilità della tecnica di procreazione assistita. E ancora spetta pur sempre ad operatori diversi dalla Corte pronunciarsi a riguardo dello *status* del soggetto venuto alla luce, della inammissibilità di esercizio di azioni di disconoscimento della paternità e di quant’altro complessivamente attiene alla disciplina normativa “conseguenziale” allo svolgimento delle pratiche di eterologa»: cfr. part. A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa*, cit.

⁶⁷ Era a questo precipuo fine che si sarebbe potuto utilizzare «il test di proporzionalità, insieme con quello di ragionevolezza, che ‘richiede[va] di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, [fosse] necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriv[esse] quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilis[se] oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi’ (sentenza n. 1 del 2014)» (punto 13 *cons. dir.*).

renza logica, teleologica e storico-cronologica, che costituisce un presidio contro l'eventuale manifesta irrazionalità o iniquità delle conseguenze della stessa" (sentenza n. 87 del 2012)» (*ibidem*).

A MO' DI SINTESI (E IN ATTESA DI FUTURI SVILUPPI)

7. Guardare al *vacuum* legislativo senza lasciar trapelare il benché minimo *horror* (considerazioni a margine del futuro del binomio legge costituzionalmente obbligatoria/seguito legislativo)

Da quanto sopra esposto, il giudice delle leggi pareva sbarazzarsi della proibizione assoluta di fecondazione eterologa senza tradire il benché minimo tremito nella penna⁶⁸: ed il ragionamento che, in tal senso, esso sviluppava sembra tutt'altro che secondario – soprattutto per altre controversie occasioni del prossimo futuro (su tutte, le dichiarazioni anticipate di trattamento medico-chirurgico) – anche in considerazione del fatto che la l. n. 40 cit. integrava un emblematico caso di disciplina costituzionalmente obbligatoria. Con non troppa difficoltà, tuttavia, la Corte coniugava simile natura (già dichiarata a far tempo dalle lontane richieste referendarie del 2005, invero) con il preteso *horror vacui* legislativo discendente dalla chirurgica amputazione di quelle parti di essa che si fossero dimostrate irragionevoli/irrazionali.

Di palmare evidenza appariva l'ossatura dell'*iter* argomentativo seguito: così, all'Avvocatura generale dello Stato – che, in caso di eventuale accoglimento delle censure d'incostituzionalità, evocava lo spettro di «incolmabili “vuoti normativi” in ordine a rilevanti profili della disciplina applicabile, venendo in rilievo “una questione di politica e di tecnica legislativa di competenza del *conditor iuris*”, che porrebbe esclusivamente “scelte di opportunità”, riconducibili alla discrezionalità riservata al legislatore ordinario» (punto 10 *cons. dir.*) – innanzitutto si ribadiva con fermezza come l'intera l. n. 40 costituisse la «prima legislazione organica relativa ad un delicato settore [...] che indubbiamente coinvolge[va] una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postula[va]no quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicur[asse] un livello minimo di tutela legislativa»; e, quindi, sotto questo profilo, [era] “costituzionalmente necessaria” (sentenza 45 del 2005)» (punto 11 *cons. dir.*). La qual cosa nondimeno – e limitatamente alla *parte de qua* – non ne metteva completamente al riparo il contenuto in quanto pure «costituzionalmente vincolato»: con la conseguenza che l'eventuale accoglimento (all'epoca si trattava di dichiarare ammissibile la richiesta di *referendum* popolare per l'abrogazione, tra gli altri, proprio dell'art. 4, comma 3) «non avrebbe fatto “venir meno un livello minimo di tutela costituzionalmente necessario, così da sottrarsi alla possibilità di abrogazione referendaria” (sentenza n. 49 del 2005)» (*ibidem*).

L'operazione così svolta, per ammissione della stessa Consulta, travalicava perciò le sole *contingenti* ricadute sulla fonte in discussione (*costituzionalmente necessaria* nel suo complesso ma non pure a *contenuto costituzionalmente vincolato* nelle sue singole prescrizioni, appunto) assumendo, piutto-

⁶⁸ In tal senso, tra gli altri, F. GIRELLI, *Bastano le garanzie interne*, cit., 600.

sto, una connotazione *di sistema* per l'individuazione dei rispettivi compiti istituzionali di tribunale costituzionale e legislatore ordinario (in quanto tali, quindi, valevole in situazioni analoghe).

Così, se «in relazione al “vuoto normativo” paventato», il «potere» della Corte «“di dichiarare l'illegittimità costituzionale delle leggi non può trovare ostacolo nella carenza legislativa che, in ordine a dati rapporti, possa derivarne”», è alla successiva «saggezza del legislatore» che spetta l'incombenza di eliminare quest'ultima «nel modo più sollecito ed opportuno» (così punto 11 *cons. dir.*, richiamando le sent., rispettivamente, nn. 59/1958 e 113/2011): «una volta accertato che una norma primaria si pone[va] in contrasto con parametri costituzionali» la Consulta «non [poteva], dunque, sottrarsi al proprio potere-dovere di porvi rimedio e [doveva] dichiararne l'illegittimità, essendo poi «compito del legislatore introdurre apposite disposizioni» (sentenza n. 278 del 2013), allo scopo di eliminare le eventuali lacune che non [potessero] essere colmate mediante gli ordinari strumenti interpretativi dai giudici ed anche dalla pubblica amministrazione, qualora ciò [fosse] ammissibile» (*ibidem*). Il ragionamento svolto si snodava, dunque, tutto sul più ampio piano della teoria della Costituzione giacché «l'esigenza di garantire il principio di costituzionalità rende[va], infatti, imprescindibile affermare che il relativo sindacato ‘deve coprire nella misura più ampia possibile l'ordinamento giuridico’ (sentenza n. 1 del 2014), non essendo, ovviamente, ipotizzabile l'esistenza di ambiti sottratti allo stesso» (*ibidem*).

In un ordinamento costituzionale che intenda davvero fregiarsi di questo nome, pare di capire insomma come ingiustificabile sia un *vulnus* ad una libertà fondamentale discendente dalla mera «inerzia del legislatore ordinario» (*ibidem*): tale ultima eventualità, nondimeno, risultava fortunatamente più facile a dirsi che non a farsi, già esistendo intorno alla rinnovata possibilità di ricorso alla eterologa una solida “rete protettiva” di materiali normativi – sia *ab intra* che *ab extra* della stessa l. n. 40 – ampiamente in grado di imbrigliare, ed assorbire, l'improvvisa onda d'urto della rimozione della suddetta proibizione.

Con riferimento ai materiali *interni*, erano difatti «identificabili più norme che già disciplina[va]no molti dei profili di più pregnante rilievo» – così, fra tutte, l'art. 9 la cui natura evidentemente compromissoria tradiva sin dal principio la sfiducia nell'effettiva praticabilità del divieto⁶⁹ – «anche perché il legislatore, avendo consapevolezza della legittimità della PMA di tipo eterologo in molti paesi d'Europa, li [aveva] opportunamente regolamentati, dato che i cittadini italiani potevano (e possono) recarsi in questi ultimi per fare ad essa ricorso, come in effetti [era] accaduto in un non irrilevante numero di casi» (*ibidem*): su questa scia, la pronunzia non si sottraeva certo all'incombenza di delineare analiticamente i contorni della normativa di risulta⁷⁰, illustrandone i tratti più salienti quali le condizioni oggettive di accesso⁷¹, i requisiti soggettivi della coppia richiedente⁷², la disciplina del con-

⁶⁹ Così, A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012, 102.

⁷⁰ Cfr. A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa*, cit.; G. BALDINI, *La Consulta cancella il divieto di PMA eterologa*, cit.

⁷¹ «In particolare, secondo quanto stabilito dagli artt. 1, comma 2, e 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004, all'evidenza direttamente riferibili anche alla PMA di tipo eterologo, il ricorso alla stessa, una volta dichiarato illegittimo il censurato divieto, [doveva] ritenersi consentito solo “qualora non vi [fossero] altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere” le cause di sterilità o infertilità e [fosse] accertato il carattere assoluto delle stesse, dovendo siffatte circostanze essere “documentate da atto medico” e da questo certificate. Il ricorso a

senso prestato⁷³, le sanzioni⁷⁴ nonché lo stato giuridico del nato da inseminazione eterologa e i rapporti coi genitori⁷⁵.

Non dissimilmente, sembravano pure tenere quelle maglie della “rete” rappresentate dalla disciplina esterna, sia essa antecedente ovvero posteriore alla normativa indubbiata: così ad esempio – in tema di diritto, rispettivamente, all’anonimato del donatore e del nato a conoscere le proprie origini genetiche – prima del 2004 un adeguato punto di equilibrio fra i contrapposti interessi veniva già rinvenuto dall’art. 28, comma 7, l. n. 183/84, modificato dall’art. 177, comma 2, D.Lgs. n. 196/2003 (nell’interpretazione che di quest’ultimo ne ha dato la Corte costituzionale, con sent. n. 278 cit., relativamente alla reversibilità del diritto al segreto)⁷⁶; parimenti, un fitto reticolato di circolari ministeriali già disciplinava *limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l’inseminazione artificiale nell’ambito del Servizio sanitario nazionale*⁷⁷, le *misure di prevenzione della trasmissione del virus HIV e di altri agenti patogeni attraverso il seme umano impiegato per fecondazione artificiale*⁷⁸ e quelle di *prevenzione della trasmissione dell’HIV e di altri agenti patogeni nella donazione di liquido seminale impiegato per fecondazione assistita umana e nella donazione d’organo, di tessuto e di midollo os-*

questa tecnica, non diversamente da quella di tipo omologo, [doveva], inoltre, osservare i principi di gradualità e del consenso informato stabiliti dal citato art. 4, comma 2» (punto 11.1 *cons. dir.*).

⁷² ... «nessuna lacuna» sussistendo «in ordine ai requisiti soggettivi, poiché la dichiarata illegittimità del divieto non incide[va] sulla previsione recata dall’art. 5, comma 1, di detta legge, che risulta[va] ovviamente applicabile alla PMA di tipo eterologo (come già a quella di tipo omologo); quindi, alla stessa [potevano] fare ricorso esclusivamente le “coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi”» (*ibidem*).

⁷³ ... «dato che la completa regolamentazione stabilita dall’art. 6 della legge n. 40 del 2004 – una volta venuto meno, nei limiti sopra precisati, il censurato divieto – riguarda[va] evidentemente anche la tecnica in esame, in quanto costituì[va] una particolare metodica di PMA» (*ibidem*).

⁷⁴ ... considerato «che le norme di divieto e sanzione non censurate (le quali conserva[va]no validità ed efficacia), preordinate a garantire l’osservanza delle disposizioni in materia di requisiti soggettivi, modalità di espressione del consenso e documentazione medica necessaria ai fini della diagnosi della patologia e della praticabilità della tecnica, nonché a garantire il rispetto delle prescrizioni concernenti le modalità di svolgimento della PMA ed a vietare la commercializzazione di gameti ed embrioni e la surrogazione di maternità (art. 12, commi da 2 a 10, della legge n. 40 del 2004) [erano] applicabili direttamente (e non in via d’interpretazione estensiva) a quella di tipo eterologo» (*ibidem*).

⁷⁵ ... «anch’essi regolamentati dalle pertinenti norme della legge n. 40 del 2004, applicabili anche al nato da PMA di tipo eterologo in forza degli ordinari canoni ermeneutici. La constatazione che l’art. 8, comma 1, di detta legge contiene un ampio riferimento ai “nati a seguito dell’applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita”, in considerazione della genericità di quest’ultima locuzione e dell’essere la PMA di tipo eterologo una *species* del *genus* [...] rende, infatti, chiaro che, in virtù di tale norma, anche i nati da quest’ultima tecnica “hanno lo *stato* di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime”»: così punto 11.1 *cons. dir.*

⁷⁶ ... sebbene tale pronunzia riguardasse la (non perfettamente coincidente) contrapposizione tra il diritto all’anonimato della madre naturale e quello del figlio adottato a conoscere le proprie origini (su cui A. PIOGGIA, *Un divieto sproporzionato e irragionevole*, in www.astrid-online.it (senza data): sulla dubbia adattabilità di quel precedente al caso dell’eterologa adesso in commento, cfr. G. D’AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse*, cit.

⁷⁷ Così, circ. Min. Sanità Degan (1° marzo 1985), la quale precludeva esclusivamente la possibilità di praticare la PMA eterologa all’interno di strutture del Servizio sanitario nazionale.

⁷⁸ Cfr. circ. Min. Sanità Donat Cattin (27 aprile 1987), che aveva disposto i protocolli per l’utilizzazione del seme «per le inseminazioni eterologhe», dettando altresì le regole di approntamento dello schedario delle coppie che si sottoponevano a tale pratica e dei donatori di gameti, nonché della tipologia di accertamenti da svolgere su questi ultimi.

seo⁷⁹, nonché il *divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani*⁸⁰ (senza contare, infine, i codici di autoregolamentazione interna di cui talune tra le più importanti strutture private italiane si erano comunque dotate)⁸¹.

Non meno utile ad un impiego analogico in tal senso si mostrava, infine, la normativa successiva al 2004, «concernente, in linea generale, la donazione di tessuti e cellule umani, in quanto espressiva di principi generali pur nelle diversità delle fattispecie» (punto 12 *cons. dir.*): così, ad esempio, la catena di decreti delegati (nn. 191/2007, 16/2010 e 85/2012) che aveva dato progressivamente ingresso, anche nel nostro paese, alla direttiva 2004/23/CE su *Definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umane*⁸².

Il *decisum* adesso in epigrafe non poteva che rappresentare, insomma, la migliore (e più autorevole) risposta alle speciose critiche – ancora prepotentemente sollevate a ridosso del breve comunicato del 9 aprile scorso – in ordine al *Far West* eventualmente discendente dalla declaratoria d'illegittimità dell'art. 4, comma 3, a testimonianza, casomai, specularmente del suo opposto: e, cioè, dell'esistenza di un complesso "sistema integrato" di regolamentazione della materia⁸³ tale per cui forse, più che necessario ed improcrastinabile, un possibile intervento legislativo apparisse solo eventuale e liminare⁸⁴; «l'art. 7 della legge n. 40 del 2004», del resto – «il quale [offriva] base giuridica alle Linee guida emanate dal Ministro della salute, 'contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita'» – «avendo ad oggetto le direttive che [dovevano] essere emanate per l'esecuzione della disciplina e concernendo il *genus* PMA, di cui quella di ti-

⁷⁹ In tal senso, circ. Min. Sanità De Lorenzo (10 aprile 1992), la quale aveva ulteriormente specificato la disciplina concernente le modalità di raccolta, preparazione e crioconservazione del liquido seminale dei donatori, nonché dello *screening* cui doveva essere sottoposta la donna ricevente la donazione, «al fine di tutelare l'eventuale nascituro».

⁸⁰ Sul punto, ord. Min. Sanità Bindi (5 marzo 1997) – poi prorogata per ulteriori novanta giorni da una successiva ord. (4 giugno 1997) – che aveva vietato «ogni forma di remunerazione, diretta o indiretta, immediata o differita, in denaro od in qualsiasi altra forma per la cessione di gameti, embrioni o, comunque, di materiale genetico», nonché ogni forma di intermediazione commerciale finalizzata a tale cessione, disponendo l'obbligo da parte dei centri che la praticavano di comunicare taluni dati allo stesso Ministero della Sanità.

⁸¹ Così, ad esempio, i centri della CECOS – organizzazione internazionale nota per i particolarmente elevati *standard* di sicurezza imposti per i pazienti – che prevedevano il solo rimborso spese per i donatori: su questi profili, part. G. BALDINI, *La Consulta cancella il divieto di PMA eterologa*, cit.

⁸² In tal senso, tra gli altri, gli artt. 12, 13, comma 1, 14 e 15, D.Lgs. n. 191 cit. relativamente ai profili, rispettivamente, di gratuità e volontarietà della donazione, delle modalità di espressione del consenso, dell'anonimato del donatore nonché delle esigenze di tutela sanitaria (non per caso richiamati dallo stesso giudice delle leggi). Ma v. pure l'art. 1, D.Lgs. n. 16 cit. ai sensi del quale nella competenza dei decreti di recepimento di norme comunitarie rientravano pure i gameti e gli embrioni: «tant'è che i centri di procreazione assistita sono diventati Istituti dei Tessuti, soggetti alle prescrizioni tecniche già previste in Italia dalle Linee Guida sulla legge 40/2004, oggi conformi per riconoscimento agli standard europei per la tracciabilità» (così, G. BALDINI, *La Consulta cancella il divieto di PMA eterologa*, cit.).

⁸³ In oggetto, G. BALDINI, *La Consulta cancella il divieto di PMA eterologa*, cit.

⁸⁴ «In relazione al numero delle donazioni», ad esempio, sarebbe potuto bastare – a parere del tribunale costituzionale – «un aggiornamento delle Linee guida, eventualmente anche alla luce delle discipline stabilite in altri Paesi europei (quali, ad esempio, la Francia e il Regno Unito), ma tenendo conto dell'esigenza di consentirle entro un limite ragionevolmente ridotto» (così punto 11.1 *cons. dir.*).

po eterologo costituisce una *species*, [era], all'evidenza, riferibile anche a questa, come lo [erano] altresì gli artt. 10 ed 11, in tema di individuazione delle strutture autorizzate a praticare la procreazione medicalmente assistita e di documentazione dei relativi interventi» (punto 11.1 *cons. dir.*).

A dirla tutta, in sintesi, non è che ispiri troppa fiducia un legislatore (se non proprio traditore del principio costituzionale, non scritto ma supremo, di "laicità"⁸⁵ comunque) ancora *tecnicamente* imparato e *politicamente* inadeguato alle sfide che pure la Corte costituzionale ha inevitabilmente chiamato ad affrontare per un futuro più vicino di quanto non sembri.

⁸⁵ Così, ad esempio, M. D'AMICO, *Legge 40: dieci anni di sentenze*, cit.